

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

MARCELO KARAM DELBIM

**Reflexão crítica sobre a Lei Federal n. 13.303/2016 e os contratos das
empresas estatais prestadoras de serviços públicos**

***(Critical considerations on Brazilian Federal Law n. 13.303/2016 related to
contracts of state-owned companies providing public services)***

São Paulo
2021

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

MARCELO KARAM DELBIM

**Reflexão crítica sobre a Lei Federal n. 13.303/2016 e os contratos das
empresas estatais prestadoras de serviços públicos**

***(Critical considerations on Brazilian Federal Law n. 13.303/2016 related to
contracts of state-owned companies providing public services)***

Versão Original

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em
Direito.

Área de Concentração: Direito do Estado (subárea: Direito
Administrativo)

Orientador: Prof. Dr. Edmir Netto de Araújo

São Paulo
2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

KARAM DELBIM, MARCELO

Reflexão crítica sobre a Lei Federal n.
13.303/2016 e os contratos das empresas estatais
prestadoras de serviços públicos (Critical
considerations on Brazilian Federal Law n.
13.303/2016 related to contracts of state-owned
companies providing public services) ; MARCELO KARAM
DELBIM ; orientador EDMIR NETTO DE ARAÚJO -- São
Paulo, 2021.
318 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2021.

1. EMPRESAS ESTATAIS. 2. SERVIÇOS PÚBLICOS. 3. LEI
FEDERAL N. 13.303/2016. 4. LEI DAS ESTATAIS. 5.
OBRAS METROVIÁRIAS. I. NETTO DE ARAÚJO, EDMIR,
orient. II. Título.

Nome: DELBIM, Marcelo Karam

Título: Reflexão crítica sobre a Lei Federal n. 13.303/2016 e os contratos das empresas estatais prestadoras de serviços públicos (*Critical considerations on Brazilian Federal Law n. 13.303/2016 related to contracts of state-owned companies providing public services*).

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Julgado em,

Banca Examinadora:

Prof(a).Dr(a).

Instituição:

Julgamento:

Prof(a).Dr(a).

Instituição:

Julgamento:

Prof(a).Dr(a).

Instituição:

Julgamento:

Prof(a).Dr(a).

Instituição:

Julgamento:

Prof(a).Dr(a).

Instituição:

Julgamento:

Aos meus sobrinhos Alexandre, Bruna, Laura e Helena:
energias que me movem para um mundo mais humano e
melhor.

AGRADECIMENTOS

Muitas são as pessoas às quais gostaria de agradecer. Primeiramente ao meu orientador - Professor Dr. Edmir Netto de Araújo-, pela oportunidade, generosidade, palavras e diretivas – obrigado por sempre compartilhar seus conhecimentos sobre o Direito Administrativo e sobre a vida. À Professora Dra. Ana Maria Pedreira, pelos debates, intercâmbio de informações e estímulo. Aos Professores Doutores Maria Paula Bertran e Thiago Marrara pelas valiosas sugestões dadas por ocasião da banca de qualificação.

Aos meus pais, Gloria e Paulo (sempre!); aos meus irmãos, Paula e Fernando; aos familiares Amelia, Dani, Flávio, Sandra e Sibile, representando o estimado grupo; aos queridos Tamara, Vanessa, Vinicius, Carol e Malu em nome dos quais, representativamente, externo o meu grande carinho.

À Professora Dra. Marilei Jorge e à Professora Ma. Célia Guimarães Helene pelas valorosas contribuições quanto à formatação e revisão do português e, quanto à versão em inglês, respectivamente.

Aos colegas de trabalho Tadeu, Márcia, Angela, José Antonio, Janaina, Nelly e Carlos pelas trocas sobre o mundo jurídico e constante incentivo.

Saint Hilaire, primeiro semestre de 2021.

“A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração.”

Thomas Jefferson

RESUMO

A presente tese versa sobre a Lei Federal n. 13.303/2016 (Lei das Estatais), aprovada em singular contexto político brasileiro. Observa-se que referido texto legal trouxe relevantes alterações ao panorama das empresas estatais prestadoras de serviços públicos no Brasil, principalmente no que diz respeito aos aspectos internos de controle e às contratações empreendidas por essas empresas. Para tanto, após uma exposição sobre o regime jurídico das referidas empresas, permeada por considerações doutrinárias sobre o tema e complementada por uma apresentação do detalhamento de alguns serviços públicos em países latino americanos, procura-se identificar tanto os pontos singulares quanto os pontos comuns presentes nas empresas estatais prestadoras de serviços públicos e nas demais empresas do mercado. Em seguida, descreve-se a aplicabilidade e as inovações advindas da Lei Federal n. 13.303/2016 no que concernem as empresas estatais, em especial as prestadoras de serviços, dando-se destaque à matriz de riscos dos seus contratos, à dispensa de licitação e à contratação direta, cujos conteúdos estão previstos na referida lei. São abordados, ainda, os novos parâmetros trazidos pela citada Lei às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. É feita também uma ponderação sobre o peso que os investimentos e os gastos públicos possuem no que se refere à realização de obras, especialmente do setor metroviário. Complementarmente, procura-se apresentar mecanismos que contribuem para a minimização do referido peso desses gastos, tanto em obras de infraestrutura como no setor metroviário. Demonstra-se a seguir, como os eventuais desequilíbrios atinentes aos valores estabelecidos contratualmente podem interferir no desempenho de uma prestadora de serviços públicos e como eles afetam os usuários a partir de casos públicos – anteriores e posteriores à lei em apreço - provenientes da empresa estatal paulista prestadora de serviço público, a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/ SP.

Palavras-chave: Empresas estatais. Serviços públicos. Lei Federal n. 13.303/2016. Lei das Estatais. Gastos públicos. Valores contratuais. Obras de infraestrutura. Obras metroviárias.

ABSTRACT

The present dissertation comments on Federal Law No. 13.303/2016 (the Law of State-Owned Companies), passed in a unique Brazilian political context. It is to be observed that this legal text brought relevant alterations to the scenario of state-owned companies providing public services in Brazil, especially in what respects the internal controlling aspects and the contracting carried out by these companies. To this end, after an exposition about the legal regime of these companies, permeated by doctrinary considerations on the theme and complemented with a presentation of the detailing of some public services in Latin American countries, there will be an attempt at identifying both the singular aspects and the common points in state-owned companies that provide public services and the other enterprises of the market. Next, the applicability and innovations derived from Law 13.303/2016 will be described in what concerns state-owned companies, especially those that provide public services, highlighting the risk matrix of their contracts, the exemption from bidding and direct contracting, whose contents are foreseen in the aforementioned law. The new parameters brought by this law to state-owned companies providers of public services will also be commented on. Some considerations will be made, as well, on the weight that public investment and expenditure have on the consecution of works, mainly in the subway sector. As a complement, mechanisms will be discussed, which contribute to minimize the weight of these expenses, both in infrastructure works and in the subway sector. Following, there is an attempt at demonstrating how possible unbalance relative to values established in contracts may interfere in the performance of a provider of public services and how it affects the users, through the analysis of public cases – some previous and some after the law object of the present work - obtained from the state-owned company of the State of São Paulo, which provides public services, called Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/SP.

Keywords: State-owned companies. Public services. Federal Law No. 13.303/2016. State-Owned Companies' Law. Public Expenses. Contractual values. Infrastructure works. Subway enterprises.

RIASSUNTO

La presente tesi versa sulla Legge Federale n. 13.303/2016 (Legge delle Aziende Statali), approvata in uno specifico contesto politico brasiliano. Si osserva che il riferito testo legale ha portato rilevanti alterazioni al panorama delle aziende statali di servizi pubblici in Brasile, principalmente per quanto riguarda gli aspetti interni di controllo e alle contrattazioni eseguite da queste imprese. Perciò, dopo un'esposizione del regime giuridico di queste aziende, pervasa da considerazioni dottrinarie sull'argomento e perfezionata da una presentazione descrittiva di alcuni servizi pubblici in paesi latinoamericani, cercasi di identificare tanto i singoli punti come i punti comuni presenti nelle imprese statali fornitrici di servizi pubblici e nelle altre aziende del mercato. Di seguito, si descrive l'applicabilità e le innovazioni avvenute dalla Legge Federale n. 13.303/2016 per quanto riguarda le aziende statali, specialmente quelle che forniscono servizi, evidenziando la matrice di rischio dei propri contratti, esenzione dalle offerte e dai contratti diretti, i cui contenuti sono previsti dalla suddetta legge. Sono ancora indirizzati i nuovi parametri portati dalla detta Legge alle aziende statali che forniscono servizi pubblici. Si tiene conto anche del peso che hanno gli investimenti e le spese pubbliche rispetto all'esecuzione dei lavori, soprattutto nel settore metropolitano. Complementarmente, si cerca di presentare meccanismi che contribuiscono per la minimizzazione del riferito peso di queste spese, sia nelle opere infrastrutturali che nel settore metropolitano. Di seguito vengono illustrate le modalità degli eventuali squilibri legati ai valori stabiliti nel contratto che possono interferire nelle prestazioni di un fornitore di servizi pubblici e come influenzano gli utenti in base a casi pubblici – prima e dopo la Legge in questione - provenienti dalla società statale di San Paolo che fornisce servizi pubblici, Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô/SP.

Parole chiave: Aziende statali. Servizi pubblici. Legge Federale n. 13.303/2016. Legge delle aziende statali. Spese pubbliche. Valori contrattuali. Lavori infrastrutturali. Lavori della metropolitana.

RÉSUMÉ

La présente thèse discute de la Loi Fédérale n. 13.303/2016 (la Loi des Entreprises de l'Administration), promulguée au Brésil dans un contexte politique singulier. On observe que la Loi en question a apporté des altérations importantes au panorama des entreprises de l'Administration prestataires de services publics au Brésil, surtout dans ce qui concerne les aspects internes de contrôle et les contractations menées par ces entreprises. Pour cela, après un exposé à propos du régime juridique des entreprises mentionnées, parsemé par des considérations doctrinaires à propos de ce thème, et complété par une présentation des détails de quelques-uns des services publics existant dans des pays latino-américains, on cherche à identifier tant les points singuliers, que les points en commun présents chez les entreprises de l'Administration prestataires de services publics et chez les autres entreprises du marché. Ensuite, on décrit l'applicabilité et les innovations advenues de la Loi Fédérale n. 13.303/2016, dans ce qui concerne les entreprises de l'Administration, en spécial celles prestataires de services, en mettant en évidence la matrice de risques de leurs contrats, la dispense de licitation et la contractation directe, dont les contenus sont prévus dans la loi en question. On aborde encore les nouveaux paramètres apportés aux entreprises de l'Administration, prestataires de services publics, par la loi mentionnée. On fait aussi une pondération sur le poids que les investissements et les dépenses publiques apportent dans ce qui concerne l'exécution de travaux, en spécial dans le secteur de transport : le Métro. Pour compléter, on cherche à présenter des mécanismes qui contribuent à réduire au minimum le poids de ces frais aussi bien dans les travaux d'infrastructure, que dans le métro. On démontre ensuite, comment les déséquilibres éventuels, liés aux valeurs établis contractuellement peuvent interférer dans la performance d'une prestataire de services publics et comment ils gênent les usagers, en prenant comme exemple des cas publics – avant et après la Loi en question - de l'entreprise gouvernementale de São Paulo, prestataire d'un service public, la Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/SP.

Mots-clés: Entreprises de l'Administration Services publics, Loi Fédérale n. 13.303/ 2016. Loi des Entreprises de l'Administration. Dépenses publiques. Valeurs contractuelles. Travaux d'infrastructure. Travaux dans le Métro.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS	20
2.1 EMPRESAS ESTATAIS - EVOLUÇÃO	20
2.2 PONDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE AS ESTATAIS	26
2.3 EMPRESAS ESTATAIS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO	
DIREITO LATINO-AMERICANO	32
2.3.1 Argentina	33
2.3.2 Bolívia	34
2.3.3 Chile	35
2.3.4 Colômbia	36
2.3.5 México	37
2.3.6 Peru	38
2.3.7 Uruguai	40
2.4 COMPARAÇÃO ENTRE AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS	
PÚBLICOS E AS DEMAIS EMPRESAS DO MERCADO	41
3 APLICABILIDADE E INOVAÇÕES DA LEI FEDERAL N. 13.303/2016	46
3.1 AS NOVAS BALIZAS TRAZIDAS PELA LEI N. 13.303/2016	63
3.2 A MATRIZ DE RISCOS DOS CONTRATOS DAS ESTATAIS	66
3.3 DISPENSAS PREVISTAS NA LEI FEDERAL N. 13.303/2016.....	72
4 O PESO DOS INVESTIMENTOS E DOS GASTOS PÚBLICOS	77
4.1 MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS	81

5 DESEQUILÍBRIOS NOS VALORES CONTRATUAIS E	
CONSEQUÊNCIAS – CASOS DO METRÔ DE SÃO PAULO.....	101
5.1 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 41377213	103
5.2 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 41299294	110
5.3 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 41880213	117
5.4 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 10004721	120
5.5 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 10002680	134
5.6 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 10014557....	141
5.7 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ANÁLISES REALIZADAS	144
6 CONCLUSÃO	149
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153
8 REFERÊNCIAS GERAIS	164
9 APÊNDICE: VERSÃO DA TESE EM INGLÊS	166
10 ANEXO: DOCUMENTO COMPLEMENTAR À ANÁLISE DO EDITAL	
PARA O CONTRATO DA LICITAÇÃO N. 10004721	
DA COMPANHIA DO METRÔ DE SÃO PAULO.....	299
10.1 VERSÃO EM INGLÊS DO ANEXO.....	309

1- INTRODUÇÃO

A Lei Federal n. 13.303/2016, também chamada de “lei das estatais”, publicada em 30 de junho de 2016, trouxe inovações importantes que alteraram as contratações realizadas pelas empresas estatais. Neste trabalho o foco de interesse se fixa nas empresas prestadoras de serviços públicos, sem que se desconsidere aqui a importância das empresas exploradoras de atividades econômicas.

Este recorte, em que se privilegia o estudo das prestadoras de serviços públicos, foi feito por entender-se que alguns serviços podem ser prestados somente com a participação da Administração Pública, quer de maneira direta, quer indireta.

Em que pese o destaque feito por Justen Filho¹ (2018, p. 191), acerca do entendimento de que a Lei Federal n. 13.303/2016 não se mostraria aplicável às sociedades estatais não empresariais, investidas na prestação de serviços públicos, sem intuito de lucro – as quais poderiam desfrutar de benesses em comparação a outras empresas privadas, como o regime de precatórios –, é importante destacar que muitas estatais prestadoras de serviços públicos não possuem benesses, estão submetidas à lei das estatais e, por isso, representam o foco do presente trabalho.

Trata-se aqui, como hipótese de trabalho, de entender o papel da Lei Federal n. 13.303/2016 e de observar em que medida esse instrumento impactou o funcionamento das empresas estatais. E a questão que esperamos responder é se essas empresas se beneficiaram – ou poderão ainda se beneficiar – das alterações propostas por esse texto legal.

Para tanto, espera-se ainda fazer um levantamento de avanços e possibilidades de desenvolvimento que se abrem diante das estatais prestadoras de serviços públicos que estão sob a égide da aplicação da referida Lei Federal n. 13.303/2016, que não usufruem do regime do Direito Público, nem gozam de privilégios também inexistentes nas demais empresas do mercado

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Considerando que uma tese é um texto de pesquisa científica, ou seja, um trabalho no qual se busca examinar uma específica questão através de um determinado procedimento científico, procurou-se apoio em uma metodologia que se adapte ao caráter de descrição de um fenômeno – no caso, a atuação das empresas estatais que prestam serviços públicos –, através de uma atitude racional que permita examinar os fenômenos encontrados – no caso, as contratações por parte das estatais, por exemplo, de empresas responsáveis por serviços como os de manutenção e construção.

Assim, analisando-se exemplos de licitações e contratos, nos âmbitos nacional e internacional, espera-se encontrar modelos ou constatar determinados fatos que possam servir de exemplos para os problemas comuns a essas empresas e conseqüentemente para a busca de soluções.

Levando-se em conta que a questão do conhecimento científico pode se basear inicialmente na experiência profissional do pesquisador, esclarece-se que foi exatamente essa experiência profissional que inspirou este trabalho e permitiu perceber a utilidade real das questões que serão analisadas.

Ao desenvolver sua atividade profissional, como advogado público, de empresa estatal de grande porte, prestadora de serviços públicos, o pesquisador procurou conciliar, de forma a possibilitar uma maior criticidade das informações investigadas, as matérias estudadas e pesquisadas com os desafios e anseios sentidos e constatados por ocasião do desempenho das atividades práticas laborativas – panorama que também ajuda a explicar o porquê da investigação mais aprofundada sobre o tema ora abordado.

A experiência profissional ajuda a perceber os desafios e problemas a serem enfrentados em vista da edição de novo texto legislativo, que provocou mudanças significativas às regras de contratação então vigentes no país desde a Lei Federal n. 8.666/1993. A compreensão dos limites do texto legislativo também instigou a presente tese.

A prática cotidiana também motiva a pesquisa e faz deparar com as dificuldades técnicas e questionamentos envolvendo as licitações e contratações, que sofrem interpretações divergentes, por exemplo, através da Corte de Contas do Estado – podendo-se citar a tentativa de aplicação da Lei Federal n. 8.666/93 mesmo após a edição da Lei Federal n. 13.303/ 2016 a assuntos pela última disciplinados, bem como em alguns casos, aplicar

interpretações proferidas pela Corte de Contas da União (TCU) à esfera estadual (que possui em muitas hipóteses regramentos específicos).

O desafio provocado pelo distanciamento – mais acentuado, anteriormente à aplicação da lei federal de 2016 em apreço – entre as empresas estatais e as demais empresas do mercado podia ser percebido através das características sentidas nas contratações envolvendo as estatais.

Muitas vezes a dinâmica requerida pelos negócios não conseguia ser verificada a contento – não necessariamente por inépcia ou desídia, mas em virtude das amarras e da morosidade atinentes aos trâmites burocráticos que precisavam ser observados e perseguidos.

Procurar-se-á demonstrar que a Lei Federal n. 13.303/ 2016 representa uma tentativa de avanço; um instrumento que visa permitir maior igualdade entre os contratantes, maior agilidade, menores obstáculos e resultados mais satisfatórios e menos morosos às contratações das estatais.

Interessante sublinhar que embora existam críticas à lei das estatais e ao seu processo legislativo, a Lei Federal n. 13.303/ 2016 aproxima os defensores das estatais – atentos à necessidade de dinamização dos negócios das empresas públicas e sociedades de economia mista – e aqueles que sustentam o aumento das privatizações das atividades estatais –, eis que o texto legislativo em apreço traz elementos do mundo empresarial privado às contratações e ao contexto das estatais.

Contudo, mesmo com o advento do aludido texto legislativo, as contratações das estatais – embora com nova modelagem, sob alguns aspectos – permanecem suscitando questionamentos, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial; por exemplo, um dos objetos de contratação apreciados na seção 5, parte 5.5, da presente tese – envolvendo portas de plataformas – permanece, até o momento da realização do presente trabalho, sem instalação em muitas estações de metrô na cidade de São Paulo, ressaltando-se, por ocasião da presente pesquisa, que a execução do correspondente contrato encontrava-se paralisada em decorrência de decisão judicial.

Mas essa experiência e a intuição do pesquisador necessitava, para realizar uma observação objetiva, desenvolver-se à luz de uma metodologia que permitisse confrontar as dúvidas com a realidade e encontrar uma resposta considerada pertinente.

Decidiu-se, portanto, realizar uma pesquisa qualitativa, eis que essa abordagem permite partir de uma situação concreta, um fenômeno em particular, que se busca compreender. Além disso, percebeu-se, iniciada a coleta de dados, e a seleção de exemplos, que seria útil apoiar a referida pesquisa também no Direito Comparado, que permite a identificação de pontos de contato entre diferentes sistemas jurídicos e de singularidades respectivas, como será visto no corpo do trabalho.

Para dar sentido ao fenômeno estudado, buscaram-se exemplos que foram encontrados através de documentos e de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial. Todos esses exemplos passam, portanto, por uma análise aprofundada que versa sobre empresas estatais, conforme descrição a seguir.

A Lei Federal n. 8.666/1993, que até então regia grande parte de contratações das empresas estatais no Brasil – sublinhando-se, no momento da presente pesquisa, estar em curso o Projeto de Lei n. 4.253/2020² para alteração da referida lei da década de 1990 e respectiva revogação após dois anos da sua eventual publicação oficial –, foi editada quase três décadas atrás, em panorama bastante distinto do atual, criada em um mundo sentidamente diferente, não apenas em relação à Administração Pública.

A necessidade de modernização através de nova leitura – afeita à contemporaneidade e à maior agilidade requerida às contratações e disputas que envolvem as estatais – motivaram a edição da Lei Federal n. 13.303/ 2016: verificam-se regras licitatórias mais atenuadas, modalidades mais ágeis, contratações mais descomplicadas – pode-se citar, apenas como breves exemplos, a adoção da modelagem privada de contratos e a possibilidade de alteração de projeto básico em algumas hipóteses –, que representam parte daquilo que será discutido e abordado na presente tese, justificando-se e ponderando-se como e quais benefícios o texto legal em apreço trouxe e ainda pode trazer às estatais e suas contratações.

Entre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos submetidas ao regramento da Lei Federal 13.303/2016, pode-se citar, como exemplos, as empresas paulistas Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/ SP, Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM e Companhia de

² Posteriormente aprovado, com vetos parciais, através da Lei Federal n. 14.133/2021, de primeiro de abril de 2021.

Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. A fim de complementar a exposição da tese defendida, decidiu-se analisar, em especial, alguns exemplos práticos do funcionamento da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/ SP.

O desenvolvimento do trabalho inicia-se, portanto, na seção 2, pela evidenciação do regime jurídico das estatais, destacando-se as empresas estatais prestadoras de serviços públicos que serão posteriormente confrontadas com as demais empresas do mercado, estabelecendo-se a identificação de pontos de contato e de diferenciação.

Complementarmente, nessa seção, reputou-se pertinente, para um melhor esclarecimento da questão, a breve exposição de ponderações tanto a respeito de empresas estatais nacionais, quanto das estrangeiras, comparando-as entre si, com o objetivo de expor a importância do tema nos diversos ordenamentos que guardam diversas similaridades com o brasileiro.

Na seção 3, com o intuito de evidenciar a importância da Lei Federal n. 13.303/2016 aborda-se mais profundamente esse texto legal, nos aspectos relacionados à sua aplicabilidade às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Esse recorte afasta, por exemplo, os detalhamentos de contratos que busquem eminentemente a geração de receitas para as empresas.

Por outro lado, é feito um grande destaque à matriz de riscos, cuja modelagem encontra origem no direito privado e foi, com alguns ajustes, aplicada às estatais através da lei em apreço. Os novos parâmetros trazidos pela referida Lei Federal n. 13.303/2016 também possuem grande valia na análise, uma vez que muito contribuem para as ponderações das alterações pretendidas pela lei e dos rumos a serem seguidos e aplicados pelas estatais.

Na seção 4, mostra-se pertinente compreender a magnitude dos vastos gastos necessários para a consecução de obras e serviços públicos, que podem ser desenvolvidos e prestados por algumas estatais, sobretudo, diante da recessiva realidade atual que impõe a contenção de gastos e a racionalização dos investimentos e atividades, revelando-se a Lei Federal n. 13.303/2016 consentânea ao panorama de enxugamento descrito.

Na seção 5, observam-se os potenciais desequilíbrios dos valores envolvendo contratos estatais. Um dos aspectos interessantes a serem ponderados, principalmente diante desse cenário de restrições, consiste na

apresentação de elementos que permitem a suavização e/ ou adaptação ao mundo dos negócios – cada vez mais competitivo – e que pressionou a aproximação de empresas estatais às demais empresas do mercado, como forma de obtenção de maiores chances de êxito e da conquista de posições de equilíbrio entre os atores envolvidos nas correspondentes negociações.

Dentre os grandes desafios, destaca-se a demonstração de que as empresas que prestam serviços públicos não devem perseguir unicamente o lucro e/ ou resultados econômico-financeiros expressivos – como será analisado no decorrer da pesquisa, a partir da seção 2 –, vez que o papel dessas empresas, originalmente consentâneo às respectivas criações, consiste no oferecimento de serviços, na sua maioria básicos, a uma população que é em grande parte economicamente necessitada, e cujos membros moram ou trabalham nos locais em que as empresas desempenham suas atividades.

Analisa-se também nessa seção 5 alguns certames, com objetos singulares e interessantes, conduzidos pela empresa estatal prestadora de serviço público Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/ SP, uns anteriores – portanto, sob a égide da Lei Federal 8.666/1993 – e outros posteriores à vigência da Lei Federal 13.303/2016. Com isso, é possível a identificação da evolução de determinados elementos, em compasso com o que é preconizado pelo texto normativo.

Essa observação auxilia ainda na percepção de como possíveis variações, envolvendo os valores dos contratos, podem afetar a execução do objeto contratado e, conseqüentemente, a prestação do serviço em si – passando-se brevemente pelas questões ligadas à empresa prestadora do serviço e também às necessidades dos usuários dos referidos serviços e apresentando-se algumas considerações sobre as análises realizadas.

Por fim, na seção 6, serão apresentadas as considerações finais da presente tese que, sem terem a pretensão de serem exclusivas ou definitivas, mas a título de conclusão, expõem algumas ponderações como frutos dos estudos, análises e reflexões críticas sobre a matéria analisada, a partir das quais espera-se instigar a discussão e o aprofundamento da questão.

Como apêndice, será exposta, de forma complementar e de apoio à própria tese, sua versão em língua inglesa – em tradução livre-, com o único

objetivo de servir de instrumento para contribuir com a internacionalização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Como anexo, consta planilha contendo a matriz de risco de um dos certames analisados na seção 5 da presente tese.

