

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)

Welder Lima

Mestrando em Direitos Sociais, Advogado, Economista, Especialista em Gestão Orçamentária e Financeira do Setor Público, Membro de Comissões Temáticas da OAB (DF), Assessor na Gerência de Compras e Contratações do Banco do Brasil S.A.

RESUMO

Trata-se o presente de um estudo acerca do princípio do contraditório e da ampla defesa no âmbito das sanções administrativas a que alude a Lei 13.303/2016. A Lei das Estatais (LE) inaugurou novo regime de contratação para as empresas estatais, que passaram a adotar, preponderantemente, o regime do Direito Privado, diferentemente do que ocorria sob a égide da Lei 8.666/1993, na qual preponderava o regime do Direito Público. Estabeleceu-se, assim, condição de igualdade na relação contratual entre Administração e fornecedor, eliminando-se prerrogativas da Administração Pública que vigiam sob a égide da Lei 8.666/1993. Após a exposição dos conceitos iniciais importantes para a melhor compreensão do tema, passa-se a discutir o princípio do contraditório e da 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. Nesse passo, conclui-se que o princípio do contraditório e da 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, deste modo, os regulamentos internos das estatais, subsidiariamente, se valer da legislação correlata ao tema, como a Lei 9.784/1999, 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. Sanções administrativas.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, veio atender ao disposto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal (CF), estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública e das sociedades de economia mista. Dentre outros aspectos, a LE dispõe sobre licitações e contratos, inclusive sobre sanções administrativas a fornecedores.



Anteriormente à vigência da Lei 13.303/2016, as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetiam às normas entabuladas na Lei 8.666/1993, que igualmente dispunha sobre licitações, contratos e sanções administrativas aos fornecedores faltosos.

No tocante às sanções administrativas, a Lei 8.666/1993 prevê um rito que abarca o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao passo que a Lei 13.303/2016 traz um texto bastante limitado quanto a esse aspecto, deixando a cargo dos respectivos regulamentos internos das empresas públicas e sociedades de economia mista instituir regramento específico, respeitando-se, contudo, os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, conforme dicção do inciso II do art. 173 da 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; (grifos nossos)

Nesse passo, o presente trabalho se propõe a investigar se a LE previu em seu bojo rito suficientemente capaz de preservar o princípio do contraditório e da 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 necessária a explicitação de alguns conceitos iniciais, conforme se segue.

2.1 DIREITO PÚBLICO

Conforme leciona Alexandrino (2010, p. 42)¹ 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.

Deste 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 sobre os interesses privados (princípio da supremacia do interesse público).

2.2 DIREITO PRIVADO

Já o Direito Privado tem por objetivo 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. Assim, 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 (2009, p. 49)², o Direito Administrativo pode ser compreendido como:

O ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, os agentes e as 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.

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 por toda Administração Pública, concernentes ao ramo do Direito Administrativo, tais quais, probidade, publicidade, interesse público etc.

3 REGIME DE CONTRATOS NA LEI 13.303/2016

A LE inaugura um novo regime de contratação, distinto do adotado na Lei 8.666/1993, que 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:

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 8.666/1993)



Art. 68. Os contratos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta lei e pelos preceitos de Direito Privado. (Lei 13.303/2016)

Deste 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 8.666/1993, 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 as supressões, aos quais o contratado estava obrigado, caso fosse essa a vontade da Administração, desde que respeitados os percentuais estipulados na Lei 8.666/1993.

Também não é mais possível a rescisão unilateral do contrato – uma das formas de rescisão contratual previstas na 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;

Assim, as formas de rescisão contratual e hipóteses sancionatórias deverão estar expressamente consignadas no contrato. Além disso, quaisquer modificações contratuais deverão passar pelo crivo do consenso entre ambas as partes.

Em que pese a prevalência das normas de Direito Privado, ainda assim, há incidência do Direito Público nas relações contratuais entre as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os contratados. Isso, porque a própria LE 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 seu art. 40, vejamos:

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

[...]

VIII - aplicação de penalidades;

[...]

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 lei, 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 o envolvam, valendo-se da legislação esparsa e dos princípios tangíveis à Administração Pública.

4 SANÇÕES A FORNECEDORES

A possibilidade de cominação de penalidades em decorrência de irregularidades na execução do contrato constitui 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 LE revela algumas alterações em relação ao normativo legal vigente anteriormente (Lei 8.666/1993). A LE retirou 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, conforme consignado em seu art. 83. Além disso, o prazo para apresentação de defesa prévia foi dilatado para dez dias úteis, ante cinco dias úteis previstos na Lei 8.666/1993.