2 – REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS

Com vistas à dinamização das atividades comerciais e prestacionais, bem como do incremento da competitividade e do ritmo de respostas a serem dadas pelos serviços e produtos ofertados pelo Estado, aliando às compreensões de panoramas de diferentes arcabouços jurídicos abordados, há a possibilidade de foco no mais profundo entendimento e maior aprendizado sobre novas tarefas e condutas, permitindo ainda destacar o papel desempenhado pelas empresas estatais e firmando a importância estratégica de suas atuações.

Para tanto, se faz relevante compreender o regime jurídico das empresas estatais, suas características e quais traços similares e distintivos elas possuem em face das demais empresas do mercado.

2.1 – EMPRESAS ESTATAIS – EVOLUÇÃO

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as empresas estatais, através das empresas públicas e sociedades de economia mista, possuem previsão alicerçada no Título III (Da Organização do Estado), Capítulo I (Da Organização Político-Administrativa).

O texto constitucional previu maior controle nas unidades componentes da Administração Indireta do Governo, bem como um maior número de exigências às quais se somam controles mais rígidos que funcionam como mecanismos que levam à observância dos princípios esculpido no artigo constitucional 37. Passou-se, por exemplo, a exigir concurso público para ocupação de cargos nas empresas da Administração Indireta, em atenção aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

O texto a seguir, extraído de uma exposição apresentada por De Aragão³ (2017 p. 405) ajuda a explicar o porquê da necessidade das ações das estatais serem acompanhadas:

Como as empresas estatais são entidades integrantes da Administração Pública Indireta do ente federativo que as criou, devem atender a finalidades que integram o âmbito de competências desses entes. São uma forma descentralizada de exercício de competências que originariamente são do ente federativo que as instituiu. (grifo nosso).

³ DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas estatais e sociedades de economia mista.** São Paulo: Forense, 2017.

A Constituição de 1988 previa uma relevante participação estatal em diversos ramos de atuação. Contudo, muitos instrumentos legislativos, tal como a Emenda Constitucional nº 19/1998, desvirtuaram a intenção do legislador constituinte, procuraram possibilitar, cada vez mais, a interferência do particular em áreas até então tradicionalmente ocupadas pelo Estado, inclusive através de quebras de monopólios como, por exemplo, na área de telecomunicações, o que teve por consequência, entre outros fatos, a desconfiguração o antigo sistema Telebrás.

Nem todos os setores, conforme destaque feito por Leite ⁴ (2017, p. 109), foram transferidos à atuação privada, uma vez que possuem contornos e necessidades públicas que não estariam ao alcance dos particulares. Isto culmina na tentativa, cada vez mais forte, de aproximar as empresas estatais, sejam elas sociedades de economia mista, sejam empresas públicas, do regime das empresas privadas. Não por acaso, houve, nesse sentido, anos depois, a recente promulgação da Lei nº 13.303/2016 (chamada de Lei das Estatais).

Coincidindo com o início da década de 1990, as condutas preconizadas pelo Consenso de Washington, que enfatizavam o liberalismo, ganharam força no cenário nacional. Como exemplo, pode ser mencionado o Plano Nacional de Desestatização (PND) – lançado em 1990 pelo governo do então presidente da república Fernando Collor de Mello –, cujo objetivo consistia na promoção da privatização de diversas estatais.

De acordo com o que afirma Kliass⁵ (2018, p. 29) a ideia de baixa intervenção e participação estatal na economia buscava, igualmente, um distanciamento da rechaçada figura do regime militar, um período em que houve intenso papel do Estado na economia, inclusive através das empresas estatais. Ademais, reforçava-se o pensamento de que a reputada eficiência do setor privado era consideravelmente superior à do setor público. O mesmo autor sublinha ainda:

O acompanhamento da evolução da presença de empresas estatais na economia brasileira oferece um quadro aparentemente

⁴ LEITE, Sandro Granjeiro. *A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto jurídico brasileiro* in: **Revista do Tribunal de Contas da União** (maio/ agosto 2017).

⁵ KLIASS, Paulo. *O debate sobre a atuação empresarial estatal no país: principais argumentos*. In: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8619>, 2018, (acesso feito em 13/5/2019, às 14h e 40 min.).

contraditório. Em períodos bastante distintos da história do país, esse tipo de instrumento de intervenção do Estado foi utilizado de forma recorrente. Tal estratégia foi adotada não apenas no Brasil e por governos com orientação política e embasamento ideológico que poderiam até mesmo ser qualificados como opostos entre si. Apesar de tais diferenças nas respectivas origens, quase todos lançaram mão da constituição de empresas de natureza estatal até a década de 1990, com o intuito de implementar seus projetos governamentais. O quadro muda significativamente a partir da consolidação de hegemonia do ideário proposto pela onda neoliberal. (Kliass⁶ 2018 p. 30-31)

Na aludida senda evidenciada pelo autor acima, houve ainda, na primeira metade da década de 1990, em 1993, a privatização da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e, em 1994, a privatização da Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer). Na segunda metade da mesma década, o governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso deu continuidade ao Plano Nacional de Desestatização anteriormente iniciado e, nesse período foram realizadas, por exemplo, as seguintes privatizações: em 1997, a privatização da Companhia Vale do Rio Doce; em 1998, do já mencionado sistema Telebrás; e, em 1999, da Rede Ferroviária Federal.

Todavia, embora tenham sido promovidas privatizações de empresas e setores consideráveis e representativos, elas não correspondem, necessariamente, a experiências exitosas, podendo-se citar como exemplo de problemas posteriores, o significativo “apagão” energético no início dos anos 2000, ou a falha no gerador ocorrida no Amapá em novembro de 2020 que levou ao adiamento das eleições em várias cidades no mesmo ano.

No início da década de 2000, especificamente no ano de 2003, iniciou-se o mandato do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva que apresentava um viés político anunciadamente distinto do seu antecessor e cuja ideologia perdurou até o término do mandato de sua sucessora, Dilma Vana Rousseff, em agosto de 2016. Houve, também, a criação de estatais, dentre as quais podem ser citadas, como exemplos, a Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), em 2004, e a Empresa Brasileira de Comunicação, em 2007.⁷

⁶ KLIASS, <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8619>, 2018.

⁷ Informações extraídas do sítio eletrônico do **Ministério do Planejamento**: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico> (acesso feito em: 30/4/2019, às 14h e 20 min.).

A necessidade de adoção de novas estratégias por parte das estatais mostrava-se premente, e foi também motivada pelo surgimento da grave crise financeira mundial de 2008, ocasião em que muitas das discussões atinentes aos papéis das empresas conduzidas pelo Estado voltaram à tona.

Segundo Octaviani e Nohara⁸ (2019, p. 18), sobre a atuação contemporânea do Estado capitalista: “Esse Estado propulsor da economia – uma modernização do Estado mercantilista – tem recebido diversas nomeações, como *Developmental State* ou *Estado empreendedor*.”

Após assumir interinamente a Presidência da República, em 12 de maio de 2016, Michel Miguel Elias Temer Lulia estava centrado em uma agenda de reforma do Estado brasileiro, com o fito de mudar os rumos da economia e do cenário político nacionais até então vigentes. Ganhou maior evidência o sedutor reforço das ideias ligadas à defesa da desestatização das atividades, amparadas na crença de que o privado – com o fito de perseguir o lucro – poderia se mostrar um agente mais eficiente na prestação de serviços e produção de bens, complementada pela possibilidade de injeção de vultosas quantias monetárias nas desequilibradas contas públicas⁹ (DIEESE, 2018, p.2).

A Lei nº 13.334/2016 criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) com a intenção de ampliar e fomentar as parcerias entre o Estado e a iniciativa privada na execução de empreendimentos de infraestrutura e outros setores. O aludido programa foi um relevante instrumento do governo chefiado por Michel Temer no que tange a política de privatizações e concessões¹⁰ (DIEESE, 2018, p. 3).

Conforme destacam Gramstrup e Perez Filho¹¹ (2016, p. 143-144):

A importância das empresas estatais para o crescimento nacional é inquestionável, ainda que na conjuntura econômica atual essa relevância tenha perdido o protagonismo de outrora. [...] Hoje, o panorama institucional, como também o conjuntural e o ideológico se modificaram profundamente. Há – por assim dizer – uma ‘onda’ liberal instalando-se novamente [...] no Brasil,

⁸ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁹ DIEESE. **Empresas estatais e desenvolvimento: considerações sobre a atual política de desestatização**. Nota Técnica 189. São Paulo, 2018.

¹⁰ Ibidem, p.3.

¹¹ GRAMSTRUP, Erik Frederico; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. **O compliance nas empresas estatais: combate à corrupção e o papel do administrador à luz da Lei nº 13.303/2016**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, maio/ago. 2016.

estimulada pelas descobertas – recentes, se comparadas em termos históricos – de casos de corrupção e desvios ocorridos nas estatais [...].

Embora haja intenso empenho do governo federal atual em minimizar o papel do Estado, com a promessa de que a máquina estatal será reduzida, observa-se – diferentemente do alardeado – que a participação do Estado em diferentes economias internacionais mostra-se bastante relevante, e no Brasil não é diferente. Neste sentido, conforme a referida Nota Técnica do DIEESE¹² (2018, p. 6):

Tomando-se como exemplo o segmento de geração hidrelétrica, observa-se a prevalência inquestionável do setor público nos países com maior capacidade instalada. Na China, que responde por 27,0 % de toda a capacidade instalada mundial, predominam as empresas estatais hidroelétricas. O mesmo ocorre com o segundo país em capacidade instalada, os Estados Unidos, em que 73,0% pertencem a órgãos ou empresas públicas. No Canadá e Noruega, onde predominam a fonte hidroelétrica, a participação do setor público chega a alcançar 90,0%; e, na Índia, atinge 93%. Ainda na Rússia (62%), Turquia (55%) e França (82%), a maior parte das usinas está sob o controle público.

No Brasil, mesmo que se considerem as participações minoritárias em empreendimentos controlados pelo capital privado, as empresas estatais respondem por 54,0% da capacidade hidrelétrica instalada.

A relevância das empresas estatais no Brasil é bastante expressiva. Como ilustração, de acordo com a supra citada Nota Técnica do DIEESE nº 189/2018¹³ (2018, p. 7), do Dieese, ora em apreço, menciona-se a importância, em 2016, das 154 empresas estatais federais, somando um patrimônio aproximado de R\$ 500 bilhões – número que representava quase 8% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Ademais, no mesmo ano de referência, as aludidas estatais empregavam 530.922 trabalhadores diretos, ou seja, empregavam formalmente 1,2% dos trabalhadores do país.

Conforme o que nos demonstra De Aragão (2017, p. 415-416)¹⁴, o direcionamento das condutas e estratégias das empresas estatais como mecanismo de fomento para o desenvolvimento de atividades que persigam o

¹² DIEESE. **Empresas estatais e desenvolvimento: considerações sobre a atual política de desestatização**. Nota Técnica 189. São Paulo, 2018,

¹³ Ibidem, p. 7.

¹⁴ DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas estatais e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017

interesse público, representa uma histórica característica da atuação do Estado na economia, seja como promotor da indústria nacional, seja como mero interventor para ampliação de suas esferas de poder e influência, especialmente àquelas dependentes de recursos estatais.

Não surpreende o movimento que fomenta a privatização das empresas estatais, uma vez que muitas são rentáveis e possuem alto potencial de incremento de suas atividades e de geração de dividendos. No ano de 2015, por exemplo, as estatais do âmbito federal distribuíram aproximadamente a expressiva quantia de R\$ 22,1 bilhões¹⁵ (DIEESE, 2018, p.8). Se lucrativas não fossem, nem apresentassem os respectivos potenciais como promissores, o investidor privado não teria interesse em atuar nas referidas searas.

As empresas estatais exercem papéis que extrapolam a geração de lucro e possuem atuações fundamentais na vida econômicas e no desenvolvimento social do país, sobretudo em nações como o Brasil, onde se observa uma absoluta desigualdade social e as manobras e políticas governamentais necessitam olhar para os mais desfavorecidos, inclusive como forma de que algumas deformidades do mercado sejam corrigidas, ou ao menos minimizadas. Conforme ficou evidenciado no exemplo citado nos parágrafos anteriores, parte considerável da mão de obra trabalhadora, formalmente empregada no país, é resultante das contratações efetuadas pelas estatais.

Neste sentido, em compasso com o exposto na já referida Nota Técnica do DIEESE (2018, p. 9)¹⁶, a Constituição Federal de 1988 prevê uma série de serviços e bens, e os define como propriedade e/ ou competência de atuação por parte da União, dos Estados e/ ou dos municípios. Observe-se, por exemplo, e não como um rol exaustivo, a exploração das jazidas e recursos minerais, instalações nucleares, potenciais de energia elétrica. Ademais, há setores, como os relacionados a campos de pesquisa e fomento à inovação, que demandam altos investimentos por longos períodos de tempo, portanto, que apresentam no geral, uma baixa atratividade à iniciativa privada.

Contudo, as atividades de pesquisa são essenciais ao desenvolvimento, à independência e à soberania do país e a mão do Estado é vital em alguns

¹⁵ DIEESE. **Empresas estatais e desenvolvimento: considerações sobre a atual política de desestatização**. Nota Técnica 189. São Paulo, 2018.

¹⁶ Ibidem, p. 9.

setores estratégicos. Isso não significa que o Estado deva interferir e conduzir integralmente a economia, pelo contrário. Todavia, o raciocínio não pode ser binário, ou seja: não se pode excluir a participação e atuação privadas porque se entende cabível e pertinente a concomitante atuação estatal em algumas áreas da economia e do mercado.

2.2 - PONDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE AS EMPRESAS ESTATAIS

Evidenciar e refletir sobre o regime jurídico das estatais brasileiras, expondo ponderações sobre suas similitudes e peculiaridades, consiste em tarefa que ajuda a compreender o cenário brasileiro e as atuações do Estado em diversas áreas.

Para De Araújo¹⁷ (2018, p. 229), no seio da Administração Indireta devem ser consideradas aquelas empresas criadas pelo Estado, mediante uma lei, de modo que os casos que não se enquadrarem na caracterização mencionada, mas que possuírem alguma participação estatal, estariam abrangidos pelo contexto da Administração descentralizada.

Contudo, todas estariam abrangidas pelo entendimento de empresas estatais. De Araújo¹⁸ (2018, p. 231-232), destaca igualmente que a expressão “empresa” está ligada a um vocábulo originalmente econômico e não propriamente jurídico, estabelecendo conexão com a ideia de lucro – contudo, as empresas estatais possuem um objeto não imediato no que se refere a esse aspecto, em consonância com o que foi exposto anteriormente no presente trabalho:

Conclui-se que o **lucro** é elemento integrante do **conceito de empresa**, qualquer que seja. No caso, a diferença é que para as empresas particulares, tal objetivo é imediato, e para as empresas públicas ou sociedades de economia mista, estatais em geral, outros objetivos se sobrepõem ou superpõem, como as atividades referentes à salvaguarda da segurança nacional, ou relevante interesse coletivo, definidos em lei. (negrito do autor)

Ainda conforme De Araújo¹⁹ (2018, p. 278), evidencia-se que as empresas públicas e sociedades de economia mista não se confundem, já que não valem,

¹⁷ DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁸ Ibidem, p. 231-232.

¹⁹ Ibidem, p. 278.

integralmente, as características de umas para as outras. Quanto à prestação de serviços, o mesmo autor, fazendo referência à obra de José Cretella Jr., expõe:

Atualmente entende-se que toda vez que o Estado assume um serviço, porque o considera de interesse relevante ou geral, ele se torna um **serviço público** (ao menos extrinsecamente), mesmo que normalmente gerido por particulares, donde se conclui que o regime jurídico decorre do **serviço** e não da **pessoa** [...] De Araújo²⁰ 2018, p. 279, (negrito do autor)

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ (2012, p. 60-61):

A Administração Pública pode submeter-se a regime de direito privado ou a regime jurídico de direito público.

A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei.

[...]

Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador [...]. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público.

Mais adiante Di Pietro²² (2012, p. 503) expõe as seguintes características, dentre os traços comuns às empresas estatais:

- a) a criação e extinção através de leis autorizadas;
- b) o fato de possuírem personalidades jurídicas de direito privado;
- c) a submissão ao controle dos respectivos atos pelo Estado;
- d) a existência de mitigações do direito privado por normas de direito público;
- e) a necessidade de observância aos fins estabelecidos na lei que criou a estatal;
- f) a execução de tarefas de natureza econômica, seja através de intervenção no domínio público, seja por meio de exercício de serviço público a ser desempenhado.

Di Pietro²³ (2012, p. 510), prossegue destacando ainda que, nas sociedades de economia mista, há a necessidade de que o Poder Público participe efetivamente das gestões das companhias, caso contrário, haveria empresas estatais, mas não sob a forma de sociedades de economia mista.

²⁰ DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

²² Ibidem, p. 503.

²³ Ibidem, p. 510.

Conforme o magistério de Meirelles²⁴ (2010, p. 389):

Duas são as espécies de empresas estatais: a *sociedade de economia mista* e a *empresa pública*. A forma de organização jurídica varia de acordo com a espécie. A *sociedade de economia mista* deve ser estruturada sob a forma de sociedade anônima, porque fica sujeita aos preceitos da Lei 6.404, de 15.12.76. A *empresa pública* pode ser instituída sob qualquer das formas admitidas em Direito [...]. (itálico do autor)

Prosseguindo, o mesmo autor, aprofunda sua explanação e expõe que as empresas públicas ocupam espaço em uma “zona de transição entre os instrumentos de ação administrativa do Poder Público e as entidades privadas de fins industriais”. (Meirelles²⁵, 2010, p. 391).

Sobre as sociedades de economia mista, após ressalva sobre a composição acionária estabelecida com a participação do Poder Público e de particulares, há a interessante ponderação exposta por Meirelles²⁶ (2010, p. 393), em que cita a conciliação das empresas estatais que, embora estruturadas sob o regime privado, não perderem o foco no interesse coletivo.

Observando as lições de Bandeira de Mello²⁷ (2012, p. 197-198) compreende-se que:

Empresas públicas e sociedades de economia mista, isto é, as ‘empresas estatais’ (designativo genérico que serve para referi-las indistintamente), apresentam uma impressionante semelhança na disciplina jurídica que se lhes aplica.

[...]

Os pontos diferenciais entre elas, que merecem realce, são os seguintes: a) enquanto o capital das empresas públicas é constituído por recursos integralmente provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, nas sociedades de economia mista há conjugação de recursos particulares com recursos provenientes de pessoas de Direitos Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, com prevalência acionária votante da esfera governamental; b) empresas públicas podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas (inclusive a forma de sociedade ‘unipessoal’, prevista apenas para elas), ao passo que as sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima (art. 5º do Decreto-lei 200) [...].

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁶ *Ibidem*, p. 393.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2012.

Em compasso com os ensinamentos de Justen Filho²⁸ (2018, p. 171 e 173), sobre as empresas estatais:

A empresa pública é uma sociedade comercial que tem como sócios apenas sujeitos estatais.

[...]

As sociedades de economia mista destinam-se a formalizar a associação entre capitais públicos e privados, para um empreendimento conduzido sob o controle do Estado.

Por oportuno, Justen Filho²⁹ (2018, p. 200) ainda destaca a possibilidade de participação do Estado de forma minoritária, como sócio em empresas privadas, sem que exista controle por parte dele, e que essas empresas não integrem a Administração Indireta do Governo; sobre participações minoritárias do Estado também é feito destaque por Marrara e Maffioletti³⁰ (2016, p. 188). Fica claro que esse panorama não se confunde com a figura das estatais, ligadas à Administração Pública, vez que o controle acionário e a condução dos negócios estão nas mãos do Estado. Segundo De Aragão³¹ (2017, p.435), essas empresas com participação minoritária do Estado são as denominadas empresas público-privadas:

[...] pessoas jurídicas da iniciativa privada (portanto não integrantes da Administração Pública Indireta), mas das quais o Estado, principalmente através das suas estatais, participa minoritariamente, o que reforça o momento atual das empresas públicas e sociedades de economia mista de estarem cada vez mais atuando com o mercado e dentro do mercado.

Para Gasparini³² (2012, p.491):

O serviço público passou a ser prestado por pessoas, ainda que de direito privado, não totalmente estranhas à Administração Pública, dado que, além da respectiva criação, o Estado assegura-lhes recursos públicos. As autarquias e as pessoas privadas (concessionárias e permissionárias) passam a conviver com as novas entidades criadas pela Administração Pública [...]. São tais criações as *empresas públicas* [...]. São pessoas privadas, criadas pelo Estado, com recursos essencialmente públicos, para a execução e exploração de serviços públicos ou para a intervenção na atividade econômica. (itálico do autor)

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

²⁹ *Ibidem*, p. 200.

³⁰ MARRARA, Thiago; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Intervenção direta do Estado na economia por participações minoritárias: formas, requisitos e razoabilidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 181-203, abr./jun. 2016.

³¹ DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas estatais e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017.

³² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Mais adiante, em sua obra, Gasparini³³ (2012, p. 516-517) sublinha duas das diferenças existentes entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista: a primeira leva em conta a composição acionária de cada uma delas, visto que nas sociedades de economia mista a composição é feita com recursos públicos e privados, ao passo que nas empresas públicas os recursos são provenientes da Administração Direta ou Indireta. Neste ponto identifica-se, respeitosamente, imprecisão na conceituação proposta pelo autor acima, uma vez que recursos de sociedades de economia mista, por exemplo, permitem a participação do particular - portanto, de maneira indireta, permitiria a participação de capital particular na composição da empresas públicas propriamente ditas, caso uma sociedade de economia mista delas participasse. A segunda expõe também que o tipo societário das sociedades de economia mista deve necessariamente observar a modalidade anônima, diferentemente das empresas públicas que podem adotar qualquer modalidade societária.

Diante do que se acaba de observar, depreende-se que grandes distinções entre as espécies de estatais – as empresas públicas e as sociedades de economia mista – estão centradas nas respectivas composições societárias das estatais e nos tipos societários que as empresas públicas podem adotar, ao contrário das sociedades de economia mista, que precisam adotar a modalidade anônima.

Mas as distinções acima não são suficientes para o enfrentamento das diferentes atividades que as empresas estatais podem desempenhar, vez que elas podem ser prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas. Segundo Bandeira de Mello³⁴ (2012, p. 199), empresas estatais são “coadjuvantes de misteres estatais”, o mesmo autor³⁵ (2012, p. 202) ainda sublinha “que o regime jurídico disciplinador destas entidades da Administração indireta é certamente peculiar”, pois embora regidas pelas regras de Direito Privado, elas têm suas atuações permeadas por instrumentos atinentes ao Direito Público.³⁶

³³ Ibidem, p. 516-517.

³⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2012.

³⁵ Ibidem, p. 202.

³⁶ Pode-se citar como exemplo, a submissão dos atos e contratos das estatais ao controle das Cortes de Contas

Quando se pensa em exploração de atividade econômica por empresa estatal, seria mais sensato imaginar que elas se aproximassem mais do regime genericamente aplicado às demais empresas do mercado privado. Entretanto, não se mostraria justa a aplicação de privilégios às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, em vista da atinente competitividade que devem travar com os demais *players* do mercado em que atuam.

Di Pietro³⁷ (2012, p. 501) nos ensina igualmente, em referência ao disposto no *caput* do artigo 173, da Constituição Federal de 1988, que a exploração de atividade econômica por parte do Estado, com intervenção de maneira direta, só poderia ocorrer em hipóteses relacionadas à segurança nacional ou a salutar interesse coletivo³⁸. neste mesmo sentido pode-se observar o posicionamento exarado na já mencionada obra de Meirelles³⁹ (2010, p. 384).

Por outro lado, as estatais prestadoras de serviços públicos atuam em esfera condizente à especial atuação do Estado e, por isso, suas atividades devem ser observadas com especial atenção, uma vez que o espírito público de suas atuações deve prestigiar o interesse da coletividade e não precipuamente a persecução do lucro.

Ainda sobre serviços públicos, interessante passagem encontra-se na doutrina de De Oliveira⁴⁰ (2003, p. 53):

“(...) a prestação de serviços públicos insere-se entre as atividades da administração (...).
Surge, nesse aspecto, a divisão clássica das formas de prestação dos serviços públicos: *prestação centralizada* e *prestação descentralizada* de serviços públicos.
Quando o serviço público é prestado de forma direta pela Administração Direta, fala-se em atividade centralizada, ou em centralização.”

Poder-se-ia compreender a empresa estatal, em forma descentralizada de prestação de serviço público, como uma concessionária do serviço público prestado – especialmente quando criada por um ente estatal e prestada por outro – e estaria sujeita à disposição do artigo 175, da Constituição Federal de 1988,

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁸ 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.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁰ DE OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel. **Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003.

segundo a ótica de Di Pietro (2012, p. 501-502),⁴¹. Similar entendimento, pode ser encontrado na exposição feita na obra de Meirelles⁴² (2010, p. 384).

Todavia, classificar empresas estatais prestadoras de serviços públicos, em determinadas hipóteses, como concessionárias, respeitosamente, parece esbarrar em alguns pontos que requerem ponderações:

a) concessionárias, ordinariamente, desenvolvem suas atividades com o objetivo de obtenção de lucro;

b) não vão se aventurar em algum negócio se não vislumbrarem retorno que supere os seus investimentos;

c) não estão precipuamente preocupadas com a coletividade em si, o que não significa que não possam ou não consigam contemplar a contento o esperado pela população servida pela atividade.

Entretanto, a empresa estatal, como integrante da Administração Pública, mesmo que de forma indireta, deve perseguir, dentre seus objetos precípuos, o interesse coletivo, embora essas atividades não gerem o lucro que particulares gostariam de auferir. Isso não significa que a empresa estatal não possa obter lucros, pelo contrário, ela deve auferi-los, se possível, mas, essa não deve ser a finalidade condutora das atividades das empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

2.3 – EMPRESAS ESTATAIS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO LATINO AMERICANO

O Direito comparado consiste em método de investigação jurídica, através de confrontações de fenômenos de diferentes ordenamentos jurídicos. Conforme o que nos explica Dutra⁴³ (2016, p. 207): “O estudo do direito comparado é marcado pela sua preocupação com temas que transitam pela metodologia do direito”.

Sobre o método comparativo – especialmente ao Direito Administrativo - discorre Marrara⁴⁴ (2014, p. 88):

⁴¹ Op. Cit., p. 501-502.

⁴² Op. Cit., p. 384.

⁴³ DUTRA, Deo Campos. Métodos (s) em Direito Comparado [Method(s) in Comparative Law]. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set/ dez, 2016.

⁴⁴ MARRARA, Thiago. **Método comparativo e direito administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 87-98, jul./set. 2014.

No Brasil, essa prática é frequentemente empregada como forma de subsidiar a crítica, a elaboração e a reconstrução do direito positivo. No âmbito do direito administrativo, isso se verificou, muito claramente, na chamada fase de renovação, ou seja, na fase que se inicia em 1988 e segue até hoje. Nesse período conturbado, os movimentos de privatização, agencificação, regulação, consensualização, redemocratização e transparência foram fortemente influenciados por institutos e tendências estrangeiras, sobretudo provenientes dos Estados Unidos e da Europa. A influência alienígena resta evidente quando se examina a legislação, pós 1990, referente ao funcionamento e à organização de agências reguladoras, à defesa da concorrência, à regulação de telecomunicações, às técnicas de privatização, ao acesso a informações, a novas formas de contrato e parcerias etc.

Aplicando essa metodologia, buscou-se comparar a situação existente em diversos países latino americanos. Para isso foram selecionados ordenamentos latino americanos tendo em vista as similaridades existentes nas origens históricas ibéricas, mas sobretudo, levando-se em conta os estágios – mesmo em níveis diferentes – das respectivas economias em desenvolvimento e das necessidades de obras de infraestrutura, bem como pelo fato de as correspondentes sociedades serem caracterizadas por profundos abismos sociais.

2.3.1 - Argentina

Iniciar-se-á pelo ordenamento da Argentina, um país com muitas semelhanças com o Brasil, não apenas pela proximidade geográfica e parceria econômica, mas também pela similaridade jurídica de seus ordenamentos. Nesse país existe a figura das “*Empresas del Estado*”, caracterizadas por regime jurídico que combina o Direito Público e o Direito Privado, conforme explica Cassagne⁴⁵ (2012. p. 45): “A denominação de Empresas do Estado constitui entre nós um tipo jurídico especial instituído pela lei.” (tradução nossa)

Segundo a ótica argentina, os serviços públicos prestados pelas empresas do Estado emergem em virtude de lacunas que não conseguem ser supridas pela iniciativa privada propriamente dita, propiciando as atuações do Estado e do privado no desempenho de atividade de interesse público, contudo,

⁴⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Derecho Administrativo Argentino*. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012: “*La denominación de ‘Empresas del Estado’ constituye entre nosotros un tipo jurídico especial instituido por la ley*”.

de natureza privada, como por exemplo, o ensino e a educação, como nos explica Cassagne⁴⁶ (2012. p. 84).

Continuando a análise dos serviços públicos na Argentina, entre as décadas de 1980 e 1990, detecta-se impacto relativamente positivo da transferência da titularidade de serviços então prestados pelo Estado a particulares, incluindo na ocasião maior controle das taxas de inflação, conforme bem observa Preston⁴⁷ (1996, p. 656):

Entre 1989 e 1993, privatização teve um impacto positivo na economia argentina, incluindo a redução drástica das taxas de inflação [...]. Privatizações também alinharam a força de trabalho, mas a eficiência alcançada custou o emprego de mais de 250.000 trabalhadores do Estado e das empresas estatais. (tradução nossa).

Embora existam pontos de contato entre os ordenamentos brasileiro e argentino depreende-se que os ângulos dos quais partem a segmentação dos serviços públicos são diferentes, visto que no Brasil a atuação do Estado não é encarada como supletiva em face do não suprimento integral por parte de particulares. Em nosso país, os particulares é que atuam de sorte a permitir que um maior número de pessoas seja contemplado pelos serviços originalmente prestados pelo Estado. Portanto, historicamente, é o particular que ajuda suprir a lacuna estatal, não o contrário.

2.3.2 – Bolívia

A Bolívia é um país singular, interessante de ser analisado, inclusive sob o ponto de vista político, com a instalação de governos autônomos de grupos indígenas, no contexto do estado plurinacional boliviano.

Com a eleição presidencial de Evo Morales, no final da primeira década dos anos 2000, diversas alterações legislativas ocorreram no país, dentre as quais algumas que abrangem a temáticas das empresas estatais. Conforme preconiza a Lei n. 466/ 2013, de acordo com destaque feito por Octaviani e

⁴⁶ Ibidem, p. 84.

⁴⁷ PRESTON, Diane. *Article: Project: Privatization: The Global Scale-Back of Government Involvement in National Economies. In: Administrative Law Review*. Vol. 48, No. 4, (Fall 1996), Published by: American Bar Association. <https://www.jstor.org/stable/40709849> (acesso feito em: 20/11/2019, às 15h e 23 min.): "Between 1989 and 1993, privatization had a positive impact on Argentina's economy, including drastically reduced inflation rates (...). Privatization also have streamlined the workforce, but these efficiency gains were achieved at a cost to labor of over 250,000 jobs in state and state-owned industries."

Nohara⁴⁸ (2019, p. 43-44), há seis modelos de empresas estatais no país, que atuam e diversos seguimentos dentre os quais, por exemplo, o serviço público de transportes:

- a) *empresa estatal* que pertence integralmente ao Estado central;
- b) *empresa estatal mista*, em cujo modelo o Estado integraliza aportes superiores a 70% do capital com direito a voto;
- c) *empresa mista*, cujo aporte no patrimônio da empresa, feito pelo Estado, fica entre 51% e 70%;
- d) *empresa estatal intergubernamental* (capital social entre 51% e 99,99% pertencem ao Estado Central e, o restante à Entidades Territoriais Autônomas;
- e) *empresas gran nacionales* (caso em que *empresas estatales mistas* ou *empresas mistas* integram empresas estatais de países integrantes da *Alianza Bolivariana para Los Pueblos de Nuestra América*);
- f) *corporación*, configurada por conglomerados composto por diversas empresas públicas com o mesmo objetivo.

Ainda de acordo com Octaviani e Nohara⁴⁹ (2019, p.41), as estatais da Bolívia concentram aproximadamente 40% do PIB do país, fator que ajuda a demonstrar a relevância que as referidas empresas possuem, também no contexto econômico, no país latino americano ora em apreço.

2.3.3 – Chile

Outra visão interessante de serviço público é a chilena, não apenas por ser um país de destaque na América Latina, em vista da economia de mercado amplamente adotada, mas, também, por apresentar fissuras sociais atinentes aos demais países latino americanos – incluindo o Brasil. Segundo Blanco⁵⁰ (2012. p. 215):

Falar em serviço público implica essencialmente em se referir a uma atividade que possui um caráter indispensável para a

⁴⁸ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁴⁹ Ibidem, p. 41.

⁵⁰ BLANCO, Alejandro Vergara. *Panorama General del Derecho Administrativo chileno*. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012: “*Hablar de servicio público implica em lo esencial referirse a una actividad que posee el carácter de indispensable para la comunidad, que consiste en una actividad económica prestada de manera continua y regular, donde existe una declaración expresa (una publicación) a través de una norma con rango de ley y cuya prestación por parte de la administración tiene un carácter monopolístico y excluyente.*”.

comunidade, que consiste em uma atividade econômica prestada de maneira contínua e regular, sobre a qual existe uma declaração expressa (uma publicação) através de uma norma com força de lei e cuja prestação por parte da Administração tem um caráter monopolista e excludente. (tradução nossa).

Conforme exposto por Blanco⁵¹ (2012, p. 216), o entendimento de serviços públicos, acima exposto, alinha-se à visão clássica sobre a matéria, eis que contemporaneamente não há publicações legislativas de atividades específicas relacionadas a serviços públicos de forma pormenorizada. O que existe é o disciplinamento mais abrangente de áreas do mercado, acompanhadas por propostas de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

O estado chileno buscou ao longo dos anos reduzir o papel do Estado em sua economia. Todavia, conforme ressalva feita por Octaviani e Nohara⁵² (2019, p. 40), o país possui mais de trinta empresas estatais, em diversos setores, dentre os quais observa-se o serviço público de transporte coletivo de passageiros, através da *Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.*

Destacam, ainda, os autores Octaviani e Nohara⁵³ (2019, p. 40) que no país há duas modelagens societárias através das quais o Estado configura suas estatais: *empresa pública* e *sociedade del Estado* – destacando que esta última não integra a Administração.

2.3.4 - Colômbia

O serviço público na Colômbia tem a sua consideração conforme excerto de Gamboa⁵⁴ (2012, p. 326) a seguir destacado:

[...] substancialmente, uma atividade de prestação de serviços e assistência à comunidade, que não tolera como regra geral o exercício de poder, salvo se a comunidade que a desenvolva deva socorrer o poder para apoiar o serviço e a sua devida prestação, ou que o legislador tenha considerado prudente e

⁵¹ Ibidem, p. 216.

⁵² Ibidem, p. 40.

⁵³ Ibidem, p. 40.

⁵⁴ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia (2011)*. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. Em tradução livre para a língua portuguesa, o trecho aponta a seguinte redação: “[...] actividad prestacional, y asistencial a la comunidad, que no conlleva por regla general el ejercicio de poder, salvo que la comunidad que lo desarrolle deba acudir al poder para apoyar al servicio y su debida prestación, o que el legislador hubiere considerado prudente y oportuno asignar algunas funciones administrativas al particular para la materialización efectiva del servicio.”

oportuno atribuir algumas funções administrativas ao particular para a materialização efetiva do serviço. (tradução nossa)

Afirma, ainda, Gamboa⁵⁵ (2012, p. 326) que nem todo serviço público abrange o exercício de funções públicas administrativas, requerendo a manifestação específica do legislador para que esse elemento possa ser verificado como componente do serviço analisado. Contudo, em comparação com o Direito pátrio, mostra-se difícil dissociar o “exercício de um serviço público” da “função pública”, cuja ideia é a de que devem ser observados os fins e interesses da República, através de seus agentes diretos, delegados ou concessionários.

Conforme bem destaca Soares⁵⁶ (1997, p. 88), fazendo remissão ao filósofo Cirne Lima, “a atividade administrativa é a atividade de quem não é dono, mas de quem gere o negócio alheio [...]”; novamente, mostra-se difícil aproximar o Direito brasileiro do direito colombiano, uma vez que no cenário nacional – mesmo que o serviço público seja prestado por um particular – não se deve perder de vista a ideia de que naquela atividade ele não é o titular, nem o dono.

2.3.5 - México

No México, há uma maior proximidade com a ideia de serviço público preconizada no Brasil, considerado como mecanismo de abrangência do interesse coletivo, com o menor custo possível e com níveis de qualidade razoáveis, segundo Ruiz⁵⁷ (2012. p. 829):

[...] o serviço público implica a aspiração solidária de colocar ao alcance de qualquer indivíduo, ao menor custo possível e sob condições que garantam sua segurança, a vantagem de a atividade técnica satisfazer uma necessidade do caráter geral [...] (tradução nossa).

O trecho acima demonstra que no México os serviços públicos relacionam-se à ideia de interesse coletivo, de sorte a permitir que todas as

⁵⁵ Ibidem, p. 326.

⁵⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. *Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa*. In: **Revista de Informação Legislativa. Brasília, nº 136**, 1997.

⁵⁷ RUIZ, Jorge Fernández. *Panorama General del Derecho Administrativo Mexicano*. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012: “[...] el servicio público entraña la aspiración solidaria de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica de satisfacer una necesidad de carácter general.”

peças tenham acesso, com o menor custo possível, aos serviços relevantes e necessários.

2.3.6 - Peru

Conforme bem destaca Ordíñez⁵⁸ (2012. p. 1207), no Peru, na década de 1990, houve grande transferência, para o setor privado, da prestação de serviços outrora oferecidos pelo Estado, sobretudo, os serviços de caráter mais empresarial. A aludida transferência deu-se através da privatização concretizada pela alteração societária e pela transferência da propriedade das empresas estatais à iniciativa privada. Neste sentido, também se destaca. o estudo conduzido por Vernava,⁵⁹ (1999) ao analisar o panorama peruano, no final do século passado, e as influências decorrentes da liberalização financeira alavancada por privatizações:

A privatização de empresas estatais anteriores é outra razão significativa para a concentração de investimentos não apenas no mercado de ações de Lima, mas em todos os mercados de ações da América Latina. Com a privatização, as leis latino-americanas, incluindo as peruanas, que regem o IED foram liberalizadas a fim de facilitar e estimular o investimento do exterior nessas empresas recém-privatizadas. (Vernava⁶⁰, 1999, p. 261, tradução nossa)

Indo além, o autor também expõe:

[...] empresas peruanas recentemente privatizadas. Como resultado, o capital de investidores institucionais internacionais tornou-se disponível para as empresas peruanas, o que seria

⁵⁸ ORDÍÑEZ, Jorge Eliás Danós. *Panorama General del Derecho Administrativo em Perú. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) Derecho Administrativo en Iberoamérica*, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

⁵⁹ VERNAVA, Anthony M. Article: **Financial Liberalization in an Emerging Market: Peru's Financial Reforms and the Lima Stock Exchange – with focus on Concentration, Emerging Market Institutional Investors and Peruvian Financial Conglomerates**. Vol. VI, No. 2 (1999). Published by: **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sjlta6&div=4&id=&page=>
(acesso feito em: 12/12/2019, às 12h e 12 min.).

⁶⁰ VERNAVA, Anthony M. Article: **Financial Liberalization in an Emerging Market: Peru's Financial Reforms and the Lima Stock Exchange – with focus on Concentration, Emerging Market Institutional Investors and Peruvian Financial Conglomerates**. Vol. VI, No. 2 (1999). Published by: **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sjlta6&div=4&id=&page=>
(acesso feito em: 12/12/2019, às 12h e 12 min.): "The privatization of previous SOEs is another significant reason for the investment concentration not only in the Lima stock market, but in all Latin American stock markets. With privatization, Latin American, including Peruvian, laws governing FDI were liberalized in order to facilitate and encourage investment from abroad in these newly privatized firms."

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sjlta6&div=4&id=&page=>
(acesso feito em: 12/12/2019, às 12h e 12 min.).

inviável sem as privatizações e a reconstrução macroeconômica, relativas à diminuição do papel do Estado como empreendedor. [...] Ao mesmo tempo, a liberalização econômica, da qual a liberalização financeira é uma parte, com a integração do mercado de capitais peruano com mercados desenvolvidos e emergentes da América Latina, resultou em vulnerabilidade e benefícios aos mercados de câmbio e ao setor financeiro peruano. (Vernava⁶¹, 1999, p. 281, tradução nossa)

Depreende-se dos trechos destacados que pontos sensíveis e vulneráveis emergiram e/ou foram acentuados em virtude do pretense processo de diminuição da estrutura estatal no Peru. Uma grande vulnerabilidade diz respeito à volatilidade dos desejos dos investidores dos mercados de capitais que são atraídos, com facilidade e velocidade, a alocar suas reservas onde vislumbram maiores retornos, fragilizando a segurança e o investimento intenso que obras e serviços outrora prestados pelo Estado exigem, sobretudo em países com significativa parcela da população necessitada social e economicamente.

A ideia de serviços públicos no Peru foi historicamente ligada ao desequilíbrio das contas públicas peruanas, até que o governo do então presidente Alberto Fujimori resolveu alinhar-se às diretrizes econômicas liberais preconizadas pelo sistema financeiro internacional, culminando com a já mencionada transferência de grande parte de titularidade do público para o privado, no que concernia o desempenho de tarefas relacionadas aos serviços públicos.

É interessante identificar que esse panorama visto no cenário peruano, quase trinta anos atrás, hoje possui grande expressão no Brasil, ressalvadas as peculiaridades de cada nação e as realidades temporais distintas. Contudo, o discurso observado, que se refere ao peso dos serviços públicos para as contas estatais e à questionada qualidade dos serviços prestados pelo Estado, demonstra facetas comuns e que instigam a investigação.

⁶¹ Ibidem, p.281: “[...] Peru’s recently privatized companies. As a result, the capital of international institutional investors has become available to Peruvian enterprises, without which Peruvian privatization and macroeconomic restructuring correlative with the downsizing of the state as entrepreneur, would be possible. (...) At the same time, economic liberalization, of which financial liberalization is a part, with the integration of Peru’s capital market, with both the developed markets, as well as with the other emerging markets of Latin America, has resulted in vulnerabilities, as well as benefits, for the Lima Stock Exchange and for the Peruvian financial sector”.

Ainda, sobre o Peru, Lanatta⁶² (2020, pp. 77-78), traz à discussão a questão envolvendo quem seriam os donos das empresas estatais ou quem seriam os responsáveis por definir os objetivos das empresas, a partir de caso provocado pela PETROPERU⁶³ – que expõe intenso antagonismo entre as ideias relativas às estatais como pertencendo à população como um todo, em contraponto aos interesses e disponibilidade de dedicação dos tomadores das decisões pelos quais eram conduzidas.

Outra interessante observação feita por Lanatta⁶⁴ (2020, p. 200), versa sobre o abismo entre a cultura de interesses de compadrio, um campo fértil para a corrupção e que permeiam muitas das estatais, e a transparência que deve balizar as ações das empresas estatais, não apenas no Peru.

2.3.7 – Uruguai

No Uruguai, os serviços públicos estão considerados entre aqueles essenciais, para satisfação das necessidades coletivas. Entretanto, limitações operacionais para a efetiva prestação e concretização dos aludidos serviços põem em xeque o entendimento sobre a matéria no país.

Embora existam atualmente processos de transformações do Estado, de acordo com Delpiazzo⁶⁵ (2012. p. 1446-1448), levam-se em conta os relevantes papéis desempenhados pelas autoridades estatais que acompanham e regulam as prestações de serviços, originalmente desempenhadas pelo Estado, sendo que alguns, atualmente, são prestados por particulares, sob a supervisão e regulação do Estado uruguaio.

Das informações acima depreende-se a importância que possuem os serviços públicos nos países elencados, não por acaso, uma vez que reúnem precipuamente características de desigualdades sociais e econômicas. Além disso, os serviços de cunho estatal contemplam parcelas consideráveis dos interesses e necessidades das respectivas coletividades.

⁶² LANATTA, Carlos E. Paredes. *La tragedia de las empresas sin dueño. El caso Petroperú*. Huancayo: Fondo Editorial, 2020.

⁶³ Grande estatal peruana, da área petrolífera, fundada na década de 1960 – disponível em : <https://www.petroperu.com.pe/acerca-de-petroperu-s-a-/historia/> (acesso feito em 13/10/20, às 15 h e 22 min).

⁶⁴ Op. Cit., p.200.

⁶⁵ DELPIAZZO, Carlos E. *Panorama General del Derecho Administrativo Uruguayo*. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

2.4 - COMPARAÇÃO ENTRE AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E AS DEMAIS EMPRESAS DO MERCADO

Empresas estatais não são empresas quaisquer, não são empresas que se confundem ordinariamente e de maneira simplista com as demais empresas existentes no mercado. Não há dúvidas de que elas guardam um certo grau de similaridade entre si, uma vez que as empresas públicas não possuem, via de regra, benesses tributárias nem outros gozos que poderiam privilegiar suas atuações.

De acordo com o que demonstra Pinto Junior⁶⁶ (2010, p. 10), nas sociedades comumente denominadas em desenvolvimento, tais como o próprio Brasil, as empresas estatais penetraram nos espaços não alcançados – pelo menos originalmente – pelas empresas do mundo privado:

Nos países em desenvolvimento ou economias de transição, o surgimento da empresa estatal procura preencher a lacuna deixada pelo setor privado, que normalmente não é capaz de mobilizar capitais para investimentos na indústria de base e em projetos de infraestrutura. Tais empreendimentos demandam maior volume de recursos, envolvem riscos elevados e costumam oferecer baixa taxa de retorno.

Tal entendimento propicia reflexão sobre a matéria, de maneira a levar a questionar se, no atual estágio de desenvolvimento da economia e política nacionais, as empresas provenientes do setor privado conseguiriam desempenhar tais atividades.

Interessante reflexão nesse sentido, a respeito das estatais prestadoras de serviços públicos é feita por Gramstrup e Perez Filho⁶⁷ (2016, p. 148-149), considerando-as “anomalias” do universo jurídico pelas razões a seguir expostas:

A se levar a sério a definição constitucional e a legal, as empresas estatais prestadoras de serviço público representam uma anomalia – ainda que essa anomalia tenha se acomodado em nossa tradição e nos nossos hábitos jurídicos. Primeiramente, porque os serviços públicos deveriam ser executados no âmbito de autarquias, pessoas de direito público. E, em segundo lugar, porque tendo por objeto serviços públicos no sentido jurídico da expressão, as empresas estatais acabam

⁶⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica E Dilemas Societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶⁷ GRAMSTRUP, Erik Frederico; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O compliance nas empresas estatais: combate à corrupção e o papel do administrador à luz da Lei nº 13.303/2016*. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, maio/ago. 2016.

por ganhar características que deveriam pertencer exclusivamente a órgãos da Administração direta ou a autarquias.

Embora possa-se considerar contundente a ponderação exposta pelos referidos autores sobre a matéria, o fato é que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos existem no universo jurídico brasileiro, e as conduções de suas ações e condutas ganharam novos contornos com a edição da Lei Federal n. 13.303/2016.

A partir desse instrumento legal, buscou-se uma maior aproximação entre as estatais e as demais empresas do mercado, o que aponta para uma diminuição potencial do abismo sentido até então entre os respectivos posicionamentos e atuações no mundo empresarial. Esse abismo poderia ser acentuado também pela mencionada “anomalia” que se observava.

Conforme bem assevera Nohara⁶⁸ (2015, p. 92), ao fazer pertinente distinção entre os serviços ordinariamente encontrados no mercado e os serviços públicos:

[...] alguns serviços são disponíveis apenas para os que tenham poder aquisitivo suficiente para a contratação em padrões elevados, os serviços públicos se voltam, por outro lado, a beneficiar o maior número possível de indivíduos, não podendo gerar custos que discriminem ou privilegiem de maneira infundada os usuários vistos de uma perspectiva isonômica.

As afirmações apresentadas acima pela pesquisadora apontam um foco importante que as empresas prestadoras de serviços públicos devem perseguir, ou seja, devem atuar de modo que o maior grupo de pessoas seja contemplado. E as empresas estatais prestadoras de serviços públicos não estão alheias a isso, pelo contrário!

Mais adiante encontramos uma interessante reflexão feita também por Nohara⁶⁹ (2015, p. 92) ao contrapor *crescimento*, gerado pela prestação de serviços públicos, *com e sem* desenvolvimento:

[...] crescimento sem desenvolvimento é mera modernização, que pode não contribuir para a melhoria das condições de vida da maioria da população em geral, uma vez que o progresso

⁶⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Aspectos gerais de concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

⁶⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Aspectos gerais de concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

técnico pode ser limitado ao estilo de vida e ao padrão de consumo tão somente de uma minoria privilegiada.

Da passagem acima depreende-se um dos mais relevantes papéis exercidos pelas empresas prestadoras de serviços públicos, sobretudo as de origem estatal, por estarem ligadas, mesmo que de maneira indireta, ao Estado/Administração Pública. Assim, empresas estatais prestadoras de serviços públicos ajudam a fomentar a economia e como reflexo suas ações podem reverberar positivamente nas vidas das pessoas atingidas por suas prestações.

Esse é um resultado de grande importância, visto que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos podem configurar instrumento de ação para a promoção da melhoria das vidas das pessoas, podendo-se citar, como exemplo, o aumento das linhas metroferroviárias em grandes e densos centros urbanos, o que permite, em tese, um menor tempo de deslocamento entre as casas das pessoas e os respectivos trabalhos. Como consequência, a título de exemplo, poderíamos lembrar que os passageiros poderiam dedicar maior parcela de seu tempo às suas famílias, aos afazeres domésticos, às atividades de lazer e aos estudos.

Deve-se aqui ressaltar que há profunda diferença entre empresas prestadoras de serviços públicos particulares e estatais. As primeiras estão intuitivamente ligadas à obtenção do retorno do investimento efetuado e, caso haja algum benefício ao grupo atendido pelo serviço, este elemento será uma externalidade reflexa, sem constituir-se, contudo, no foco principal de suas atividades.

A questão da finalidade lucrativa envolvendo as estatais é ponto extremamente relevante e instigante de se discutir. Justen Filho⁷⁰ (2018, p. 194), enaltece o papel das estatais, que é focado no atendimento do interesse da coletividade, em compasso com o escopo de criação da empresa. Contudo, o referido autor destaca ser legítimo a estatal buscar o lucro, com resultados econômicos atraentes. Ela não deve, é claro, perseguir cegamente e de maneira exclusiva o lucro, mais isso, por outro lado, não significa excluir a possibilidade de a estatal lucrar.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Em contrapartida, as empresas estatais prestadoras de serviços devem ter em seus respectivos núcleos a vontade de promover contribuições e melhorias, diretas e/ ou indiretas, que afetem a vida das pessoas contempladas por suas tarefas.