Entretanto, deixou a Lei 13.303/2016 de prever a possibilidade de interposição de recurso. Diante da omissão da LE quanto à possibilidade de apresentação de recurso administrativo, compreende-se que os respectivos regulamentos internos das empresas estatais deverão prevê-la, vez que o direito ao contraditório e à 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 a Administração ciência do que está sendo acusado, bem como oportunidade de manifestação.

O princípio da ampla defesa visa a assegurar todas as formas de manifestação do interessado, possibilitando juntar provas, fazer requerimentos e apresentar recurso contra as decisões da Administração. É, portanto, uma consequência do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório e da ampla defesa tem previsão constitucional, figurando no rol dos direitos e das garantias fundamentais, conforme art. 5º, inciso LV, da CF, em que se assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Nesse passo, temos que a possibilidade de recurso decorre de expressa previsão constitucional, como parte integrante do princípio do contraditório e da ampla defesa. Nas lições de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari



(2001, p. 21-22)³, a efetiva realização do princípio democrático passa pela possibilidade de o administrado participar das decisões administrativas, sendo imprescindível para tanto que o cidadão possa postular junto à Administração, inclusive apresentando recursos.

Segundo pensamento de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 602)⁴, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 905)⁵ ao se reportar ao inciso LV do art. 5º da CF, afirma que o princípio da ampla defesa não estará completo, se não for assegurado ao interessado o direito de interposição de recursos, que é o meio de levar aos superiores do tomador da decisão o conhecimento de eventuais arbitrariedades.

Em face disso, verifica-se que a Lei 13.303/2016 pecou em deixar de prever a possibilidade recursal, devendo os regulamentos internos das empresas estatais, observando a legislação subsidiária, preencher tal lacuna, de modo a evitar a judicialização da controvérsia e consequente anulação dos atos administrativos.

6 APLICABILIDADE DA LEI 9.784/1999 ÀS EMPRESAS ESTATAIS

Considerando que resta pacífica a inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 às empresas estatais, após o advento da Lei 13.303/2016, com exceção das cláusulas penais, conforme prescreveu o art. 41 da LE, e do critério de desempate em licitações, previsto no art. 55, inciso III, também da LE, temos que a Lei 9.784/1999 parece ser a mais adequada para suprir as lacunas deixadas pela novel legislação, no tocante aos direitos do contraditório e da ampla defesa, prerrogativas constitucionais a serem resguardadas.

A Lei 9.784/1999 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, direta e indireta, conforme dicção expressa contida em seu art. 1º: *“Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração federal direta e indireta (...)”*.

Entrementes, conforme precedentes do STJ⁶, em caso de ausência de legislação específica no âmbito dos estados membros, a Lei 9.784/1999 também poderá ser empregada, se ausente lei própria local.

Portanto, mesmo com o advento da Lei 13.303/2016, o processo administrativo sancionatório a fornecedores não teve seu regramento completamente elucidado, cabendo aos regulamentos internos das empresas estatais observarem as legislações que regem a matéria, no caso dos estados e municípios as leis estaduais e, na ausência destas, a Lei 9.784/1999, que, sem a menor dúvida, também deve ser observada pelas empresas estatais federais, por disposição legal expressa.

7 CONCLUSÃO

A LE modificou o regime de contratações que vigorava até seu advento, qual seja, o regime do Direito Público, que imperava sob a égide da Lei 8.666/1993, passando a prevalecer o regime do Direito Privado.

Em face disso, Administração e fornecedor passam a estar em condição de igualdade na relação contratual, não gozando mais a Administração das prerrogativas que lhe eram asseguradas pela Lei 8.666/1993, como a imposição de expansão ou redução contratual de, até, 25% ou, ainda, a possibilidade de rescisão unilateral.

Ainda que 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 se guiar pelas normas do Direito Público e, naturalmente, pelos 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, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, 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 9.784/1999, que regula o processo administrativo da Administração direta e indireta federal, deverá ser observada. Já no âmbito dos estados e municípios, as 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 9.784/1999, conforme já decidiu o STJ.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo **Direito Administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 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 jun. 2018.

_____. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **Lei 13.303, de 30 de junho de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9784.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

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**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.



FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 21-22.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602.

STJ. **Agravo de Instrumento: Ag. 1.384.939** - SP (2011/0009128-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ 25/3/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18498626/ag-1384939>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Recebido em 19/6/2018

Aprovado em 9/11/2018

NOTAS

- 1 ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- 2 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- 3 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 21-22.
- 4 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602.
- 5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 905.
- 6 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.