Retornando ao exemplo das linhas metroferroviárias, não devem as estatais prestadoras desse ramo de atividades simplesmente aumentarem as linhas em áreas afortunadas, mesmo que eventualmente rentáveis. Elas devem ampliar, ainda mais, linhas em áreas profundamente desprivilegiadas, incentivando o progresso e o desenvolvimento dessas áreas e, por via de consequência, além de aumentar o acesso ao transporte de qualidade para milhares de pessoas, ajudar a melhorar a vida dos usuários, o que deve ser seu principal objetivo, como dito acima.

Neste sentido, Nohara⁷¹ (2015, p. 93), fazendo menção à pesquisa de Laurindo Dias Minhoto, destaca aspecto interessante atinente à gestão privada de presídios nos Estados Unidos e na Inglaterra:

[...] os indicadores apontam para manutenção em unidades provadas dos mesmos problemas, como: fugas, mortes por negligência, denúncia de maus-tratos e rebeliões; também se observa a atuação dos lobbies no Congresso em favor de um direito penal máximo; [...] sobretudo, quando a garantia, ofertada pelo Estado, do número de presos passa a ser um elemento constante dos contratos de parceria público-privada, o que provoca um conflito entre o interesse público focado na ressocialização (bem como na diminuição da população carcerária), de um lado, e o interesse econômico lucrativo do setor privado que será preenchido com o incremento ou manutenção do número de pessoas encarceradas.

A passagem acima ilustra cristalinamente a central distinção entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e empresas e/ou grupos privados. A relevância das estatais prestadoras de serviços públicos não está somente na mera execução a contento de suas tarefas, mas, também, na preocupação dispendida em benefício da população atingida por seus serviços. Os elementos sociais, não eminentemente econômicos, devem ser prestigiados e observados pelas aludidas estatais.

⁷¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Aspectos gerais de concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

Percebe-se que o papel das empresas estatais possui um novo perfil na atualidade, não apenas como fomentadoras de pontos da economia e redes de serviços, mas, igualmente, como potenciais promotoras de crescente conhecimento e receitas para os Estados. Contudo, embora inseridas em um panorama de maior competitividade, imposto, também, pelo mundo globalizado identifica-se nas empresas estatais, especialmente as prestadoras de serviços públicos, um traço muito peculiar, qual seja, uma preocupação em contemplar as necessidades e anseios de relevante parcela da população de seu Estado, mesmo que isso não implique em lucro imediato.

Por outro lado, não se deixa de observar uma crescente preocupação quanto à racionalização dos valores investidos e necessários à prestação dos aludidos serviços, de sorte que não se nega a necessidade de ajustes, sem que, todavia, sejam esquecidos os propósitos pelos quais as estatais prestadoras de serviços públicos foram criadas.

Neste cenário, impõe-se a reflexão acerca da pretensa desoneração do Estado, do peso que, em muitos casos, as estruturas das estatais ajudam a acentuar. No contexto evidenciado, é salutar a contribuição que expõe que o processo de desoneração do Estado Brasileiro foi historicamente acompanhado, de forma contraditória, por financiamentos públicos: “[...] o mesmo Estado que decide pela delegação do bem ou serviço acaba por ter de financiar a atividade do privado.” (Da Silva, D.T. 2015, p. 243)⁷².

A seguir, serão tratadas as inovações apresentadas pela Lei Federal n. 13.303/2016 e, o contexto em que as empresas estatais brasileiras, cujas características foram acima pontuadas, se inserem beneficiando-se das possibilidades e as aplicações trazidas às aludidas empresas pela inovadora lei.

⁷² DA SILVA, Danilo Tavares de. *Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

3 – APLICABILIDADE E INOVAÇÕES DA LEI FEDERAL N. 13.303/2016

A Lei Federal n. 13.303/2016 versa sobre a instituição do estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de econômica mista e suas subsidiárias, em todos os âmbitos federativos do país. Abordar a temática das estatais em uma pesquisa acarreta a importância de se ressaltar as inovações apresentadas pelo aludido texto normativo, eis que significativas alterações foram trazidas para o contexto das empresas estatais.

Em razão da relevante aplicabilidade às empresas estatais e das inovações do texto legislativo em apreço, subsidiar-se-á a tese referente à modernização dos mecanismos de contratação das empresas estatais brasileiras, com o advento da Lei Federal n. 13.303/2016. Ou seja, procurar-se-á demonstrar que a aplicação de dispositivos da referida lei confere dinamização aos contratos das estatais e aproximação destas às demais empresas do mundo exclusivamente privado, como decorrência de anseios de parcelas dos mundos empresarial e governamental, bem como de parte da sociedade.

Conforme destaque feito por Octaviani e Nohara⁷³ (2019, p. 164) ao versarem sobre o contexto em que surgiu a lei em apreço:

A Lei 13.303/2016 foi fruto de uma conjugação de fatores, como (a) uma sequência exaustiva de escândalos de corrupção ao logo de décadas, cujo ápice midiático e político deu-se com a denominada ‘Operação Lava Jato’ e seu contexto político, (b) a atuação diligente dos Estados Unidos na exportação de modelos jurídicos, nos mais diversos níveis, e (c) um estado constante de fragilidade do mercado de capitais brasileiro, que, ao não contar com uma base estável para a criação de empresas inovadoras e competitivas do setor privado, busca encontrar alta rentabilidade, segurança jurídica e pouco risco junto às estatais, desenvolvendo uma contínua luta política por subordinar as estatais a seus objetivos.

[...]

Tais são os fatores estruturais do contexto que fez surgir a Lei 13.303/ 16, que veio a se somar – necessariamente integrando-se, não sobrepondo-se – ao regime jurídico do controle das estatais (negrito nosso).

Os mesmos autores acima mencionados, apresentam elementos do panorama de surgimento da Lei Federal n. 13.303/2016 bastante interessantes e que permitem reflexão e ponderação sobre críticas atinentes ao processo

⁷³ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

legislativo e ao conteúdo da lei ora em apreço. Não por acaso, em momento posterior da análise realizada pelos citados autores, eles apontam (Octaviani e Nohara,⁷⁴ 2019, p. 166):

Um outro elemento exemplificativo do surgimento da Lei é a tentativa de ganho de uma legitimidade política por parte dos que assumiram o poder logo após o impedimento da Presidenta Dilma Rousseff, que se esforçaram, sem sucesso, para construir imagem positiva perante a opinião pública, bem como agradar diversos setores do mercado privado, entre os quais os acionistas minoritários que tinham interesses em ampliar seus poderes sobre as estatais.

Depreende-se, portanto, a presença de fortes interesses na aprovação do texto legislativo atinente às estatais brasileiras, seja por fatores políticos, seja por fatores mercadológicos: “[...] os representantes de investidores no mercado de capitais brasileiro trabalharam para a aprovação da Lei 13.303/ 16, dado que com isso aumentariam seu poder sobre as estatais, diminuindo parte considerável de seu risco.”⁷⁵ (Octaviani e Nohara, 2019, p.166-167).

Sobre esse assunto, com toda propriedade, Octaviani e Nohara⁷⁶ (2019, p.167), ainda sublinham:

Em um panorama como esse, controlar, por dentro, as estatais brasileiras, pelo aumento do poder do sócio minoritário, amenizando o risco do ambiente, também, foi uma força motriz da aprovação da Lei 13.303/ 16.

[...]

Em suma, as repercussões da Operação Lava Jato, a posição estrutural do EUA como exportador de modelos jurídicos e os incentivos aos investidores minoritários foram os móveis inspiradores da Lei 13.303/ 16.

Em que pesem as críticas ao contexto de surgimento da Lei Federal n. 13.303/2016, à velocidade de sua aprovação (o Projeto de Lei n. 4918/ 2016, que teve origem no Projeto de Lei do Senado n. 555/ 2015, foi posteriormente transformado na Lei das Estatais), bem como a existência de questionamentos acerca de alguns de seus dispositivos – como, por exemplo, através da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 5624 – o fato é que ela está atualmente em vigor e compõe o ordenamento jurídico pátrio atual.

Verifica-se, então, interessante contraponto envolvendo a edição da Lei Federal n. 13.303/ 2016, eis que embora seja importante instrumento de avanço

⁷⁴ Ibidem, p. 166.

⁷⁵ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁷⁶ Ibidem, p. 167.

para as contratações das empresas estatais, não afastou críticas ao seu processo de elaboração e à aprovação do seu correspondente conteúdo, representando importante antítese aos enaltecimentos feitos acerca da lei em tela.

Segundo Zymler⁷⁷ (2017, p. 16), Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), ao discorrer sobre a Lei Federal n. 13.303/2016 e fazer apontamentos sobre a lei de licitações de 1993, evidencia:

A Lei 8.666/1993 revelou-se um importante instrumento para a fixação de uma cultura geral – tanto entre os integrantes da Administração Pública quanto no setor privado – acerca da necessidade de realização de licitações e de cumprimento ao princípio constitucional da impessoalidade.

[...]

Não obstante, com o passar dos anos, os ritos previstos nessa lei mostraram-se muito rigorosos, provocando prazos excessivos para a conclusão de um certame licitatório. São exemplos do rigor processualístico da Lei 8.666/1993 a necessidade de exame de documentos de habilitação de todos os licitantes e não somente do vencedor (artigo 43) e a previsão de diferentes fases recursais durante o certame, v.g. quando da habilitação e da análise das propostas (artigo 109).

A passagem acima reforça o entendimento sobre a necessidade de modernização legislativa acerca das contratações e práticas das empresas estatais.

E constata-se, ainda, outra interessante observação do eminente jurista sobre a Lei de 2016 e sua respectiva estruturação (ZYMLER, 2017, p. 19)⁷⁸:

As normas da Lei 13.303/2016 estão estruturadas basicamente em duas partes, que tratam de temas distintos entre si, mas que não deixam de se relacionar. Na primeira parte, há um conjunto de normas sobre governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial. Na segunda, encontramos normas sobre licitação e contratação a serem observadas pelas empresas estatais.

Na verdade, referidos temas se inter-relacionam na medida em que a flexibilização das regras de licitação depende da efetiva adoção de instrumentos jurídicos e gerenciais que evitem práticas abusivas.

⁷⁷ ZYMLER, Benjamin. *Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais* (Lei 13.303/2016). **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 19.

Os já citados pesquisadores Gramstrup e Perez Filho⁷⁹ (2016, p. 158) enaltecem a Lei Federal 13.303/2016, bem como os mecanismos que permitem ter maior transparência, explicitando que, segundo eles:

[...] representa importante avanço na gestão das empresas estatais e, por direta consequência, ao próprio interesse público e combate à corrupção; e chega a bom tempo, na medida em que a sociedade clama por maior lisura no trato da coisa pública. [...] pode-se afirmar que o envolvimento do cidadão na gestão pública tem obtido respaldo, ao menos no campo teórico.

Destacam Da Silva, M. das G. e Da Silva, A. M.⁸⁰ (2019. posição 118), sobre a lei que aqui se aprecia:

A Lei Federal n. 13.303/2016, ao mesmo tempo que torna mais flexível as regras de licitação, vincula as empresas estais à adoção de instrumentos de gestão, aprimorando o controle Interno no chamado Programa de Integridade.

O artigo 1º, da Lei n. 13.303/2016, dispõe expressamente sobre a abrangência do texto normativo em comento – incluindo, também, as empresas estatais que exercem atividades econômicas adstritas ao regime de monopólio da União e, aquelas prestadoras de serviços considerados públicos. Há segurança acerca da aplicação do referido texto legal às estatais, de maneira ampla, abrangendo, portanto, as que prestam serviços públicos.

Um raciocínio silogístico⁸¹ pode ser aplicado ao presente caso, reforçando o entendimento acima esposado acerca da aplicação da lei em comento às estatais prestadoras de serviços públicos.

O silogismo⁸² consiste em um modelo de pensamento lógico que se aplica ao mundo jurídico, e que conta com a seguinte estrutura:

- a) uma premissa maior (que é baseada em um texto normativo);
- b) uma premissa menor (que é baseada em um caso fático);

⁷⁹ GRAMSTRUP, Erik Frederico; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O compliance nas empresas estatais: combate à corrupção e o papel do administrador à luz da Lei nº 13.303/2016*. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, maio/ago. 2016.

⁸⁰ DA SILVA, Maria das Graças Bigal Barbosa; DA SILVA, Ana Maria Viegas. **Estudos sobre a Lei Federal n. 13.303/2016**. Brasília: Editora Kiron, 2019.

⁸¹ De acordo com Luís Fernando Coelho, ao versar sobre o silogismo, especialmente o jurídico: “O silogismo judicial, segundo a concepção da escola da exegese e suas variantes, configura uma subsunção, ou seja, a sujeição analítica do caso concreto, reduzido a um enunciado indicativo, à lei, expressa por um enunciado prescritivo” – *in* COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.147

⁸² Mais uma vez, fazendo uso dos ensinamentos de Luís Fernando Coelho, temos que: “O silogismo jurídico é, quer queiramos, quer não, um ingrediente do processo decisório, o qual se reveste do mesmo sentido de estrutura inerente a toda a juridicidade (...)” *Ibidem*, p. 169.

c) uma conclusão atinente à aplicação do previsto na norma ao caso concreto.

Considera-se que, abrangido pela argumentação jurídica, encontra-se o argumento silogístico, que se mostra instrumento de reforço da fundamentação de decisões, conforme o que nos explica Ferraz Junior⁸³ (2011, p. 318).

Neste trabalho a premissa maior corresponde à Lei n. 13.303/2016 que prevê a aplicação das respectivas normas às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. À premissa menor corresponde o universo das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, especialmente do setor metroviário e, a conclusão será apresentada ao final desta tese.

Apresenta-se relevante destacar, todavia, que a hermenêutica não está adstrita somente à subsunção dos fatos às premissas maior e menor e conclusão silogísticas; importante, também, observar os aspectos das multiplicidades cultural e social, bem como os anseios dos respectivos atores, conforme entende Hirano e Silva.⁸⁴

Assim, além da investigação do texto legal em comento, será feita análise do contexto em que a referida lei se aplica. De acordo com Coelho⁸⁵ (1981, p. 155):

As normas jurídicas são enunciados de soluções para os problemas do comportamento humano – não são verdadeiras ou falsas – são instrumentos para a vida do homem, resultam da lógica do legislador, que é uma lógica do razoável, para resolver razoavelmente os problemas.

Na tentativa de aproximar as empresas estatais das demais empresas do mercado, tanto em competitividade quanto em dinamização dos negócios, reiteram os artigos 3º e 4º, da Lei n. 13.303/2016, a determinação que já existia anteriormente à edição da lei em comento, sobre a natureza jurídica de direito *privado* que reveste as estatais brasileiras.

Considerável ponderação é realizada pelo já aqui citado Ministro Zymler⁸⁶ (2017, p. 20), do Tribunal de Contas de União, no que tange, principalmente, ao

⁸³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed., 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

⁸⁴ HIRANO E SILVA, Patrícia De Aguiar. **Um Olhar Sobre A Lógica Jurídica De Chaïm Perelman**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7498903b9c4f0c4b> (acesso feito em: 9/5/2020, às 13h 17 min).

⁸⁵ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

⁸⁶ ZYMLER, Benjamin. *Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais* (Lei 13.303/2016). **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017.

princípio da legalidade em relação às empresas estatais, com o advento da Lei Federal n. 13.303/2016:

De ver que, diferentemente das normas que regem as contratações públicas, **o artigo 31 da Lei 13.303/2016 não fez menção expressa ao princípio da legalidade. É de se pensar que essa omissão tenha relação com o fato de as empresas estatais serem pessoas jurídicas de direito privado.** Assim, os contratos regidos pela nova lei devem observância aos preceitos de direito privado. Nesses termos, em suas relações com particulares, é possível estipular tudo o que a lei não proíbe. Vigora, em geral, a autonomia da vontade. Em relação ao texto da Lei 8.666/1993, observa-se a inclusão de “novos” princípios e objetivos: eficiência, economicidade, obtenção de competitividade e vedação ao sobrepreço ou superfaturamento. Quanto ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, este ganhou contorno mais abrangente, incluindo a avaliação do ciclo de vida do objeto licitado. (negrito nosso).

Da leitura acima poder-se-ia imaginar que a respectiva observância do princípio da legalidade teria mantido afastadas as empresas estatais. Contudo, *data maxima venia*, não se partilha aqui este ponto de vista. Sustenta-se na presente pesquisa que o princípio em comento restou mitigado no que concerne as empresas estatais, em vista da maior aproximação das demais empresas do mercado, através de mecanismos de contratação menos engessados e ampliação da margem discricionária de seus administradores.

Como exemplo, pode-se citar a adoção de critério de julgamento relativa ao objeto a ser licitado, sem que isso implique na exclusão da aplicação do princípio da legalidade, uma vez que os contratos permanecem observando as balizas legislativa e são fiscalizados pelos Tribunais de Contas. Os respectivos termos editalícios e contratuais podem estar sujeitos a insurgências a serem verificadas, também com base na legalidade, pelos atores de Controle Externo.

Tônica bastante acentuada trazida pela Lei Federal n. 13.303/2016 diz respeito à governança corporativa, conforme expõem Fortini e Shermam⁸⁷ (2017, p. 27) : “Surgida no setor privado, a governança (corporativa) é o nome que se atribui ao modo de gestão das sociedades empresárias, visando controlar os atos e evitar possíveis conflitos e interesses [...]”.

⁸⁷ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017. p. 27.

A passagem transcrita ajuda a demonstrar um dos exemplos da tentativa de tornar as empresas estatais mais próximas das demais empresas do mercado. Essa tentativa foi catalisada pela inspiração em instrumentos típicos do mundo eminentemente privado, como a governança corporativa, que foi incorporada à realidade das estatais.

De acordo com Pinto Junior⁸⁸ (2020. p. 106), ao também versar sobre empresas estatais e a Lei Federal n. 13.303/2016:

As disposições societárias da Lei das Estatais apresentam inovações para fortalecer a governança corporativa das empresas estatais brasileiras [...]. As diferenças de tratamento mais marcantes podem ser explicadas pelo risco de aparelhamento político a que estão expostas as empresas estatais (e não necessariamente as empresas privadas).

O artigo 6º da lei em apreço preconiza o estatuto das estatais e suas subsidiárias, primando por governança, transparência, gestão de riscos e controles internos, elementos bastante aderentes aos anseios de maior acompanhamento dos atos adotados pelas estatais, como forma de minimizar desvios e incorreções, em consonância com as práticas adotadas por muitas empresas do mundo privado, em atendimento à maior atenção requerida pela sociedade, pelo mundo empresarial, pelos órgãos de controle, pelos tribunais, pelo Ministério Público e demais atores do Estado em vista de recorrentes desvios de atuações e casos de corrupção divulgados pela imprensa envolvendo estatais brasileiras.

No sentido evidenciado no parágrafo anterior, encontra-se o artigo 8º, da lei das estatais, que lista a necessidade de serem observados, como requisitos *mínimos* de transparência, os seguintes elementos:

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de **carta anual**, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a **explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização** para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução

⁸⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O interesse público na sociedade de economia mista brasileira: aproximação com a benefit Corporation do direito norte-americano*. In: **Revista de Direito Administrativo** Rio de Janeiro, v.279, n.1, jan/abr, 2020.

desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III - **divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;**

IV - **elaboração e divulgação de política de divulgação de informações**, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII - **elaboração e divulgação** da política de transações com partes relacionadas, **em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade**, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII - **ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta**, as informações de que trata o inciso III;

IX - **divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.** (negrito nosso)

O dispositivo acima exposto apresenta valiosos conteúdos em face da crescente preocupação que as estatais possuem, conforme o mencionado texto legal, envolvendo aspectos de transparência e controle dos seus atos. Frisa-se, por exemplo, a necessidade de divulgação de informações em prestígio à competitividade (inciso VII), bem como a leitura conjunta dos incisos III e VIII – de sorte a serem franqueadas aos interessados informações atinentes aos riscos, aos dados econômico-financeiros, ao controle interno e à governança corporativa da empresa.

Ainda sobre o assunto, segundo Da Silva, M. das G. e Viegas, Da Silva A. M.⁸⁹ (2019, posição 1550):

A Lei Federal n. 13.303/2016 veio, em atender determinação constitucional, modernizar a gestão dessas empresas, agregando obrigações das empresas e do Poder executivo no

⁸⁹ DA SILVA, Maria das Graças Bigal Barbosa; DA SILVA, Ana Maria Viegas. **Estudos sobre a Lei Federal n. 13.303/2016**. Brasília: Editora Kiron, 2019.

sentido desse estabelecer regras de governança. Amplia, portanto, a autonomia dessas empresas com um regime que agrega flexibilidade e responsabilização. Evoluiu a norma em muitos aspectos observando a realidade da gestão e as dificuldades encontradas pelos administradores.

Ao abordarem a governança no setor público é feita uma interessante observação por Fortini e Shermam⁹⁰ (2017, p. 33):

O Banco Mundial, por exemplo, assim como a OCDE, possui recomendações sobre governança no setor público, abrangendo dimensões como controle, estruturas organizacionais, processos e *accountability*. Partindo da premissa de que a implementação da governança no setor público apresenta complexidades que não estão presentes no setor privado (ex.: a natureza e o tipo de relação estabelecida com os *stakeholders* ou interessado), as recomendações do Banco Mundial buscam assegurar o equilíbrio entre a liberdade de gestão, a *accountability* e os múltiplos interesses dos *stakeholders*.

Fortini e Shermam⁹¹ (2017, p. 35) ainda sublinham que a Lei Federal n. 13.303/2016: “[...] incorpora normas originalmente gestadas pela iniciativa privada concernentes à governança, especialmente na faceta de promoção da integridade”.

Observa-se, portanto, que não se mostra adequada a simples transposição de elementos do mundo privado para a realidade das estatais, as quais possuem alguns desafios distintos, tal como bem apontado no excerto acima em destaque. Ou seja, há a necessidade de serem consideradas as particularidades das estatais, que algumas vezes, como foi evidenciado pelos autores, não são as mesmas das demais empresas.

Ainda, sobre algumas das diretrizes de instituições estrangeiras de financiamento, há diversos contratos de estatais, inclusive anteriores à Lei Federal n. 13.303/2016, que observam algumas de suas normas específicas. Alguns contratos com essas características serão abordados na seção 5 da presente pesquisa.

Outro elemento que não pode passar despercebido consiste na preocupação referente à sustentabilidade, preconizada expressamente no inciso IX acima observado. Já existia previsão atinente à sustentabilidade na Lei n.

⁹⁰ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira*. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

⁹¹ *Ibidem*, p.35.

8.666/1993, em seu artigo 3º, ao versar sobre a observância ao *desenvolvimento nacional sustentável*. Contudo, a lei de 2016 traz uma renovação sobre a questão (através de seus artigos 27, § 2º e, 32, § 1º, II), motivada pela intensificação das discussões que dizem respeito à seara ambiental e que perpassam as contratações e atuações envolvendo as estatais.

O artigo 9º prevê a adoção de estrutura de gestão de riscos e controle interno por parte das estatais, corroborando o que foi exposto acima. Como forma de ampliar a estruturação requerida, o artigo 14 expõe a necessidade de existência de um Código de Conduta e Integridade das estatais. O cenário mostra-se consoante ao maior controle e acompanhamento das ações das estatais pelos órgãos competentes e pelas pessoas interessadas.

Justen Filho⁹² (2018, pp. 188-190) também aborda diversas inovações trazidas às estatais através da Lei Federal n. 13.303/2016, dentre as quais destacam-se:

a) a ampliação do combate à corrupção, por exemplo, através de criação de obstáculos para a indicação de administradores, conforme preconiza o artigo 17 da lei em comento;

b) criação de instrumentos relativos à já exaltada governança corporativa; minimização de entraves burocráticos, através da adoção de mecanismos decorrentes da experiência do mundo da iniciativa privada;

c) o afastamento do regime de contratação preconizado pela Lei Federal n. 8.666/1993, permitindo-se a adoção de regulamente interno das estatais, estabelecendo-se regime próprio de contratação.

Outra interessante previsão está contida no artigo 19 da Lei, que determina a participação de representante dos empregados no Conselho de Administração da empresa estatal, indicando tendência de maior fluidez nas comunicações a serem travadas entre a cúpula da administração da empresa estatal e seu corpo de colaboradores – assento cuja exigência e previsão normativa não existiam antes do advento da lei em apreço.

Com este mesmo espírito, na tentativa de aproximar a Administração ao seu corpo de colaboradores, encontra-se a disposição contida no artigo 26, § 2º, da referida lei, acerca da indicação de pelo menos um dos integrantes do

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Conselho Fiscal das empresas estatais com vínculo permanente com a Administração Pública.

Na estrutura societária das estatais observa-se, conforme disposição do artigo 24, da Lei 13.303/2016, a necessidade de inclusão de *Comitê de Auditoria Estatutário*, como braço auxiliar do Conselho de Administração, com atuação – exemplificativa – na emissão de pareceres opinativos acerca de questões de auditoria, supervisão e monitoramento do controle interno e das demonstrações financeiras, avaliação dos riscos e exposições a que as estatais estão sujeitas. Interessante paralelo poderia ser estabelecido entre o Comitê de Auditoria Estatutário e os Tribunais de Contas, em relação ao Poder Legislativo, conforme preconizado no artigo 71 e seguintes, da Constituição Federal de 1988.

Contribuindo para a compreensão do contexto e da importância da Lei n. 13.303/2016, assim como dos fatores que influenciaram a sua confecção, há que ser destacado o Capítulo III, do Título I, do aludido texto legal, que traz disposição concernente à função social das empresas estatais:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.
§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser **orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista**, bem como para o seguinte:

I – **Ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços** da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II – **Desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista**, sempre de maneira economicamente justificada

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei. (negrito nosso)

Conforme o exposto na seção precedente, as empresas estatais não devem perseguir o lucro friamente e com foco exclusivo, sendo este um relevante diferencial na atuação, diante das demais empresas do mercado. Isso não quer dizer que a empresa estatal não deva buscar a racionalização dos usos dos recursos, maiores eficiências de processos, de seus produtos e de seus serviços.

É importante, também, que elas alcancem resultados financeiros satisfatórios; contudo, a performance financeira, motivada pelas inovações e ajustes promovidos nos processos das estatais, através da lei ora em apreço, não pode afastar a função social preconizada, não apenas em razão do artigo acima transcrito, mas da própria Constituição Federal, que dispõe sobre a importância da definição da função social das empresas estatais, em seu artigo 173, §1º, I.

Ainda dentro do universo relacionado à função social desempenhada pelas empresas estatais, o artigo 31, do texto legal em apreço, dispõe sobre a necessidade de consideração do ciclo de vida do objeto do contrato, além de serem observados os princípios constitucionais previstos no artigo 37, da Lei Maior, bem como a probidade administrativa, a economicidade, o desenvolvimento nacional sustentável, a vinculação ao instrumento convocatório, a competitividade e o julgamento objetivo.

Deve-se observar que a completude dos vetores elencados não precisa ser necessariamente preenchida pelas empresas privadas do mercado que não estão, por exemplo, via de regra, sujeitas aos controles feitos pelos Tribunais de Contas. Uma empresa eminentemente privada não precisa, por exemplo, observar em suas contratações o critério de julgamento objetivo para a seleção das propostas a ela apresentadas, ao contrário do que se impõe como necessário no caso das estatais, em consonância com o texto legal trazido à baila.

Ponto interessante a ser abordado, motivado pela aproximação promovida pela Lei Federal n. 13.303/2016, entre as empresas estatais e as demais empresas do mercado, versa sobre o Pacto Global, proposto pela Organização das Nações Unidas (ONU), com o fito de incentivar empresas à adoção de práticas envolvendo responsabilidade social corporativa, enaltecendo os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), em compasso com

destaque feito por Da Silva M. das G. e Da Silva A. M.⁹³ (2019, posições 579-600): “O papel do pacto Global é engajar o setor privado mundial para que desenvolva ações que contribuam para o alcance da Agenda 2030 da ONU [...], **envolvendo nesse esforço, também as empresas estatais.**” (negrito nosso)

Complementarmente à preconizada função social, outra questão essencial a ser discutida versa sobre a pormenorização das contratações realizadas pelas empresas estatais: a tentativa proposta pela Lei n. 13.303/2016, de “modernização” dos processos e regras atinentes às licitações no âmbito das estatais que está ligada à ideia de potencializar a eficiência e a competitividade em face das demais empresas existentes no mercado, procurando aproximar os dois grupos de empresas – estatais e não estatais – ou pelo menos diminuir o abismo existente entre elas, deixando-as em igualdades de condições.

Com a intenção de potencializar maior atração aos interessados em contratar com as empresas estatais, encontra-se, como bons exemplos, as disposições contidas nos incisos III e V, ambos do artigo 32, da Lei n. 13.303/2016. Os referidos incisos preveem, respectivamente, prestígio ao parcelamento do objeto, como maneira de se tentar abranger um maior número de competidores, e a política de integridade nas transações, como maneira de aumentar a transparência dos processos e propiciar menores dissonâncias de informações e maior segurança às partes envolvidas no negócio.

Os elementos mencionados denotam preocupação do legislador em relação à maior confiança que as transações envolvendo as estatais devem transmitir à sociedade e àqueles que pretendem com elas contratar, propiciando maior competitividade e, por via de consequência, ganhos potenciais nas negociações e números envolvidos.

Ainda no campo de dinamização das atividades e transações envolvendo as estatais, determina o inciso IV, do *caput*, do artigo 32, da lei, que no que concerne a aquisições de bens e serviços comuns, a modalidade preferencial de licitação a ser adotada é o pregão (conforme a Lei n. 10.520/2002).

O pregão, na atualidade pode ser desenvolvido em plataformas eletrônicas, absolutamente dinâmicas e que afastam a necessidade de deslocamento físico dos interessados, os quais muitas vezes não estão

⁹³ DA SILVA, Maria das Graças Bigal Barbosa; DA SILVA, Ana Maria Viegas. **Estudos sobre a Lei Federal n. 13.303/2016**. Brasília: Editora Kiron, 2019.

localizados na mesma cidade da sede da empresa estatal. Diversos entes federativos criaram plataformas no universo virtual com o intuito de facilitar e organizar as transações difundidas através dos meios eletrônicos, podendo-se citar, como um exemplo, a Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo (BECSP).⁹⁴

Outra novidade trazida pela Lei n. 13.303/2016 está contida em seu artigo 34, que determina que a empresa estatal mantenha em sigilo o valor estimado do contrato que se pretende celebrar (ressalvados os casos em que houve a adoção do critério *maior desconto*, conforme previsão contida no § 1º do artigo). Isso não acontecia antes, pois entendia-se que as estatais deveriam, em prestígio à publicidade e à transparência, divulgar os valores máximos que poderiam ser dispendidos nas respectivas contratações.

Com isso, os licitantes, ao negociarem com as estatais já sabiam o valor máximo que poderiam receber, portanto, não havia trivialmente grandes incentivos para que os patamares das disputas ficassem consideravelmente abaixo dos limites valorativos referentes às contratações. Esse panorama era bastante esdrúxulo em comparação ao enfrentado pelas demais empresas do mercado em suas correspondentes negociações

Assim, o legislador ao disciplinar a matéria incentivou condutas mais estratégicas sob o aspecto das negociações e expectativas geradas pelas disputas para a celebração dos negócios. Isso não significa que o valor estimado seja absolutamente sigiloso. O interessado poderá, justificadamente, e em momento oportuno, requerer a publicidade do valor estimado, com detalhamentos referentes ao quantitativo e às demais informações – conforme a segunda parte do *caput*, do artigo 24, da Lei n. 13.303/2016.

Além dessa hipótese, as informações atinentes aos valores estimados dos objetos licitados pelas empresas estatais devem ser disponibilizadas às Cortes de Contas e aos órgãos internos de controle, em compasso com o § 3º, do artigo 34 ora em comento.

A lei federal aqui em apreço versa sobre normas gerais atinentes aos processos licitatórios que envolvem as empresas estatais. Contudo, o artigo 40 do texto legal prevê que as sociedades de economia mista e empresas públicas

⁹⁴ <https://www.bec.sp.gov.br>

divulguem e mantenham de forma atualizada *regulamento interno* de licitações e contratos – este documento não pode contrariar as disposições contidas na Lei n. 13.303/2016, devendo, pois, pormenorizar aspectos procedimentais e operacionais internos da estatal.

Outra especificidade trazida pela Lei das Estatais está contida em seu artigo 42, que discorre sobre *normas específicas para obras e serviços* – topograficamente localizado na Seção III, do Capítulo I (atinentes às licitações), contido no Título II da Lei n. 13.303/2016.

Neste artigo, em seu § 4º, há previsão da utilização da contratação *semi-integrada* para as licitações de obras e serviços de engenharia, com a contratação ou definição de um projeto básico *anterior* à licitação – destacando-se a possibilidade de alteração do projeto básico, nesta modalidade de contratação – nas hipóteses em que houve a demonstração de inovações mais adequadas e que acarretem diminuição dos custos⁹⁵, elemento que contribui para o não engessamento dos contratos das estatais. Também neste artigo, no inciso X, há a primeira menção da lei à denominada “matriz de riscos”, cujas especificidades serão abordadas em item específico da presente seção.

O artigo 43 da lei, por sua vez, versa especificamente sobre a *execução* de obras e serviços de *engenharia*, estabelecendo a necessidade de especial foco, em vista dos serviços de infraestrutura – como as obras metroviárias. Dispõe o último artigo mencionado sobre a admissão dos seguintes regimes, atinentes à execução de obras e serviços de engenharia:

a) *empreitada por preço unitário* (inciso I), quando não há certeza sobre os quantitativos envolvidos;

b) *empreitada por preço global* (inciso II), nas hipóteses em que a previsão relativa aos quantitativos puder ser feita de maneira segura no projeto básico;

c) *contratação por tarefa* (inciso III), para os casos que envolvam contratações de serviços comuns, de natureza técnica, de com curta duração;

d) *empreitada integral* (inciso IV), nas hipóteses em que se contrata um empreendimento como um todo, pronto a ser posto em operação;

⁹⁵ Cf. conforme artigo 42, § 1º, IV, na Seção III, do Capítulo I, do Título II, da Lei n. 13.303/2016.

e) *contratação semi-integrada* (inciso V), nos casos em que houver a possibilidade de definição dos quantitativos no projeto básico, a ser posteriormente executado mediante diferentes métodos e tecnologias;

f) *contratação integrada* (inciso VI), aos casos de serviços e obras eminentemente intelectuais e com inovações tecnológicas ou que puderem ser concretizados com metodologias distintas.

Conforme disposição contida no § 1º, do artigo 43, todos os casos devem possuir projeto básico e anterior às respectivas contratações – franqueado aos interessados – salvo na hipótese prevista no inciso VI. O § 2º, por sua vez, apresenta vedação acerca da *execução* de contrato sem o correspondente projeto executivo, que deverá ser apresentado e definido antes da execução do contrato, mas que não é imperioso para a sua celebração, ficando a elaboração do projeto executivo sob a responsabilidade do contratado, em compasso com o disposto no artigo 44, § 1º, da Lei das Estatais.

Deve-se ressaltar, entretanto, que podem surgir questionamentos acerca da segurança no que diz respeito às contratações envolvendo obras e serviços de engenharia de estatais, eis que fora permitida a contratação sem o projeto executivo

Conteúdos que se mostram consoantes ao menor engessamento e maior atratividade dos contratos celebrados nos âmbitos das estatais encontram-se nos artigos 45 e 46, da Lei n. 13.303/2016. O primeiro artigo discorre sobre a possibilidade do estabelecimento de remuneração variável – observado o limite orçamentário para o contrato pertinente – atrelada ao desempenho demonstrado pelo contratado, conforme previsão editalícia e contratual, através da estipulação de metas, prazos, padrões e critérios de sustentabilidade.

O segundo versa sobre a possibilidade de que a execução do contrato seja realizada por diferentes contratados, de maneira simultânea ou concorrente, podendo propiciar, mediante adequada justificativa expressa, a maior participação de interessados e potencial ganho através da economia de escala.

Como resposta à sociedade e ao mundo empresarial, sobretudo em vista das recorrentes notícias acerca do envolvimento de empresas estatais em casos de corrupção, os dois artigos mencionados demonstram a intenção do legislador de dinamizar e modernizar os contratos das estatais. A referida estipulação de metas, por exemplo, instiga a concretização do objeto contrato de maneira mais

veloz, em vista de potencial remuneração variável que pode ser estabelecida no pacto.

Os contratos das estatais, acima mencionados, tem suas balizas contratuais parametrizadas pela estrutura licitatória prevista a partir do artigo 51, da Lei n. 13.303/2016, em compasso com o referido artigo legal que apresenta a estrutura da modalidade de licitação pregão: julgamento, habilitação, adjudicação e homologação.

Existe, contudo, a possibilidade de se verificar a inversão de fases do procedimento, conforme o disposto no § 1º, do artigo em comento, ou seja, permite-se, excepcionalmente, que a habilitação anteceda a apresentação de propostas e lances, o julgamento, a verificação da higidez das propostas e a negociação.

Decorre, ainda, da leitura do § 2º, desse mesmo artigo, que os atos praticados nos procedimentos licitatórios das estatais devem ser preferencialmente desenvolvidos no meio eletrônico, um fator que confere maior agilidade e modernização às licitações das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Dentre os critérios de julgamento das propostas, há que se destacar as previsões contidas no artigo 54, incisos II e VII da referida Lei n. 13.303/2016 – “maior desconto” e “maior retorno econômico”, respectivamente. A respeito do primeiro, determina o § 4º que o desconto será aplicado sobre o preço global ou o orçamento estimado a ser exposto no instrumento convocatório.

A respeito do último, há que se ressaltar o disposto no § 6º, que prevê como objetivo do critério em apreço a redução das despesas correntes da estatal, gerando economia para a empresa, de modo que a remuneração do licitante estará baseada na parcela da economia de recursos que for verificada.

Os critérios acima sublinhamos demonstram, novamente, o intuito do legislador em aproximar as empresas estatais das demais empresas do mundo empresarial, através de maior margem de negociação, estimulada por descontos e metas de redução, com base nas quais a remuneração da licitante pode ser aferida.

No mesmo sentido encontra-se a disposição do artigo 56, inciso I, ainda da Lei n. 13.303/2016, que prevê que apenas as propostas com vícios *insanáveis* devem ser desclassificadas. Portanto, a *contrario sensu*, entende-se que as

propostas com vícios *sanáveis* devem ser “salvas”, desde que o vício seja corrigido e a proposta mostre-se vantajosa à Administração.

Na esteira da dinamização das bases das contratações das estatais, encontra-se a “pré-qualificação permanente”, prevista no inciso I, do artigo 63 e, no artigo 64, da Lei das Estatais, que é aberta a qualquer interessado, com validade de até um ano (conforme previsão do artigo 65, *caput*).

Ela consiste em cadastro formado, anteriormente à licitação, de sorte a poder atender com mais agilidade às necessidades postas pelos casos fáticos e com o fito de identificar de maneira célere os fornecedores que reúnam os requisitos necessários para a consecução de contrato, cujo objeto pode ser o fornecimento de bem ou a prestação de serviço, dentro do prazo, das normas e locais de prestação anteriormente determinados – conforme inciso I, do artigo 64. Essa pré-qualificação também pode recair sobre bens, que cumpram exigências de cunho técnico e com padrão de qualidade estabelecidos pela Administração (em compasso com o inciso II, do artigo 64, da Lei n. 13.303/2016).

Ademais, de acordo com o artigo 71, da Lei das Estatais, os contratos lastreados por esse instrumento legal não podem ter prazo indeterminado, nem que seja, trivialmente, superior a cinco anos – ressalvadas as hipóteses de projetos abrangidos pelos planos de investimentos e de negócios das empresas. Ainda, quer pela natureza do negócio ou pela prática do setor, não se permite que a contratação tenha prazo superior ao limite acima exposto – ordinariamente estabelecido por esta Lei.

3.1 – AS NOVAS BALIZAS TRAZIDAS PELA LEI n. 13.303/2016

Grande espírito da Lei n. 13.303/2016 consiste na modelação de contratos permeados por valores e vetores do mundo privado, conforme o já tratado artigo 68. Não por acaso, as cláusulas exorbitantes, características dos contratos administrativos, foram afastadas via de regra pelo legislador infraconstitucional por ocasião da elaboração da lei ora em apreço.

O artigo 72⁹⁶, do texto legal investigado, traz previsão expressa sobre a possibilidade de alterações dos contratos apenas nas hipóteses em que houver acordo entre as partes envolvidas. Portanto, houve, na atualidade, o afastamento das alterações unilaterais por parte das estatais, o que conferiu maior segurança às partes que negociam e contratam com as empresas estatais, visto que eventuais alterações somente poderão ser operacionalizadas se todos os envolvidos no contrato o consentirem.

Complementarmente à inovação acima sublinhada, encontra-se, no artigo 81, da Lei n. 13.303/2016, previsões relativas à alteração dos contratos. Da respectiva análise, depreende-se a verificação de maior margem de discricionariedade ao administrador público nos ajustes e adequações que se mostrarem necessários, por ocasião dos respectivos desenvolvimentos dos contratos. Exemplos que podem ser mencionados constam nos incisos e parágrafos do aludido artigo:

- a) para a melhor adequação dos objetivos técnicos do contrato (inciso I);
- b) quando houver necessidade de alteração do valor da avença (inciso II);
- c) nas hipóteses em que a substituição da garantia de execução se mostrar pertinente (inciso III);
- d) nas hipóteses em que as análises técnicas demonstrarem a relevância na alteração do regime de execução do serviço ou da obra que mostrou ser inaplicável ao caso concreto (inciso IV);
- e) quando a forma de pagamento se mostrar necessária, em vista de elementos supervenientes (inciso V); e,
- f) quando a restauração do equilíbrio originalmente pretendido pelas partes implicar alteração necessária no contrato para o restabelecimento do pactuado no momento inicial (inciso VI).

Em vista do acima exposto, as modificações atinentes às reavaliações de métodos e de técnicas, bem como a verificação sobre a inaptidão prática de elementos pretendidos em um primeiro momento do contrato, ajudam a demonstrar o viés da Lei n. 13.303/2016 de prestigiar as avenças entre os

⁹⁶ 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.

envolvidos, bem como os ajustes e adequações decorrentes de discussões e consensos entre as partes, com o fito de provocar menor número de embates que possam obstaculizar o transcurso e concretização do contratado, em atenção aos desejos das partes e à conveniência – justificada – das alterações que se mostrarem pertinentes ao melhor e mais adequado desenrolar dos termos contratuais, sempre em atenção ao equilíbrio inicialmente pactuado, trazendo, como isso, maior nível de segurança e força às vontades das partes envolvidas.

Exsurge cristalino, através da leitura do parágrafo 1º, do artigo 82, a possibilidade – portanto, não imperativa – da parte aceitar, nos mesmos moldes já contratados, majorações ou diminuições, dentro dos limites impostos pelo legislador – ressalvadas, conforme § 2º, as hipóteses de acordo entre as partes –, para cima e para baixo: até 50%, aos casos de reforma de edifícios ou de equipamentos; e, até 25% às demais hipóteses.

O texto legal de 2016 é expresso ao facultar à parte – afastando-se a exorbitância de cláusula contratual exaltada em tempos anteriores –, a aceitação ou não, do acréscimo ou da supressão pretendida pela parte oposta do negócio. Anteriormente, sob a égide da Lei n. 8.666/1993, com base em seu artigo 65, § 1º, não existia faculdade, mas obrigatoriedade em suprimir ou majorar, dentro dos limites legais e diante da vontade da Administração Pública, fatores que podem interferir na composição dos valores e preços propostos pelos interessados em contratar com os poderes públicos.

Segundo Di Pietro⁹⁷ (2018, p. 355-356), a respeito do tema de majorações e supressões:

Temos entendido que somente as alterações quantitativas estão sujeitas aos limites de 25% ou 50%, referidos no artigo 65, § 1º, da Lei n.º 8.666 (...). Ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o **direito** do contratado, de ver mantido o **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste [...] (grifo nosso).

A imposição anterior relativa à aceitação de majorações e supressões nos mesmos termos contratados mostra-se dissonante quanto à realidade vivenciada pelas empresas privadas do mercado. Ela não se apresenta como

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

elemento razoável em relação às atuais contratações das empresas estatais, cuja natureza jurídica é de direito privado. Não por acaso, o legislador previu a perseguição pela Administração da proposta mais vantajosa, afastando elementos que pudessem emperrar a operacionalização da busca pelo melhor – razão pela qual permitiu o afastamento apenas dos vícios insanáveis (vide artigo 56, inciso I, da Lei das Estatais).

Outro fator que deve ser ressaltado diz respeito às práticas de governança corporativa que devem permear as atividades e estruturas das empresas estatais (vide artigo 9º, § 1º), conferindo ampliação da transparência de seus atos, maior acompanhamento das suas condutas e decisões e, por via de consequência, permitindo-se que a sociedade exerça maior e efetivo controle sobre os contratos capitaneados nos seios das estatais.

O controle, a ser realizado pela sociedade, pelos órgãos internos, pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas, opera em compasso com as disposições contidas em capítulo específico destinado pelo legislador à fiscalização a ser exercida pelo Estado e pela sociedade, abrangendo as perspectivas da economicidade, legitimidade e eficácia na aplicação dos respectivos recursos, através dos prismas financeiro, contábil, patrimonial e operacional (conforme *caput*, do artigo 85, da Lei das Estatais).

Ademais, houve facilitação através da imperiosa divulgação, atualizada, completa e mensal, em meio eletrônico, (no prazo de até dois meses, acerca das execuções dos pertinentes contratos e orçamento (vide artigo 88, da Lei n. 13.303/2016), sem que haja, todavia, interferência na autonomia das estatais (artigo 89), nem ingerência nas conduções de suas políticas públicas e no exercício de suas competências (em atenção ao artigo 90, da Lei n. 13.303/2016).

3.2 – A MATRIZ DE RISCOS DOS CONTRATOS DAS ESTATAIS

Inovação trazida pela Lei Federal n. 13.303/2016, de sorte a comportar destaque em subitem específico, versa sobre a matriz de riscos dos contratos das empresas estatais que representam um grupo mais abrangente, dentro do qual se encontram os contratos administrativos, celebrados nos seios das

Administrações Indiretas dos entes federativos. Segundo De Araújo⁹⁸ (2018, p. 746-748):

Contrato *público* é **gênero** do qual contrato *administrativo* é espécie. Há, portanto, ao lado dos contratos administrativos propriamente ditos, contratos de direito constitucional, internacional, tributário.

[...]

Se é verdade que todo 'contrato *administrativo*' é um contrato '*da Administração*', pois exige-se a presença desta na avença, a recíproca não é verdadeira: nem todo contrato '**da Administração**' é contrato '**administrativo**' [...]. (negrito nosso)

Segundo Zanetti⁹⁹ (2013, v. p. 456), ao versar sobre os riscos dos contratos privados:

A delimitação do conteúdo do negócio fica essencialmente a cargo dos contratantes. Para o direito privado, todos são livres para assumir os riscos julgados apropriados. Não podem depois, todavia, recusar as consequências de sua materialização. Liberdade e responsabilidade são faces da mesma moeda.

O autor, na mesma obra, avança em sua análise sobre o tema, e faz importante ressalva aos contratos de prestação diferida, cujos efeitos se protraem ao longo do tempo. Expõe a necessidade de serem ponderadas as relevâncias dos elementos que podem atravessar a execução dos contratos – nem todos relevantes –, bem como o contexto e o panorama do mercado por ocasião das respectivas celebrações e execuções.

Ele conclui que a parte que age de maneira escurteira e em compasso com o avençado não pode ser penalizada pelo universo jurídico, devendo ser prestigiada a liberdade dada às partes para assumirem, ou não, as responsabilidades pretendidas através das avenças a serem firmadas (Zanetti¹⁰⁰ 2013, p. 461-467).

De acordo com Da Silva, M. das G. B e Da Silva, A.M. V¹⁰¹. (2019, posições 1735 – 1745):

[...]. A incerteza de eventos em potencial é avaliada a partir de duas perspectivas – probabilidade e impacto. A probabilidade

⁹⁸ DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁹⁹ ZANETTI, Cristiano de Souza.. O risco contratual. In: Teresa Ancona Lopez; Patrícia Faga Iglecias Lemos; Otavio Luiz Rodrigues Junior. (Org.). **Sociedade de risco e Direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2013, v.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 461-467.

¹⁰¹ DA SILVA, Maria das Graças Bigal Barbosa; DA SILVA, Ana Maria Viegas. **Estudos sobre a Lei Federal n. 13.303/2016**. Brasília: Editora Kiron, 2019.

representa a possibilidade de que um determinado evento ocorrerá e o impacto representa a sua consequência/ efeito.

[...]

O conceito de risco é um evento futuro, incerto, associado a evento negativo.

A identificação e a alocação dos riscos dos negócios são assentes no direito privado. A Lei n. 13.303/2016 buscou inspiração na referida seara, de modo que a matriz de riscos fosse introduzida nos negócios das empresas estatais. Ou seja, mais uma vez, através de elementos sedimentados no âmbito do direito privado, verifica-se a intensa tentativa de aproximação das empresas estatais das demais empresas do mundo empresarial.

Além disso, a ideia da matriz de riscos liga-se ao princípio da precaução. Segundo Pedreira¹⁰² (2013. p. 186), ao versar sobre o referido princípio em sua dissertação de mestrado: “O princípio da precaução está fundamentado na percepção de que qualquer dúvida deva ser considerada como elemento autorizativo para a implementação de providência a fim de afastar um perigo.”.

A matriz de riscos busca identificar elementos que podem desencadear a responsabilização de alguma parte envolvida no negócio. Portanto, há uma estreita ligação com o princípio acima destacado.

Na Lei n. 13.303/2016 as previsões atinentes aos contratos estão contidas nos artigos 68 e seguintes. No *caput* do artigo 68 já há importante vetor trazido pela lei em apreço, referente à aplicação das normas de direito privado aos contratos celebrados nos âmbitos das estatais, sob a égide do texto legal em tela – depreendendo-se da aplicação de arcabouço privado aos contratos das estatais, que não há mais, por exemplo, a ampla aplicação de cláusulas exorbitantes previstas no artigo 58, da Lei n. 8.666/1993.

A esse respeito, observe-se o que comenta De Araújo¹⁰³ (2018 p. 759): “Tradicionalmente [...] tem sido utilizada, para denominar a cláusula que assinala a posição de supremacia da Administração no contrato Administrativo, a ideia de que ela é exorbitante e derogatória do direito comum.”

¹⁰² PEDREIRA, Ana Maria. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO – Prevenção, Precaução e Controle como meios de evitar a ocorrência do dano. 2013. 254f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

¹⁰³ DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Contudo, através da leitura dos artigos 82 e seguintes, da Lei n. 13.303/2016, verifica-se que as sanções administrativas permanecem com as prerrogativas de serem aplicadas de modo unilateral, pela Administração – representando exceção à condução consensual dos rumos dos negócios a serem contratados:

Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a **empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.**

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

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 o contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos. [...] (negrito nosso)

Dentre as cláusulas obrigatórias dos contratos, sobretudo os que se referem às obras e aos serviços de engenharia, balizados pela Lei n. 13.303/2016, há a matriz de riscos – conforme disposição contida no inciso X, do artigo 69, da Lei das Estatais. Essa Lei traz em seu artigo 42, inciso X o conceito de matriz de risco:

Art. 42. Na licitação e na contratação **de obras e serviços** por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

X - **matriz de riscos**: 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, **contendo, no mínimo, as seguintes informações:**

- a) **listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro** da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) **estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas**, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) **estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas**, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação. [...] (negrito nosso)

Compreende-se por matriz de risco, em compasso com o texto legal acima transcrito, um mapeamento dos elementos relevantes ao negócio a ser celebrado, importante para a manutenção do equilíbrio originalmente pretendido e pactuado, e que permite identificar e mapear os fatores que possibilitarão, ou não, revisões e ajustes. Assim sendo, o que não estiver abrangido pela matriz de risco não poderá ensejar alterações por ocasião da execução do contrato.

O gráfico abaixo – entendido que a diagramação e desdobramentos de células não é estanque – consiste em exemplo que ajuda a demonstrar a relação que a matriz de riscos procura identificar entre a chance de o evento danoso ocorrer e a respectiva magnitude da consequência do aludido dano:

Gráfico 1 - Matriz de Riscos¹⁰⁴

Probabilidade	Alta	Média	Alta	Alta
	Média	Baixa	Média	Alta
	Baixa	Baixa	Baixa	Média
		Insignificante	Moderado	Catastrófico
		Impacto		

Fonte: <https://ferramentasdaqualidade.org/app/uploads>

Segundo Massonetto¹⁰⁵ (2015, p.45-46) diante das dificuldades e desconfiças que o desenrolar dos contratos envolvendo as estatais encerram:

[...] é possível rascunhar uma matriz para reconhecimento dos elementos determinantes das decisões individuais nos projetos de infraestrutura e que repercutem no campo da dogmática jurídica. Da perspectiva da estruturação global do projeto, tal matriz deve indicar: (i) as características do projeto [...]; (ii) a estrutura societária da unidade executora do projeto [...]; (iii) alocação de riscos entre os participantes conforme a participação no investimento; (iv) as fontes de recursos (*funding*) [...]; (v) a composição das garantias [...].

É interessante destacar que o trecho acima transcrito foi extraído de obra publicada no ano de 2015 – portanto, anterior à edição da lei em apreço, ocorrida no ano de 2016. O ponto de vista do autor citado ajuda a demonstrar a preocupação que fora exposta anteriormente à aprovação do texto legislativo

¹⁰⁴ Extraído do sítio eletrônico: <https://ferramentasdaqualidade.org/app/uploads/2019/06/figura-1-exemplo-de-matriz-de-riscos.png> (acesso feito em: 27/7/2020, às 15h e 19 min.). acesso feito em: 27/7/2020, às 15h e 19 min.).

¹⁰⁵ MASSONETTO, Luís Fernando. *Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

das estatais, tendo em vista as incertezas sentidas pelos investidores e por aqueles que negociam com as estatais no Brasil – que antes da edição da Lei n. 13.303/2016, tinham os contratos sujeitos, por exemplo, à aplicação das já referidas cláusulas exorbitantes, além de estarem imersos em mares de burocracia e balizados por regime mais distante do mundo privado – de sorte que a visão do estudioso e aquela prestigiada pelo legislador, na lei ora investigada, mostram-se convergentes.

Torna-se relevante destacar que não faz muito tempo que a Lei n. 13.303/2016 – abrangendo, portanto, as matrizes de riscos – encontra-se em plena aplicação no país, eis que o artigo 91, do referido texto legal, concedeu às estatais o prazo de vinte e quatro meses, a partir da publicação da lei, ocorrida em 1º. de julho de 2016, conforme artigo 97, para que promovessem as respectivas adaptações necessárias, dentre as quais a aprovação de Regulamento Interno previsto no artigo 40, do texto legal em comento.

Assim, apenas a partir de meados do ano de 2018 – próximo dos vinte e quatro meses concedidos – é que a Lei n. 13.303/2016 passou a ser aplicada de maneira integral, destacando-se, também, que por considerável período, as estatais terão ainda a permanência de contratos regidos pela Lei n. 8.666/1993, ou seja, todos os pactos celebrados anteriormente à entrada em vigor dos Regulamentos Internos das empresas estatais, conforme previsão do artigo 40 acima referido.

Por oportuno, na seção 5 do presente trabalho, serão apresentados alguns exemplos de contrato pactuados no âmbito da empresa estatal Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/ SP, dentre os quais haverá exemplo de matriz de risco desenhada para uma situação fática específica.

3.3 - A DISPENSA DE LICITAÇÃO E DE CONTRATAÇÃO: LEI FEDERAL N. 13.303/2016

Ponto interessante a ser melhor investigado é identificado a partir do artigo 28, da Lei n. 13.303/2016, contendo disposições referentes às licitações e hipóteses de inexigibilidade e dispensa referentes às empresas estatais. Como regra, há o dever de ser observado o procedimento licitatório – contudo, há casos que excepcionam a referida regra, conforme previsões contidas nos artigos 29 e 30, do texto legal, a seguir apresentadas.

No artigo 29 verifica-se ter havido majoração dos valores que permitem a dispensa do procedimento licitatório, em comparação com a Lei n. 8.666/93¹⁰⁶. Conforme redação contida na lei de 1993, os valores para obras e serviços de engenharia que poderiam ser dispensados de licitação, para as empresas estatais eram até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); para os demais serviços e comprar, até R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais). Os valores, atualizados, pelo Decreto Federal n. 9.412/ 2018, seriam, respectivamente, R\$ 66.0000,00 e R\$ 35.200,00.

De acordo com o texto legal da Lei n. 13.303/2016, obras e serviços de engenharia, com valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) estão dispensados de licitação. Para os demais serviços e compras, o valor que permite a dispensa é de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), não podendo em nenhum dos caso os valores da dispensa corresponderem a parcelas da obra ou serviço contratado (caso contrário, seria visto o desvirtuamento do espírito da lei) – conforme os incisos I e II, respectivamente, do aludido artigo.

Os valores instituídos pela lei de 2016 representam um acréscimo de quase cinquenta por cento dos valores (atualizados) preconizados pela Lei n. 8666/1993. Esse cenário indica uma maior abrangência dos casos que permitem a dispensa, possibilitando uma liberação no que concerne a burocracia do processo licitatório, muitas vezes demorado e que, por via de consequência, pode vir a se mostrar um obstáculo à dinâmica requerida pelas negociações do mundo empresarial.

¹⁰⁶ Lei n. 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

[...]

§ 1o Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

Ainda no artigo 29 encontram-se os incisos VII¹⁰⁷ e XVII¹⁰⁸, não identificados no artigo 24, da Lei n. 8666/93. Os referidos incisos versam, respectivamente, sobre dispensa para a contratação de instituição brasileira ligada à ressocialização de presos e, para a doação de bens móveis com a finalidade de serem atendidos interesses sociais. Percebe-se, através da leitura dos incisos em comento, a especial atenção que a função social das estatais acima ressaltada requer, de sorte a haver, por exemplo, prestígio e incentivo por parte do legislador para o fomento à ressocialização de pessoas e à doação de bens de interesse social.

Outro conteúdo interessantíssimo é trazido no § 3º, do artigo 29, da Lei n. 13.303/2016, e que diz respeito à possibilidade dos limites impostos nos incisos I e II, do *caput*, do mesmo artigo, serem modificados – de sorte a se mostrarem condizentes com a variação dos custos:

§ 3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do *caput* podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

O disposto no parágrafo acima transcrito demonstra sensibilidade do legislador, ao permitir que os respectivos Conselhos de Administração das empresas estatais promovam alterações nos limites legais que balizam os casos de dispensa licitatória – possibilitando-se adequação e o consentâneo reflexo das variações de custos enfrentadas pelas empresas. Contudo, isso não pode representar um “cheque em branco”, eis que todos os atos devem ser devidamente justificados e estão sujeitos ao controle das Cortes de Contas.

O artigo 30, da Lei Federal No. 13.303/2016, prevê a possibilidade de a contratação ser feita de forma direta, ou seja, sem se perseguir o procedimento licitatório, nas hipóteses em que a requerida competição se apresentar inviável. Contudo, o inciso II do referido artigo legal veda expressamente a inexigibilidade aos serviços de divulgação e publicidade.

¹⁰⁷ VII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

¹⁰⁸ XVII - na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação;

Assim sendo, podem ser contratadas de maneira direta, quando se verificar a inviabilidade competitiva, os casos que abrangem aquisições de materiais ou produtos fornecidos exclusivamente por um representante e/ou empresa (inciso I), bem como os que envolvam contratações de serviços técnicos especializados de profissionais com expertises específicas envolvendo trabalhos majoritariamente intelectuais ou artísticos (inciso II):

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Importante definição do que se entende por “notória especialização” é trazida no parágrafo 1º, do artigo ora em apreço. Entendeu o legislador que o profissional dotado da referida especialização notória apresenta trabalho “essencial” e extremamente “adequado” para a consecução do objeto a ser contratado – razões que justificariam o afastamento do trivial procedimento licitatório. Em compasso com o parágrafo 3º, do artigo 30 da Lei, toda contratação direta, quando couber, deve observar:

- a) o enquadramento de situação de calamidade ou emergência (inciso I);
- b) o motivo da escolha do profissional ou empresa (Inciso II); e,
- c) o preço devidamente justificado (inciso III).

Assim, as hipóteses de inexigibilidade e dispensa representam situações excepcionais – frisando-se, novamente, que a regra é a competição, através dos ditames licitatórios. Não por acaso encontra-se previsão, no parágrafo 2º, do artigo 30, permitindo-se a responsabilização *solidária* daquele que for responsável pela contratação direta, em conjunto com o fornecedor ou prestador

de serviços que gerem prejuízos à Administração, em razão de sobrepreço ou superfaturamento, constatados, por exemplo, pela Corte de Contas.

Depois da exposição de novas balizas e das bases das contratações atuais das estatais, a seguir serão abordados aspectos que envolvem o peso dos investimentos e dos gastos públicos para a realização de obras de infraestrutura, especialmente no setor metroviário, conduzidas por empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

4 – O PESO DOS INVESTIMENTOS E DOS GASTOS PÚBLICOS

O Estado brasileiro possui dimensões continentais e a concretização de obras de infraestrutura mostra-se um desafio, não apenas pela heterogeneidade característica do cenário pátrio, mas também pela densa burocracia que permeia as relações governamentais e privadas.

O escopo da presente seção está em apresentar a relevância que o papel público exerce na realização de obras de infraestrutura no país, especialmente no setor metroviário, encabeçado por empresas estatais precipuamente prestadoras de serviços públicos, motivo que justifica a conceituação e o adequado posicionamento acerca da matéria, realizado em seção anterior da presente tese.

No Brasil, por exemplo, a primeira empresa metroviária nasceu tardiamente, em comparação com outros metrô do mundo,¹⁰⁹ no ano de 1968, na cidade de São Paulo, em compasso com a Lei Municipal n. 6.988/66 (que permite a criação da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô SP), e com o Decreto Municipal n. 7.489/68 – tendo o início das operações comerciais ocorrido em 1974, entre o trecho Jabaquara e Vila Mariana.

A conjuntura do momento acima evidenciado é relatada de maneira interessante por Preston (1996, p.646)¹¹⁰, que demonstra a forte atuação estatal nas prestações de serviços e obras públicas na década de 1970, também como mecanismo de combate à inflação, na tentativa de maior estabilização da economia – tragada, contudo, por diversos elementos, como intensa burocracia, decisões demasiadamente centralizadoras, investimentos financeiros inadequados:

Nos anos 1970, governos centrais usaram os empreendimentos públicos como uma ferramenta na batalha dos crescentes índices inflacionários ou como instrumento macroeconômico de estabilização.[...] Contudo, o controle de preços nos empreendimentos públicos, como forma de controlar qualquer aumento do nível geral de preços, eventualmente destruiu o

¹⁰⁹ O metrô de Londres, por exemplo, começou a circular mais de um século antes, em 1863 - conforme informação extraída do sítio eletrônico <https://www.dw.com/pt-br/1863-londres-inaugura-o-primeiro-metr%C3%B4-do-mundo/a-297312> (acesso feito em 29/8/2020, às 17h e 59 min.).

¹¹⁰ PRESTON, Diane. *Article: Project: Privatization: The Global Scale-Back of Government Involvement in National Economies. In: Administrative Law Review*. Vol. 48, No. 4, (Fall 1996), Published by: American Bar Association <https://www.jstor.org/stable/40709849> (acesso feito em: 20/11/2019, às 15h e 23 min).

resultado financeiro e a eficiência global dos próprios empreendimentos. [...] Os objetivos foram prejudicados pela interferência burocrática, decisões excessivamente centralizadoras, investimentos de capital inadequados, inaptidão gerencial, custos de pessoal excessivos e, alto giro de profissionais. Diante de tais dificuldades, os governos latino americanos buscaram resolver o problema pela transferência para a iniciativa privada. (Preston¹¹¹, 1996, p. 646) (tradução nossa).

É importante frisar, ainda em consonância aos ensinamentos de Preston (1996, p. 649)¹¹², que eventual transferência da execução de atividades para o particular está longe de significar ausência da atuação estatal. Pelo contrário, os governos permanecem desempenhando papel significativo – contudo, em nova definição de atribuições.

Ademais, o processo de valoração da composição entre público e particular é complexo, não pode ser desarrazoadamente alto, pois afugentaria investidores, e também não pode ser expressivamente baixo, já que passaria à população a impressão de que os Estado estaria praticamente doando seus ativos.

Todavia, ousa-se discordar do entendimento evidenciado por Preston (1996)¹¹³ de que o estado “sozinho” poderia determinar o sucesso ou o fracasso dos esforços relativos à diminuição da estrutura estatal, através a transferência da titularidade a particulares.

A discordância consiste, no entendimento do presente estudo, de que o Estado “sozinho” não conseguiria implementar empreitada de sucesso ou fracasso relativos às transferências de titularidades do público ao particular – vulgarmente¹¹⁴ denominadas por “privatizações”, uma vez que “sozinho” o

¹¹¹ PRESTON, Diane. *Article: Project: Privatization: The Global Scale-Back of Government Involvement in National Economies. In: Administrative Law Review*. Vol. 48, No. 4, (Fall 1996), Published by: American Bar Association <https://www.jstor.org/stable/40709849> (acesso feito em: 20/11/2019, às 15h e 23 min): “In the 1970s, central governments used public enterprise as a tool to battle the rising costs of inflation or as macroeconomic stabilization instruments. (...) However, protecting prices within the public enterprise in order to control any increase in the general price level eventually destroyed the financial position and overall efficiency of the enterprise itself. (...) They were plagued by bureaucratic interference, overly centralized decisionmaking, inadequate capitalization, managerial ineptitude, excessive personnel costs, and high labor turnover. Faced with such difficulties, Latin American governments sought to resolve the problems by turning back to private ownership.”

¹¹² Ibidem, p. 649.

¹¹³ Ibidem, p. 663.

¹¹⁴ Vulgarmente pois nos casos das empresas estatais, já há a natureza de pessoa jurídica de direito privado; portanto, não caberia falar em “privatização”, mas em transferência de titularidade majoritária do Estado para particulares.

Estado pouco consegue no sentido de concretizar suas intenções. É extremamente relevante a composição de ideias e ações complementares às do Estado, e não seria razoável imaginar a atuação solitária do governo como único instrumento responsável por atingir as metas pretendidas.

O excesso de gastos governamentais não pode pautar as práticas do Estado. Por isso também há espaço para ocorrerem as transferências de execuções de atividades, e composições acionárias tiveram lugar. Neste sentido, exaltando a imperativa responsabilidade fiscal por parte do governo brasileiro, Albuquerque¹¹⁵ (2000, p. 173) destaca:

O Brasil não pode se afastar dessa linha. Gastos governamentais excessivos abalam a reputação do país perante o mercado financeiro internacional. [...] O setor privado avançou em termos de igualdade. O setor público deveria fazer o mesmo.

Falar ainda em obras de infraestrutura excessivamente caras – como, por exemplo, as obras de metrô – requer a necessidade de exposição do que se entende por “infraestrutura” em si, conforme o que explica Massonetto¹¹⁶ (2015, p.35)

A infraestrutura é um capital social fixo, normalmente de natureza pública, que integra o capital global das economias nacionais. Possui uma íntima relação com o capital industrial, constituindo-se em um insumo importante para o aumento da produtividade de fatores, para o crescimento econômico e como parte da estratégia de desenvolvimento nacional.

Do trecho acima depreende-se o relevante papel que a infraestrutura possui no cenário econômico e também nos rumos de desenvolvimento de um determinado local. Em um grande e adensado centro urbano, como, por exemplo, a região metropolitana de São Paulo, é inviável dissociar, dentre as obras de infraestrutura, aquelas atinentes à mobilidade de milhões de passageiros por dia, seja através de linhas de metrô, de linhas de trem, de corredores de ônibus, de vias aeroportuárias ou viárias, bem como rodoviárias. Além do transporte de passageiros, frisa-se, também, a importância de obras de

¹¹⁵ CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. *Legal Responses to the Fiscal Crisis in Brazil*. **Saint Louis Warsaw Transatlantic Law Journal**, Saint Louis, EUA, v. 2000: “Brazil can no longer live beyond its means. Excessive government spending undermined the country’s reputation in the international financial markets. [...] The private sector has advanced in terms of equality. The public sector should do the same.

¹¹⁶ MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

infraestrutura para o necessário escoamento de produtos industriais, nacionais e importados.

O papel do Estado é central para a implementação e enrijecimento da infraestrutura, sobretudo em países desiguais como o Brasil, seja pelos vultosos investimentos que se mostram imprescindíveis, seja pelo considerável contingente de tempo e de pessoas necessárias para a execução das correspondentes atividades.

Conforme destaca Massonetto¹¹⁷ (2015, p. 39-40), o crédito público detém papel essencial no cenário em comento e novas formas de regulação da atividade financeira tornaram-se pressupostos para a política pública de financiamento:

[...] no contexto da austeridade fiscal permanente, em substituição às políticas cíclicas do período anterior, o Estado passou a incentivar os mecanismos de financiamento privado da infraestrutura econômica e social, atuando como um redutor de riscos inerentes a esta atividade.

Mesmo que os modelos de investimento e atuação nas áreas de infraestrutura tenham adquirido formas novas e complementares em relação às que existiam outrora, o Estado permanece como ator essencial na empreitada, já que figura como gestor público do risco, através da concessão de financiamentos em padrões mais satisfatórios e atrativos do que aqueles trivialmente oferecidos no mercado. Esse papel é primordial em cenários políticos e econômicos instáveis, como o brasileiro, funcionando também como forma de atração para um maior número de potenciais investidores.

Para Massonetto¹¹⁸, (2015, p. 48-49), através da aludida atenuação de riscos, o Estado minimiza as incertezas e instabilidades atinentes aos investimentos na área de infraestrutura, utilizando a garantia de conclusão do projeto e/ou garantia do pagamento. Como exemplo, podem ser citados os contratos de seguro que resguardam os chamados *acts of God* e a imposição de arbitragem na hipótese da necessidade de resolução de conflitos.

Ainda, segundo esse autor, evidencia-se que:

A gestão pública da incerteza de longo prazo e do desenvolvimento de um estado de confiança são elementos

¹¹⁷ MASSONETTO, Luís Fernando. *Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015

¹¹⁸. *Ibidem*, p. 48-49.

imprescindíveis para a gestão individual dos riscos, para a mensuração da incerteza subjetivamente apreendida (Massonetto, 2015, p. 44.)¹¹⁹

Indo além, Massonetto¹²⁰ (2015, p.47) também destaca que o acesso à informação consiste em elemento essencial para o processo de transformação de incerteza em riscos mais mensuráveis.

A seguir serão explorados relevantes mecanismo de mitigação de riscos, especialmente de gastos excessivos, atinentes aos contratos relativos às obras de infraestrutura.

4.1 – MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS

O financiamento requerido pelas obras de infraestrutura se apresenta complexo, de sorte a requerer um projeto, usualmente denominado *project finance* (projeto de financiamento), que seja consistente com o conjunto de elementos relativos às técnicas e estratégias de financiamento de uma empresa, de acordo com o que expõe Nébias e Warde Jr¹²¹ (2015, p. 53).

O projeto de financiamento mostra-se como uma interessante ferramenta para a viabilização de obras de infraestrutura. Ele se diferencia do financiamento tradicional, porque enquanto o *project finance* está ligado ao fluxo de caixa do projeto – é necessário que se demonstre a potencial viabilidade do projeto a ser financiado, com a conseqüente geração de fluxo de caixa –, a modalidade tradicional de financiamento conecta-se ao histórico de geração de caixa e lucro – através de análises de demonstrações contábeis e financeiras em compasso com Nebias e Warde Jr¹²² (2015, p. 69).

Interessante análise fazem os mesmos Nébias e Warde Júnior¹²³ (2015, p. 57), sobre a importância do projeto de financiamento em tempos de crise, eis que em períodos turbulentos alguns administradores estatais entendem –

¹¹⁹ MASSONETTO, Luís Fernando. *Aspectos macro jurídicos do financiamento da infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015

¹²⁰ Ibidem, p. 47.

¹²¹ NÉBIAS, Diogo; WARDE JR., Walfrido Jorge. *Breves notas sobre o project finance como técnica de financiamento da infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

¹²² Ibidem, p. 69.

¹²³ NÉBIAS, Diogo; WARDE JR., Walfrido Jorge. *Breves notas sobre o project finance como técnica de financiamento da infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

inclusive para a manutenção da circulação da economia local – relevante a continuidade de investimentos em obras de infraestrutura, com potencial retorno positivo para a população, o que seria o aludido projeto uma forma de atuação do Estado na economia.

No Brasil, a situação acima exposta não se mostrou diferente. A história brasileira retrata, sobretudo até o início da década de 1990, intensa atuação do Estado em diversos setores da economia através de empresas estatais. Contudo, a aludida atuação ganhou novo contorno – não necessariamente excluindo as empresas estatais – ligado à ideia do Estado como financiador de projetos, acentuada pelas conexões estabelecidas pelo mencionado *project finance*, como bem observam Nébias e Warde Júnior,¹²⁴ (2015, p. 60).

Contudo, a ideia do Estado como financiador, conforme foi mencionado acima, tem como um dos focos a mitigação de riscos àqueles que empreendem nas áreas de infraestrutura. Todavia, mesmo atenuados, os riscos permanecem, dentre os quais Nébias e Warde Júnior¹²⁵ (2015, p. 71-85) destacam:

a) o risco do próprio projeto, inerente à sua respectiva natureza e potencial nível de endividamento;

b) a adequada identificação dos riscos que o projeto em si envolve;

c) a correta adoção da estrutura contratual;

d) a adequada administração dos riscos identificados;

e) o risco de não conclusão do projeto financiado;

f) os riscos envolvendo as fases de operação, e inerentes à operação em si; e,

g) os riscos relativos à imprevisibilidade da conjuntura econômica do mercado, à estrutura normativa regulatória do local, aos eventuais conflitos políticos que possam afetar – direta e/ ou indiretamente – a obra de infraestrutura financiada, à possibilidade de eventos que se mostram externos às vontades das partes (“força maior”).

Todavia, de acordo com os fatores acima destacados, não se pode concentrar integralmente nas mãos do Estado a responsabilidade atinente aos riscos das complexas obras de infraestrutura. Conforme destacado, o Estado pode auxiliar na diminuição dos riscos, havendo parcela a ser suportada por

¹²⁴ Ibidem, p. 60.

¹²⁵ Ibidem. p. 71-85.

aquele que executa a atividade, eis que todas as tarefas envolvem riscos – que podem ser equacionados melhor ou pior, em caso de crise e/ou de um imprevisto.

Um exemplo de medida a ser adotada pelo particular, como um mecanismo complementar àqueles proporcionados pelo Estado e como minimizador de externalidades que poderiam afetar a concretização da obra de infraestrutura, seria o “hedging” contratual – expressão inglesa que consiste, em tradução fria, na ideia de um “escudo”, uma espécie de proteção para aquele que se resguarda através de medidas estruturadas que têm por objetivo salvaguardar quem das medidas se serviu, em casos de eventualidades.

Conforme bem destaca John Thomas Plecnik¹²⁶ (2011, p. 929) o “hedging” requer um certo grau de sofisticação, eis que as peculiaridades das complexidades do caso específico devem ser conhecidas, compostas entre si, e levadas em consideração por ocasião da modelação e estruturação do “hedging” pertinente ao caso. O “hedge” cambial, por exemplo, representa uma segurança àquele que paga um prêmio – como uma espécie análoga ao contrato de seguro – e que será indenizado, caso haja uma abrupta variação do câmbio à qual o contrato “escudado” está sujeito, o que afetaria sua continuidade.

Outro fator que não pode ser desprezado, e representa elemento de grande significação por ocasião da captação de investidores – também com o intuito de auxiliar na minimização do expressivo peso dos Estados nos desempenhos das atividades – é a inflação, característica de economias menos sólidas e mais vulneráveis a fatores de instabilidades política, social e econômica.

O exemplo brasileiro – embora em realidade menos assente que a anterior ao plano Real, em 1994 – ajuda a ilustrar a mencionada realidade, sendo um fator de extrema consideração quando da avaliação acerca dos investimentos realizados em obras de infraestrutura no país.

¹²⁶ PLECNİK, John Thomas. *Abolish the Inflation Tax on the Poor & Middle Class*. **Quinnipiac Law Review**, Vol. 29, 2011; **Cleveland-Marshall Legal Studies Paper** No. 11-234. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1956692> (acesso feito em: 24/11/2019, às 19h e 42 min.).

Em compasso com a contraposição evidenciada por Plecnik¹²⁷ (2011, p. 935), entre novos keynesianos e a Escola Austríaca de Economia: diferentemente daqueles, para esta escola a inflação não consiste no aumento dos preços. Este seria um dos reflexos da inflação, que poderia ser caracterizada pelo aumento da demanda da emissão de dinheiro, então inexistente para a compra de determinado bem, em virtude do aumento da demanda, causando o declínio do poder de compra de uma unidade monetária.

Ademais, cumpre destacar que a inflação tem um lado perverso que gera, de um lado, a redução do poder de compra do indivíduo e, de outro, o potencial aumento das riquezas reais do governo às expensas dos contribuintes, através da “inflation tax” que foi evidenciada por Plecnik¹²⁸ (2011, p. 938), e é traduzida por “taxa de inflação”, que consiste na soma da diminuição do valor da unidade monetária causada pela inflação. E com a possibilidade de o aumento dos mecanismos de tributação por parte do Estado serem acionados, em virtude das distorções propiciadas pela inflação.

Dentro da perspectiva de diminuição de riscos e do peso da estrutura do Estado, uma interessante discussão é exposta por Da Silva, D.T. (2015), envolvendo a contraposição entre “menor custo” e “menor qualidade”, pois pode-se ter a visão de que menores investimentos e, conseqüentemente, menores custos, não permitem o oferecimento de um serviço e/ou produto de qualidade. Contudo, este é um desafio a ser enfrentado pelos atores envolvidos, eis que a adoção de métodos mais avançados, aliados às inovações tecnológicas e novas práticas, auxilia a aproximar o encontro do equilíbrio da pertinente equação:

Lidar com o problema de propiciar serviço de qualidade a um preço acessível bem como incentivar o desenvolvimento das atividades de transporte não é tarefa simples e envolve muitas escolhas por parte do poder público na estruturação de um modelo de prestação de serviços, para além da decisão sobre maior ou menor remuneração. (Da Silva D. T., 2015, p. 242)¹²⁹

Ou seja, a partir do trecho acima destacado depreende-se que o resultado eminentemente monetário não deve ser perseguido cegamente, quando se trata

¹²⁷ PLECNİK, John Thomas. *Abolish the Inflation Tax on the Poor & Middle Class*. **Quinnipiac Law Review**, Vol. 29, 2011; **Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 11-234**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1956692> (acesso feito em: 24/11/2019, às 19h e 42 min.).

¹²⁸ Ibidem, Vol. 29, p. 938.

¹²⁹ Da SILVA, Danilo Tavares. *Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

da prestação de um serviço ou produto à coletividade. Diversas ponderações devem ser feitas e levadas em consideração. Um serviço de qualidade, como por exemplo o metroviário, é custoso não apenas sob o ponto de vista do investimento na tecnologia para a construção de novas linhas, mas também no que diz respeito à manutenção da estrutura, com o intuito de oferecer não apenas qualidade na prestação, mas segurança ao passageiro.

Assim sendo, a modicidade das tarifas perpassa política pública que deve permitir o mais amplo acesso populacional às linhas do sistema. A remuneração à empresa deve ser perseguida, como forma de manutenção e engrandecimento da estrutura corporativa correspondente. Todavia, não pode inviabilizar a prestação e o acesso aos serviços oferecidos.

No contexto acima apresentado, para Da Silva D.T.¹³⁰ (2015, p. 258), o financiamento de atividade, como fonte de fomento – através de contratos de mútuo, de subscrição de valores mobiliários, da participação societária minoritária das empresas estatais, por exemplo, da participação de fundos de pensão de estatais em empresas delegatárias –, mostra-se ferramenta essencial, em vista dos vultosos investimentos necessários e dos altos juros usualmente praticados no mercado. Contudo, os recursos públicos são finitos, razão pela qual devem ser feitas alocações em atividades relevantes para a sociedade. (Da Silva D. T., 2015, p. 256)¹³¹

Seguindo nos estudos desse autor e no avanço de suas investigações sobre o assunto, há a exposição de uma logística reversa quanto ao financiamento cabeado pelo Estado em comparação ao financiamento ordinariamente existente no mercado:

[...] o caráter de fomento é tão mais acentuado quanto maiores forem os riscos envolvidos no empreendimento, ao passo que seria justamente a presença de tais riscos que tornariam o financiamento privado mais caro. Também a importância sistêmica do empreendimento ou o interesse público no barateamento do preço final do bem ou serviço justificam o financiamento público em condições favoráveis. (Da Silva D. T., 2015, p. 257)¹³²

¹³⁰ Ibidem, p.258.

¹³¹ Ibidem, p.256.

¹³²Da SILVA, Danilo Tavares. *Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015

Existe, todavia, intensa crítica ao uso de recursos públicos às empresas privadas. Contudo, há motivos que justificam a aludida ocorrência, dentre os quais Da Silva D. T. (2015, p. 262-264),¹³³ destaca:

a) a relevância dos setores de infraestrutura para o local, sua população e economia;

b) o extremado custo que as obras de infraestrutura para a prestação de serviços à coletividade possuem, o que inviabilizaria a captação de recursos conforme os critérios ordinariamente estabelecidos no mercado privado;

c) o financiamento promovido pelo Estado propiciaria a diminuição do custo de capital e, conseqüentemente possibilitaria reflexos benéficos aos usuários.

Seguindo na crítica sobre o assunto, o autor destaca a falta de regramento existente sobre a matéria no Brasil, de sorte que a eleição dos mecanismos de financiamento é feita de forma eminentemente discricionária, permeada pelas ações dos agentes políticos. (Da Silva, D. T., 2015, p. 267)¹³⁴

Novamente, frisa-se a visão do autor acima aludido, com a qual o presente trabalho converge, no sentido de que o modelo adotado para a concretização das obras de infraestrutura no Brasil, especialmente a partir da década de 1990, está intrinsecamente ligado à uma tentativa de diminuição do peso da máquina estatal, através de pretensos processos de desestatização através do dinheiro público e, por via de consequência, financiado pela coletividade (Da Silva, D. T., 2015, p. 276)¹³⁵.

Na esteira da diminuição da estrutura estatal, Scaff¹³⁶ (2015, p. 278-279) evidencia que a atuação do Estado encontra penetração nas veias indicadas pela iniciativa privada e não necessariamente nas veias que ela não quer irrigar e que não querem ser enfrentadas pelo setor privado.

Ou seja, de acordo com o aludido autor, o Estado atuaria onde o privado quer que ele atue e não onde a iniciativa privada não quer atuar. O poder público age como desbravador de barreiras atinentes aos empreendimentos e obras de

¹³³ Ibidem, p. 262-264.

¹³⁴ Ibidem, p. 267.

¹³⁵ Ibidem, p. 276.

¹³⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Controle público de projetos de infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto/ VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

infraestrutura, que devem se referir a setores estratégicos relativos ao desenvolvimento do local.

Ele afirma ainda que, neste panorama, o Estado, além de receber garantias também as presta (Scaff,¹³⁷ 2015, p. 294), como forma de conferir maior segurança àqueles que pactuam com o poder público, na tentativa de alcançar redução da máquina e dos custos globais estatais.

Contudo, pode-se em um primeiro momento, vislumbrar potencial contradição, conforme evidenciado em ponto precedente do presente trabalho, eis que a vislumbrada desoneração do Estado, através da maior participação do privado em suas atividades e obras e infraestrutura, possui como componente de operacionalização a injeção de financiamentos estatais e a prestação de garantias aos partícipes privados integrantes da empreitada.

Exemplo a ser citado é o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), cuja finalidade consiste no adimplemento das obrigações assumidas pelos parceiros oriundos dos entes federativos, em vista das parcerias regidas pela Lei n. 11.079/04 – texto que institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração pública –, posteriormente alterada pela Lei n. 12.766/12, segundo Scaff¹³⁸ (2015, p. 298).

Característica salutar do FGP, ainda na opinião de Scaff ¹³⁹ (2015, p.301) é a não submissão de seus recursos ao famigerado sistema de precatórios, fator que torna a sua aplicação mais atraente e factível aos investidores do campo privado. Todavia, para Scaff ¹⁴⁰ (2015, p.303), isso não significa que os recursos oriundos do FGP não estejam sujeitos ao controle da Corte de Contas da União (TCU), eis que existem predominantemente verbas públicas de natureza federal em sua composição.

Outro mecanismo de mitigação do peso dos contratos de infraestrutura consiste na aplicação de cláusulas de reajuste, abrangendo neste aspecto debate acerca da pertinência relativa à inserção de elementos atinentes à correção cambial, tendo em vista que muitos contratos da área da infraestrutura

¹³⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Controle público de projetos de infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto/ VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

¹³⁸ *ibidem*, p. 298.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 301.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 303.

– trazendo luz ao cenário metroviário – versam sobre a aquisição de materiais e maquinários provenientes do exterior.

O debate acima aludido mostra-se pertinente eis que uma das preocupações está centrada na diferença potencial entre os valores ofertados e efetivamente recebidos – muitas vezes, meses e até anos depois. Não bastando a correção contratual ordinariamente usada, trivialmente amparada em indicadores atinentes ao cenário pátrio, geralmente aplicados após o décimo segundo mês da data-base do contrato correspondente.

Comumente a prática do mercado exige o pagamento antecipado aos fornecedores e/ ou fabricantes. Esse valor dispendido meses, ou até anos, antes da efetiva entrega do material contratado, o que gera um custo a ser imputado no valor da proposta do negócio. Verifica-se, então, panorama que fortalece a ideia, anteriormente exposta no presente ponto do trabalho, acerca do “hedge”.

Por exemplo, na ocasião da realização da pesquisa que culminou na presente tese, os índices das moedas estrangeiras – sobretudo, Dólar e Euro – estavam em crescente escalada, motivada pela pandemia da COVID-19, o que provocou alterações e necessidades de ajustes em todo o planeta. Em nosso país, essa situação foi potencializada por instabilidades no panorama político brasileiro. Como exemplo, pode-se citar que, apenas nos primeiros quatro meses de 2020, a moeda americana acumulou alta de mais de 40% (Economia UOL, 2020).¹⁴¹

Cabe, portanto, refletir se a inserção de cláusulas de correção em alguns dos contratos celebrados para a realização de obras de infraestrutura, em observância à pungente variação cambial, não geraria menores dispêndios por parte das contratações de obras, visto que, sem a inserção da referida cláusula, com a menor mitigação dos riscos, valores maiores são propostos pelas empresas que embutem o risco da viração cambial em suas respectivas propostas.

Assim, há que se falar novamente na matriz de risco preconizada pela Lei n. 13.303/16. No panorama descrito, o risco atinente à variação cambial também deve ser levado em consideração por ocasião da composição da aludida matriz.

¹⁴¹ <https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2020/04/24/fechamento-bolsa-dolar.htm> (acesso feito em 30/4/2020, às 21h e 46 min.).

Superando eventuais obstáculos legislativos acerca da vinculação de contratos nacionais a moedas estrangeiras – fatores que serão melhor evidenciados adiante –, pondera-se sobre como seria possível, hipoteticamente, operacionalizar tal ideia no Brasil: haveria um registro na data da contratação ou certame, com base na cotação daquele dia e, depois, seria aplicada a diferença (para cima ou para baixo) da conversão da moeda por ocasião da efetiva entrega? Qual seria o procedimento em casos de entregas efetuadas parceladamente?

Essas perguntas não encontram resposta absoluta, nem definitiva e, por isso, instigam o aprofundamento do presente ponto no trabalho em tela. Nos contratos de infraestrutura, sobretudo aqueles que envolvem – direta ou indiretamente – a Administração Pública, há a necessidade de ampla realização de pesquisa de mercado, bem como de perseguir o melhor preço possível. A discussão resvala na disposição prevista no artigo 37, XXI, da Constituição Federal – que prevê a manutenção das condições da proposta realizada:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (negrito nosso)

Indo além, a Lei Federal n. 8.666/93, em seu artigo 65, inciso II, alínea “d”, prevê a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos alterados pelas partes:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da

administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (negrito nosso)

Mesmo na hipótese da invocação de prerrogativas atinentes aos contratos administrativos por parte da Administração, a aludida lei prevê a necessidade de manutenção da equação referente ao equilíbrio econômico e contratual:

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;

[...]

§ 1º **As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.**

§ 2º **Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.** (negrito nosso)

Contudo, pondera-se como seria possível manter a condição da proposta diante de cenários econômico, político, social e financeiro instáveis. Neste sentido apresenta-se a disposição contida na recente e já comentada Lei 13.303/16, acerca da já citada matriz de risco, no que diz respeito às contratações a serem efetuadas pelas estatais brasileiras:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

X - matriz de riscos: 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, contendo, no mínimo, as seguintes informações: (negrito nosso)

A lei mais recente, embora focada nas atuações das empresas estatais, estampa a preocupação de redução dos riscos e, em consequência, persegue a minimização dos potenciais valores envolvendo as contratações da Administração Pública – nos casos da referida lei, indireta.

Das leituras acima depreende-se que a pretensa aplicação de cláusulas de reajuste não se mostra factível ao emprego ordinário em qualquer situação: sob a égide da Lei 8.666/93, requer-se a configuração de áleas econômica, extracontratual e extraordinária¹⁴².

Sob a alçada da Lei Federal n. 13.303/16 tem-se a importância da adequada composição da já tratada matriz de riscos. A preservação e segurança das relações jurídicas estão resguardadas pela própria norma constitucional, acima evidenciada – cujo texto é detalhado por legislações infraconstitucionais, que regulam matérias e/ ou relações específicas.

Mostra-se também relevante destacar que a ideia relativa à introdução de cláusula de reajuste, em vista da variação cambial, em contratos nacionais, encontra obstáculo trazido pela Lei Federal n.10.192/ 2001 – que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real:

Art. 1º As estipulações de **pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real**, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. **São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:**

I - **pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira**, ressalvado o disposto nos art. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - **reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza**; (negrito nosso)

Por unidade monetária de conta – expressa no inciso II, do parágrafo único, do artigo primeiro acima evidenciado – pode-se entender a moeda eleita pelas partes envolvidas na transação para que seja medido o montante da obrigação a ser paga. Todavia, *unidade monetária de conta* não se confunde com *unidade monetária de pagamento*, consistente naquela unidade em que o pagamento será efetivamente concretizado.

¹⁴² Quando se fala em álea extraordinária deve-se levar em consideração um evento inevitável e imprevisível - exógeno ao pacto firmado entre as partes envolvidas, que afeta a harmonia do contrato e torna a respectiva execução demasiadamente onerosa. De Araújo, ao abordar a questão da força maior – por exemplo –, como hipótese configuradora de exclusão da responsabilidade estatal (que não se confunde com hipótese ensejadora de reajuste contratual), a trata como elemento totalmente alheio à vontade das partes – conceito ora trazido à baila, como forma de elucidar o que se entende por algo dotado de extraordinariedade e, que comportaria hipótese de reajuste: “[...] o fato é estranho ao Estado, comprovadamente irresistível, inevitável e imprevisível.”.in DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 870.

Ou seja, hipoteticamente, em um mesmo contrato, em compasso com Stuber¹⁴³ (2002), a unidade monetária de conta poderia não ser a mesma que a unidade monetária de pagamento – poder-se-ia, por exemplo, pactuar o Euro como a unidade de conta para medir o quantitativo de um contrato e, o Real como a unidade de pagamento a ser efetuado.

A partir de uma primeira leitura do trecho do texto legal anteriormente exposto, vislumbra-se a impossibilidade de vinculação de pagamentos e reajustes de contratos nacionais em moedas estrangeiras, ressalvas situações excepcionadas pela parte final do inciso I, do parágrafo único, do artigo primeiro, da Lei Federal n. 10.192/2001.

Dentre as hipóteses excepcionais permitidas, destacam-se contratos, títulos, financiamentos e garantias relativos ao comércio exterior de mercadorias (incisos I e II, do artigo segundo, do Decreto-Lei Federal n. 857/ 1969), contratos de câmbio (inciso III, do referido Decreto-Lei) e, contratos de empréstimos e outras obrigações em que uma das partes (credor ou devedor) resida ou tenha domicílio no estrangeiro (ressalvados os contratos de aluguel de bens no território nacional), bem como os pactos decorrentes que acarretem cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação (conforme disposições contidas nos incisos IV e V, do Decreto-Lei ora em apreço).

Quando se pensa em obras de infraestrutura desenvolvidas no país, ponto central da atual discussão versa sobre a atração de investimentos estrangeiros para a execução das referidas obras, contudo, grande temor cerca os investidores internacionais, seja pela volatilidade da moeda nacional, seja pela instabilidade de elementos políticos e sociais que permeiam a história brasileira.

Assim sendo, em vista do obstáculo normativo apresentado, mesmo que se entenda não ser possível a inclusão de cláusulas de reajustes atreladas à variação cambial aos contratos firmados no Brasil – ressalvados os casos excepcionais acima destacados –, outros mecanismos de ajuste, que

¹⁴³ STUBER, Walter Douglas. **Os Contratos em Moeda Estrangeira ou Indexados à Variação Cambial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/503/os-contratos-em-moeda-estrangeira-ou-indexados-a-variacao-cambial> (acesso feito em: 24/04/2020, às 10h e 36 min.).

proporcionem maior estabilidade aos pactos, devem ser pensados e ponderados.

Uma ideia seria a introdução de cláusula no contrato administrativo que impinja uma análise mais acentuada da situação por parte do poder contratante, diante de denúncia provocada pelo contratado, em casos que sintam o efeito da variação cambial capaz de comprometer a execução do contrato firmado – fora das hipóteses ressalvadas, que permitem a vinculação do contrato à moeda estrangeira), quando detectada, por exemplo, uma oscilação da moeda acima de determinada porcentagem – podendo ter como referência o valor inicialmente pactuado. Como reverso da medalha, o poder contratante também teria a prerrogativa de provocar o contratado, na hipótese de a oscilação ser negativa, para que não houvesse, inclusive, enriquecimento sem causa por parte deste último.

Complementarmente às eventuais introduções de regras relativas à ideia acima exposta, seria necessária a indicação pormenorizada, nos editais e contratos, dos materiais, equipamentos e serviços que seriam provenientes do exterior e nacionalizados no Brasil, bem como qual seria a moeda adotada como referência para suas cotações no mercado internacional para as respectivas aquisições e, por via de consequência, os valores de correspondência na moeda local (Real). E, por último qual a taxa ou medida de conversão na data-base adotada, que poderia ser, por exemplo, a data da apresentação da proposta.

Outro ponto que merece ser sopesado no balanceamento do peso dos gastos nos contratos de infraestrutura consiste na distinção entre variação cambial e reajuste – fatores que não se confundem.

A variação cambial liga-se à oscilação do valor de uma moeda em face de outra tida como paradigma. Assim sendo, em contrato nacional, contendo componentes provenientes do exterior para sua adequada execução, a cláusula de reajuste já deveria contemplar as potenciais oscilações atinentes à mercadológica variação cambial pelo período de vigência do contrato.

O reajuste, por sua vez, relaciona-se à ideia de indexação de um valor a um índice de variação de custos, segundo Justen Filho¹⁴⁴ (2009, 130). O autor ainda acentua a distinção no que diz respeito ao conceito de “revisão”:

A recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja escolha depende das circunstâncias concretas.

[...]

O reajuste de preços envolve uma previsão contratual de indexação da remuneração devida ao particular a um determinado índice, de modo a promover a alteração deles periodicamente, de acordo com a variação do referido índice.

[...]

A revisão de preços envolve uma análise realizada ordinária e extraordinariamente, destinada a restabelecer a relação original entre encargos e vantagens. Consiste numa comparação entre as situações existentes em dois momentos distintos.

Assim, a comumente existente previsão contratual ligada a reajuste por índice inflacionário, afastaria uma correção diferenciada atrelada à variação cambial de uma moeda. Não deve, ordinariamente – independentemente de obstáculos normativos –, existir contrato com dupla incidência, ou seja, do reajuste dos valores e da variação cambial.

O assunto que exige reflexão é à pertinência do atrelamento do valor de um contrato à oscilação de uma moeda estrangeira paradigma, como fonte potencial de maior captação de investimentos e redução de incertezas para o investidor no mercado brasileiro.

O argumento de que oscilação do câmbio durante a execução e vigência de um contrato causa automaticamente desequilíbrio da equação econômico-financeira não deve necessariamente subsistir, sobretudo, após o sistema de bandas, adotado pelo governo federal brasileiro até o ano 1999, ter sido substituído pelo sistema flutuante de câmbio.

Muito se discutiu no final do século passado e início do presente sobre o abrupto afastamento, pelo governo brasileiro, do sistema de bandas cambiais acima aludido – que consiste no estabelecimento dos limites dentro dos quais a moeda pode variar, conforme parâmetros conferidos pela autoridade monetária do país – no caso do Brasil, o Banco Central do Brasil.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos*. In: **Revista do Advogado da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo**, nº 107, Ano XXIX, dez./2009.

Segundo ensinam os professores Prates, Cunha e Lélis¹⁴⁵ (2008, p. 1-2) ao versarem sobre a gestão do câmbio no país:

As políticas de câmbio administrado (fixo ou bandas cambiais), que prevaleceram [...] na década de 1990, tiveram o mérito de garantir a estabilidade da taxa de câmbio nominal, um dos preços-chave das economias capitalistas, mas se revelaram extremamente suscetíveis à apreciação da taxa de câmbio real e a ataques especulativos, que culminaram em sucessivas crises cambiais na segunda metade daquela década, dentre as quais a crise brasileira de 1998-1999.

[...]

O regime de câmbio flutuante foi instituído em janeiro de 1999 pelo Banco Central do Brasil (BCB), após o ataque especulativo que, nos meses anteriores provocou uma forte perda de reservas e levou o Brasil a pedir um socorro financeiro junto ao FMI.

A alegação atinente à oscilação cambial não pode ser considerada um “cheque em branco”, de sorte a ensejar por si só revisões dos contratos e respectivas cláusulas diante reputado desequilíbrio econômico-financeiro. O Tribunal de Contas de União (TCU) possui valoroso julgado, sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes, sob o número 3.282/ 2011, lavrado em 7 de dezembro de 2011, em que há exposição do entendimento pela não aceitação – no caso então analisado pela Corte de Contas – da variação cambial como fator de desequilíbrio do contrato, conforme trecho a seguir destacado:

[...] 11. Diante deste cenário, se a contratada não monitorou as movimentações do câmbio ou não tomou providências para proteção do valor do contrato, foi evidentemente por decisão de sua cúpula diretiva. Não cabia à administração pública fazer ingerência em decisões financeiras e providências administrativas de exclusiva competência do segmento privado, especialmente das empresas contratadas. Elas tiveram um longo período de observação do comportamento do mercado do dólar, aproximadamente quatro anos, para possível contratação de operação de **hedge**, minimizadora dos prejuízos, como pelo gráfico se vê.” (TCU. 2020)¹⁴⁶ (negrito nosso).

¹⁴⁵ PRATES, Daniela M.; CUNHA, André M.; LÉLIS Marcos T. C. **A gestão do regime de câmbio flutuante no Brasil**. Disponível em:

<http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807211144430-.pdf>, (acesso feito em 16/09/2020, às 15h e 10 min).

¹⁴⁶ Obtido no site do TCU:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/3282%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=23f9df70-a290-11ea-89e8-7307e59cd0bc> (acesso feito em: 12/02/2020, às 18h e 21 min.)

Em um regime flutuante as variações cambiais são previsíveis e, portanto, evitáveis, compondo a álea ordinária do mundo empresarial. A análise do comportamento do mercado de câmbio faz parte da mensuração dos riscos atinentes aos negócios, não havendo que se falar do já referido fato do príncipe – conforme magistério de Meirelles¹⁴⁷ (2016, p. 270):

Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, **imprevista e imprevisível**, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma *álea administrativa extraordinária e extracontratual*, desde que *intolerável e impeditiva da execução do ajuste*, obra o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte [...]. (negrito nosso)

Assim sendo, não se pode aceitar que o zelo e o prestígio que o equilíbrio da equação econômico-financeira de um contrato devem possuir funcionem como mecanismos de escudo à especulação empresarial sobre o câmbio e variações pertinentes ao período de vigência de um contrato.

Ou seja, não se mostra justificável a tentativa de proteger um contratante em vista do potencial ganho que pretendia alcançar em virtude da especulação cambial e, em caso de insucesso, tenta imputar à Administração Pública a perda, reputadamente causada pela variação cambial por causa de atos supostamente adotados pelo Estado, obscurecendo-se o caráter, muitas vezes especulativo, das ações dos contratantes da Administração.

Não caberia falar em aplicação da teoria da imprevisão – atinente à álea econômica do contrato, conforme magistério de Di Pietro¹⁴⁸ (2018, p. 368-369) sobre a aludida teoria:

Alega-se, em favor da teoria, que, se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos [...].

[...]

No direito brasileiro, essa teoria tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência. [...]

¹⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed., atual. por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros Ed., 2016.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[...] ficam clara as exigências de que se trate de **fatos imprevisíveis** ou **previsíveis, porem de consequências** incalculáveis; que esses fatos retardem ou impeçam a execução do contrato e configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual. (negrito nosso).

Dando sequência à investigação, destaca-se que, em um primeiro momento, o que deve ser analisada não é a potencialidade de alteração de cláusula contratual atinente ao reajuste dos valores, mas a detecção da configuração de efetivo impacto no equilíbrio econômico-financeiro referente ao contrato, provocado pelas oscilações cambiais observadas no mercado financeiro.

Ou seja, o contratado não está desincumbido de demonstrar a ocorrência da álea extraordinária – aliada a elementos imprevisíveis e inevitáveis, alheios às vontades dos envolvidos – o que acarreta a insustentabilidade da continuidade da execução do contrato, em vista de demasiada oneração emergente.

Assim, a inesperada e imprevisível variação da moeda (efetivamente constatada e não especulada pelo contratante) pode ocasionar a revisão de cláusula de reajuste do contrato. Portanto, a variação do câmbio de uma moeda estrangeira, por si só, faz parte da álea ordinária de um contrato e do mundo dos negócios.

Nesse contexto há também que se destacar o princípio da boa-fé objetiva, que deve permear todas as relações contratuais. Assim sendo, a atividade especulativa de parcela do mundo empresarial não busca socorro do Estado contratante nos casos de insucesso de suas previsões e pretensões – o Estado exerce o papel de parte no contrato e não de empresa seguradora.

Além do exposto, existem outros mecanismos autorizados pelo ordenamento vigente que permitem prever em um regime flutuante de mercado de moeda estrangeira e as possíveis ondas e tendências – incluindo neste campo o risco do negócio, que pode ser, por exemplo, atenuado pelo *hedge* cambial anteriormente evidenciado no presente trabalho.

No entanto, no atual contexto de enxugamento dos gastos públicos, ampliar a atração aos investidores e, conseqüentemente dos montantes a serem aplicados em obras de infraestrutura, mostra-se uma conduta interessante para a ampliação de projetos e execuções na área e para a diminuição dos

investimentos diretos praticados pela Administração. Dessa forma, repensar a possibilidade de um contrato administrativo estar atrelado à variação cambial de uma determinada moeda eleita, figura como um debate verossímil que necessita de maiores aprofundamentos.

Existe previsão no ordenamento quanto às licitações realizadas no âmbito internacional, conforme disposição contida no art. 42, da Lei Federal n. 8.666/93. Todavia, o referido dispositivo versa especificamente sobre licitações que ocorrem na seara externa do país e não contempla as negociações feitas no Brasil, incluindo as relativas às obras de infraestrutura e que requerem a atração de investidores internacionais, como forma de captação de recursos necessários para as implementações da atividades pretendidas, uma vez que os recursos internos se mostram escassos para a ampliação dos investimentos públicos na área de aplicação de recursos em obras.

Imagine-se, por exemplo, um contrato a ser performado no país, contendo na composição do produto a ser fornecido elementos produzidos no Brasil e elementos provenientes do exterior. E, no contexto metro-ferroviário, não é difícil imaginar que as obras de infraestrutura requerem a utilização de grande variedade de peças, serviços, materiais e equipamentos provenientes de diversos lugares.

O ordenamento precisa fornecer respostas que contemplem a criatividade e inovações trazidas pelo mercado. O Brasil disputa com outras economias emergentes a captação de recursos de investidores – muitas vezes externos – que transitam pelas economias as mais atrativas do mercado, sob o ponto de vista do potencial retorno financeiro do investimento realizado.

Portanto, sustenta-se a necessidade de revisão das normas nacionais atinentes às contratações realizada no Brasil, especialmente aquelas referentes às obras de infraestrutura (sobretudo, no ramo metro-ferroviário) – foco do presente trabalho – propiciando-se o debate acerca da pertinência da correção dos valores de um contrato vinculada à variação cambial de uma moeda estrangeira eleita pertinente ao contrato, seja pela procedências das mercadorias e/ ou da nacionalidade do investidor contratante.

Contudo, não parece razoável a precificação de itens de um mesmo contrato em diferentes moedas estrangeiras. Neste sentido, haveria a necessidade de adoção de uma moeda externa específica. Essa possibilidade –

não apenas nas licitações internacionais, preconizadas pelo aludido artigo 42, da Lei Federal n. 8.666/93 – possivelmente, ampliaria o espectro de investimentos externos nos contratos do país, eis que resguardariam, sob a ótica financeira, o investidor estrangeiro diante das oscilações econômicas e políticas do país.

Tentar desvendar o segredo, o enigma e o problema da falta de equilíbrio da conjuntura atual, potencializada pela pandemia do COVID-19, e ligados ao desempenho das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, bem como aos interesses dos investidores e contratados, muitas vezes de origem estrangeira, instiga o confronto, não necessariamente antagônico, com os anseios e necessidades da população consumidora e usuária dos aludidos serviços.

Reitera-se que o foco central da presente investigação reside na observação do cenário brasileiro. Porém, não se pode deixar de mencionar, por exemplo, as manifestações ocorridas no Chile, em 2019, inicialmente em vista do aumento das passagens do metrô de Santiago. As insurgências expostas pela população chilena não podem ser consideradas mera coincidência com aquelas vistas em São Paulo, no ano de 2013, por causa do aumento em vinte centavos de Real (R\$ 0,20) nas passagens de ônibus da cidade. Conforme o noticiário internacional:

No caso chileno, apesar das manifestações populares terem tido como ponto de ignição o anúncio de um aumento do preço das passagens de metrô, foi a baixa rede de proteção social pública, que tem levado aposentados à miséria, que forneceu o combustível ao levante social.

Mas existem elementos comuns [...] no cenário da América Latina, que tem contribuído para a ida dos cidadãos às ruas. São aspectos que ajudam a explicar também os gigantes protestos contra o presidente do Equador, Lenin Moreno, que o levaram a transferir a capital do país de Quito para Guayaquil há cerca de um mês, o fechamento do Congresso peruano pelo presidente Martín Vizcarra, há um mês e meio, e o mau resultado eleitoral para os governos incumbentes tanto na Argentina, em que o centro direita Mauricio Macri será substituído pelo peronista Alberto Fernández, e Uruguai, onde o segundo turno aponta para a derrota do candidato da frente de esquerda do presidente Tabaré Vazquez. (British Broadcasting Corporation - BBC, 2019)¹⁴⁹

¹⁴⁹ <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50386894> (acesso feito em 13/3/2020, às 20h e 54 min).

Diante do evidenciado, depreende-se, as variações dos valores, dentre outros elementos, nos contratos das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, gera impacto significativo nas contratações que envolvem produtos e/ ou serviços e/ ou investidores de natureza estrangeira. Por essa razão, serão apresentados e pormenorizados, na seção seguinte, estudos de casos envolvendo a empresa estatal Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô-SP), em contratos públicos que podem ter sofrido impactos em vista das variações dos valores sentidas no decorrer das respectivas vigências e execuções.

5 – DESEQUILÍBRIOS NOS VALORES CONTRATUAIS E CONSEQUÊNCIAS – CASOS DO METRÔ DE SÃO PAULO

A Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô - SP) é um grande exemplo de empresa estatal – da espécie empresa pública –, prestadora de serviço público referente ao transporte coletivo de passageiros sobre trilhos metroviários em São Paulo.

Dentre suas inúmeras contratações, seis delas serão analisadas através dos editais e das minutas dos seus contratos: três anteriores à Lei n. 13.303/2016 e, outros três posteriores à respectiva vigência – de sorte a permitir o confronto entre os panoramas anterior e posterior à vigência da lei em análise.

Cumpre-se destacar que todas as minutas são públicas e foram devidamente franqueadas ao acesso dos correspondentes interessados. Ademais, os certames compõem processos administrativos, adiante destacados, perante a Corte de Contas Paulista (em versões físicas ou eletrônicas, a depender do seu formato), não resguardados por sigilo – pelo menos até o momento de realização das investigações para a presente a pesquisa.

Ainda, não será feito juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade dos contratos em si, nem sobre as respectivas execuções – as análises estão centradas, sob a perspectiva acadêmica, com o fito de melhor compreensão dos mecanismos contratuais que se apresentam diante da heterogeneidade do mercado e das necessidades impostas pela legislação, pela sociedade e pelos órgãos estatais competentes.

A ordem de exposição e apreciação dos aludidos editais e minutas contratuais dar-se-á respeitando-se as respectivas cronologias das veiculações das consultas aos interessados às minutas, o que permite acompanhar o desenvolvimento de algumas cláusulas ao longo do tempo, bem como em atenção às alterações legislativas atinentes às contratações das estatais.

Assim sendo, iniciar-se-á pela análise do edital e da minuta contratual da licitação n. 41377213, cujo objeto consistia na prestação de serviços de modernização de trens, com a elaboração de projeto executivo e fornecimento de equipamentos para a frota da Linha 1 – Azul. Os respectivos documentos estão contidos no processo que tramita perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob o número TC 24699/026/09.

Adiante, haverá a exposição da documentação condizente à licitação n. 41299294, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos especializados de engenharia para elaboração de projetos executivos de obras civis e acompanhamento técnico de lotes da Linha 5 – Lilás. Os respectivos documentos estão contidos no processo que tramita perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob o número TC 26981/026/ 11.

Em seguida, abordar-se-á a minuta atinente à licitação n. 41180213, cujo fito consistia na implementação de um sistema Monotrilho, incluindo o projeto, as obras civis, a fabricação, o fornecimento de sistema e material rodante, contemplando uma frota de cinquenta e quatro trens, através do prolongamento da linha 2- Verde. Esse prolongamento teve sua denominação posteriormente modificada para a atual: Linha 15 – Prata. Os respectivos documentos estão contidos no processo que tramita perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob o número TC 36384/026/10.

Por fim, serão analisados três editais e minutas contratuais referentes a licitações ocorridas, já sob a égide da Lei Federal n. 13.303/2016:

A primeira delas diz respeito à licitação. 10004721, cujo objeto refere-se à execução de obras remanescentes acerca do acabamento de estações da Linha 15 – Prata, do Monotrilho do Metrô de São Paulo, além de implantação de ciclofaixa e obras para adequação de sistema viário. Os respectivos documentos estão contidos no processo que tramita perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob o número TC 12761.989.19-3.

Em seguida, analisar-se-á a documentação atinente à licitação n. 10002680, que tem por objeto a elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de portas de plataforma, simulador de testes e centros de monitoramentos para as linhas metroviárias da Companhia do Metrô de São Paulo. Os respectivos documentos estão contidos no processo que tramita perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob o número TC 17124.989.19-5.

A última minuta e o último edital dizem respeito à licitação n. 10014557 e versa sobre a concepção de sistema de monitoramento eletrônico nas Linhas 1- Azul e 3- Vermelha, ambas do Metrô de São Paulo. Os respectivos documentos estão contidos no processo que tramita perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob o número TC 7539.989.20-2.

Através das análises dessas relevantes contratações acima evidenciadas – para a prestação do serviço público de transporte coletivo de qualidade sobre trilhos – empreendidas e publicadas pela Companhia do Metrô de São Paulo, procurar-se-á, estabelecer o fio condutor que sustentará a verificação dos impactos gerados por variações de valores e demais reajustes nos contratos, através de comparações de cláusulas contratuais.

Levando-se também em consideração a evolução, sob perspectiva crítica, dos contextos legislativo e social que permearam as confecções das minutas em apreço. Os usuários dos serviços públicos, por exemplo, não têm seus rendimentos vinculados aos mesmos índices de reajuste dos contratos administrativos

Ressalta-se, novamente, que o escopo do presente trabalho não está centrado na análise e no juízo de valor das discussões eventualmente tidas nos âmbitos da Corte de Contas, do Judiciário e de esfera arbitral. O foco é acadêmico e centrado em documentos divulgados – editais e minutas dos respectivos contratos –, sob o ângulo da pesquisa, que procura abordar as cláusulas e itens que podem impactar nas contratações e investimentos.

5.1 – ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 41377213

A licitação cujos documentos, edital e minuta contratual, estão sob análise na presente oportunidade, datam do ano de 2009 – tendo sido as consultas pertinentes franqueadas às empresas em março do mesmo ano. Diante do caráter temporal, detecta-se que a licitação em comento estava sob a égide da Lei n. 8.666/1993. Mesmo passados alguns anos da sua publicação, a investigação das cláusulas previstas mostra-se interessante, eis que é identificada preocupação acerca dos potenciais impactos que a variação de valores poderia causar ao equilíbrio do contrato e respectiva execução.

A licitação ora evidenciada versou sobre a modernização de trens – objeto que representa conduta relevante, uma vez que os passageiros passam a ser transportados em trens de melhores dimensões, climatizados e dotados de tecnologias mais avançadas – elementos que podem conferir maior conforto e segurança às pessoas.

O tipo da licitação em comento era “menor preço”, sem que isso implicasse desapego à qualidade daquilo que devia ser fornecido, havendo

requisitos a serem observados para que os interessados estivessem habilitados a participar do certame – conforme itens 8 e 10, do edital – e se mostrem capacitados tecnicamente para tanto. Observe-se, por exemplo, o subitem 10.5, do edital. A modalidade licitatória utilizada foi a concorrência.

O ponto fulcral referente ao caso em apreço está no item 7.3 do edital, que versa sobre os conteúdos das propostas comerciais, mais especificamente sobre os números V.1 e V.1.1, mantida a numeração do referido documento:

7.3 Os preços contidos na Proposta Comercial deverão:

I) ser cotados obrigatoriamente em Real (R\$).

II) A data base dos preços, constantes do Volume 2 – Proposta Comercial, deverá ser o dia 1º do mês/ano da apresentação dos Documentos e Propostas.

III) contemplar todos os tributos, taxas, encargos e demais custos de qualquer natureza inerentes ao atendimento das condições dispostas na Minuta do Contrato, sendo certo que qualquer divergência relativa à correta indicação da sua composição é de inteira responsabilidade da PROPONENTE, que arcará com os ônus daí decorrentes;

IV) referir-se estritamente à quantidade e a respectiva unidade, fixadas por item, para efeito de apresentação da proposta.

V) quando preços globais, deverão corresponder a serviços concluídos, ou seja, fornecimento de subsistemas instalados no trem e em condições de operação nas dependências da COMPANHIA DO METRÔ, sendo que na sua execução estarão incluídas todas e quaisquer despesas de custos diretos, custos indiretos, tributos, impostos, seguros e outros, mesmo quando não mencionadas expressamente.

V.1) Firmado o contrato, além das demais disposições legais, em ocorrendo desequilíbrio econômico-financeiro da proposta nas hipóteses do artigo 65, II, "d" da Lei Federal no 8.666/93, a situação será analisada pela COMPANHIA DO METRÔ.

V.1.1.) Considera-se "fato previsível", "de consequências impeditivas da execução do ajustado", para efeito citado no artigo 65, II, "d", a variação cambial de preços de equipamentos/materiais importados, quando esta ultrapassar 10% (dez por cento) para mais ou para menos (negrito nosso).

Da leitura acima, depreende-se evidente preocupação em face da variação cambial e seus impactos na equação econômico-financeira e potencial execução do contrato. O item V.1 dispõe expressamente sobre a possibilidade das partes, em comum acordo, tentarem reestabelecer o equilíbrio do contrato quando se verificar que fora ferido, com amparo no artigo 65, inciso II, letra "d", da Lei n. 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - **por acordo das partes:**

[...]

d) para **restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente** entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica, extraordinária e extracontratual.** (negrito nosso)

O edital em apreço, no ponto V.1.1, do item 7.3, especifica e deixa claro, para todos os interessados, que variações cambiais, envolvendo equipamentos e materiais importados, que transitem dentro da margem de 10%, para cima e para baixo, seriam consideradas fatos previsíveis – portanto, exógenos à previsão legal acima transcrita, que prevê, dentre os requisitos, a imprevisibilidade ou a previsibilidade com consequências imensuráveis, neste caso, fora das margens estabelecidas de 10%, para cima e para baixo.

A previsão editalícia, que abarca a variação cambial em um espectro de 20% no total não representa afronta à disposição legal que proíbe a vinculação de contratos nacionais à moeda estrangeira – conforme já apresentado através da menção ao Decreto-Lei n. 857/ 1969 – o ponto I, do item 7.3, do edital, acima transcrito, determina que os preços seriam necessariamente cotados na moeda brasileira (Real).

Ademais, o ponto III, também do referido item 7.3, do edital, prevê elementos que deveriam restar abrangidos pelas respectivas propostas comerciais, entre os quais a potencial variação cambial.

A preocupação, sobre os possíveis impactos que as variações cambiais incidentes em produtos e equipamentos importados podem gerar, demonstra um ponto sensível que as contratações envolvendo a Administração Pública, direta ou indireta, devem observar com muito cuidado, visto que contratos não executados ou retardados contrariam a intenção do pacto firmado, com altos dispêndios monetários, afetando sobremaneira o princípio da eficiência,

preconizado no artigo 37, da Constituição Federal, bem como os interesses da coletividade que almeja receber e poder usufruir dos serviços a serem prestados.

Destaca-se, ainda, o subitem 9.2, do edital de 2009¹⁵⁰, que frisa existir a possibilidade de erros materiais evidentes contidos nas propostas e a serem corrigidos, em prestígio à melhor proposta feita à Administração, uma possibilidade resguardada também pelo legislador, anos mais tarde, através da Lei n. 13.303/2016, em seu artigo 56, inciso I¹⁵¹, que prevê a desclassificação dos lances ou propostas nas hipóteses em que o vício se mostrar insanável – no mesmo sentido que o subitem 9.4.1¹⁵² do edital, já apresentava anos antes.

Elemento interessante a ser destacado é a previsão contida no subitem 11.2, do referido edital, que prevê a possibilidade de serem solicitados, a qualquer momento, informações e esclarecimentos adicionais comprobatórios, além da possível realização de visitas aos locais em que as proponentes habilitadas executam as atividades que compõem o objeto do certame.¹⁵³

A referida disposição editalícia permitia à Administração amplo acesso às instalações das empresas habilitadas, servindo, também, como mecanismo auxiliar ao resguardo da contratação que se pretendia celebrar, através da possibilidade de verificação *in loco* das estruturas necessárias à execução e segurança do objeto a ser contratado.

Ainda no campo de prerrogativas conferidas à Administração Pública contratante, encontra-se a cláusula 4.4 da minuta do referido contrato¹⁵⁴, que prevê a possibilidade de prorrogação da avença nas hipóteses e limites previstos na Lei n. 8.666/1993 que, em seu artigo 65, confere às estatais a prerrogativa de invocação unilateral das outrora evidenciadas cláusulas exorbitantes, absolutamente distantes dos contratos comuns.

¹⁵⁰ 9.2 A COMPANHIA DO METRÔ poderá corrigir os erros materiais evidentes, configurados nas propostas, prevalecendo, em qualquer hipótese, o(s) valor(es) unitário(s) ofertado(s). Edital da licitação n. 41377213 de 2009.

¹⁵¹ Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:

I - contenham vícios insanáveis;

¹⁵² 9.4.1 Apresentarem dados insuficientes e/ou inconsistentes, que dificultem e/ou impossibilitem a análise por parte da COMPANHIA DO METRÔ.

¹⁵³ 11.2 A COMPANHIA DO METRÔ poderá, a qualquer tempo, solicitar maiores esclarecimentos e comprovação dos documentos apresentados, bem como realizar visitas às instalações da PROPONENTE e aos locais onde tenha executado serviços similares aos do objeto desta Concorrência.

¹⁵⁴ 4.4 Os prazos do presente contrato poderão ser prorrogados nos limites e hipóteses estabelecidas na lei licitatória vigente.

A cláusula 4.5 da minuta do contrato¹⁵⁵ segue a mesma linha de unilateralidade, ao determinar que a empresa contrata apresente a revisão do cronograma em caso de prorrogação. Contudo, percebe-se que este panorama encontra profundo afastamento no que se refere à ideia atualmente preconizada pela Lei n. 13.303/2016 – cujos moldes seguem o direito privado, conforme disposição de seu artigo 68 – acerca do consenso que devem estabelecer as partes envolvidas em um contrato, sobretudo nas hipóteses de alterações e ajustes.

Outros pontos da minuta do contrato a serem destacados são os de número 8.1 e seguintes, que abordam as questões atinentes ao reajuste do contrato, com aplicação de fórmula e parâmetros aritméticos lastreados em índice oficiais brasileiros: Índice de Preços ao Consumidor (IPC), editado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE); Índice Geral de Preços (IGP) e Índice de Preços por Atacado, ambos editados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Dentre as responsabilidades atribuídas à empresa a ser contratada, consta disposição, na cláusula 13.3 da minuta contratual¹⁵⁶, versando sobre a necessidade de retificação e eventuais dispêndios para ajustes decorrentes de informações e dados fornecidos, mesmo que aprovados pela estatal, ressalvadas as hipóteses cujas informações tiverem sido fornecidas por escrito pela contratante. A aludida disposição provoca a reflexão atual atinente à matriz de riscos, preconizada pela Lei n. 13.303/2016 e que será explorada nos dois últimos pontos da presente seção.

Outro ponto da minuta contratual em apreço que provoca ponderação, em face da atual Lei Federal n. 13.303/2016, a qual estimula o debate e o consenso entre as partes envolvidas, está contido no subitem 13.4.1¹⁵⁷, que determina que

¹⁵⁵ 4.5 Em caso de prorrogação do prazo de vigência do contrato a CONTRATADA fica obrigada a apresentar em até 10 (dez) dias contados da assinatura do correspondente aditivo, a revisão do cronograma de barras.

¹⁵⁶ 13.3 A CONTRATADA será a responsável por quaisquer diferenças, erros ou omissões dos desenhos ou outras informações que vier a fornecer, quer tenham sido ou não estes desenhos ou informações aprovados pela COMPANHIA DO METRÔ, desde que tais diferenças, erros ou omissões não sejam devidos a dados ou informações fornecidas, por escrito, pela COMPANHIA DO METRÔ, ressalvando-se dados técnicos ou específicos dos Sistemas/Equipamentos, pelos quais a CONTRATADA é a responsável independentemente das informações da COMPANHIA DO METRÔ.

¹⁵⁷ 13.4 A CONTRATADA deverá realizar prontamente revisão de projeto ou substituição de seus sistema, equipamentos, acessórios ou produtos, sem ônus à COMPANHIA DO METRÔ, em

apenas mediante avaliação prévia realizada pela estatal, é que poderia ser obtida a autorização para a feitura de correções e revisões de projeto ou substituição de elementos atinentes ao contrato.

Ademais, ao ler as disposições contidas nas cláusulas 15.1 e seguintes, da minuta do contrato, referentes à “fiscalização e inspeção”, constata-se uma visão imperativa da estatal diante da contratada, em compasso com o que preconiza a Lei 8.666 / 1993. Exemplos da aludida imperatividade podem ser encontrados nas cláusulas a seguir destacadas:

15.1 Não obstante a CONTRATADA seja a única e exclusiva responsável pela execução do objeto deste contrato, a COMPANHIA DO METRÔ poderá, sem que de qualquer forma restrinja a plenitude dessa responsabilidade, **exercer a mais ampla e completa fiscalização, diretamente ou por prepostos** expressamente designados, e, para este efeito, a CONTRATADA e eventuais subcontratados, se obrigam, notadamente, a:

15.1.1 Prestar esclarecimentos e informações solicitados pela COMPANHIA DO METRÔ ou pelo preposto por ela designado, garantindo-lhe o acesso, **a qualquer tempo**, aos documentos relativos aos serviços executados ou em execução, bem como acesso aos locais de elaboração do projeto e de fabricação dos componentes/materiais objeto deste contrato, seja em suas dependências ou nas dependências de terceiros contratados pela CONTRATADA;

15.1.2 **Atender prontamente às reclamações, exigências ou observações** feitas pela COMPANHIA DO METRÔ ou pelo preposto por ela designado, refazendo ou corrigindo, quando for o caso e as suas expensas, as partes que, comprovadamente não obedeçam às especificações e normas técnicas exigidas neste contrato;

15.1.3 Sustar qualquer serviço ou execução, que, comprovadamente, não esteja sendo executado de acordo com a boa técnica, ou que ponha em risco a segurança pública ou bens de terceiros, independentemente de solicitação da COMPANHIA DO METRÔ.

15.1.4 Cientificar, por escrito, à equipe de fiscalização da COMPANHIA DO METRÔ, dentro de 24 (vinte e quatro) horas sobre qualquer ocorrência anormal ou acidentes que se verifiquem no local dos serviços, independente da comunicação verbal, que deve ser imediata.

função de defeitos e anomalias sistemáticos decorrentes de falhas de projeto, de "software", do processo de fabricação, materiais e mão-de-obra que venham a ocorrer no sistema, equipamentos, acessórios ou produtos.

13.4.1 As correções somente podem ser realizadas com análise prévia, aprovação da documentação e autorização da COMPANHIA DO METRÔ.

15.1.5 **Substituir, quando solicitado**, pela COMPANHIA DO METRÔ qualquer empregado que comprovadamente prejudique o bom andamento técnico ou administrativo dos serviços, independentemente de seu nível hierárquico.

15.1.6 A COMPANHIA DO METRÔ poderá, ainda:

15.1.6.1 **Exigir**, da CONTRATADA, a estrita obediência às especificações e normas contratuais;

15.1.6.2 Rejeitar ou sustar a execução de serviços insatisfatórios e **exigir** que estes sejam refeitos na extensão que entender necessária;

15.1.6.3 Vetar a utilização de materiais, equipamentos, métodos de trabalho ou de processos executivos que estejam, a seu juízo, em desacordo com as exigências e padrões técnicos e administrativos estipulados pelo presente Contrato.

15.1.6.4 Examinar, **quando julgar conveniente**, os documentos referentes à quitação regular da CONTRATADA para com a Previdência Social. (negrito nosso)

A utilização, exemplificativa, das expressões “mais ampla e completa”, “a qualquer tempo”, “prontamente”, “quando solicitado”, “exigir” e “quando julgar conveniente”, mostra-se distante – não necessariamente de maneira negativa, uma vez que é importante o resguardo da Administração e seus contratos – da ideia trazida pela Lei n. 13.303/2016, que procurou aproximar os contratos das empresas estatais das avenças estabelecidas pelas regras do Direito Privado (vide, novamente, o contido no artigo 68, da Lei das Estatais).

É importante verificar se haveria cabimento, sob a vigência da Lei Federal n. 13.303/2016, falar em ‘suspensão unilateral do contrato’, prevista na cláusula 18.1¹⁵⁸, ou em ‘sem rescisão unilateral’ encontrada na cláusula 23.1¹⁵⁹, ambas da minuta do contrato ora em comento (então sob a vigência da Lei Federal n. 8.666/1993).

Os itens do edital e as cláusulas da minuta do contrato ora apreciados ajudam na compreensão do contexto de uma época – como, por exemplo, o item 7.3, do edital, exposto na parte inicial da presente análise, que trouxe, de maneira expressa, a relevância que a questão atinente à variação contratual poderia gerar aos contratos das empresas estatais ainda sob a regência da Lei

¹⁵⁸ 18.1 A COMPANHIA DO METRÔ poderá determinar a suspensão, total ou parcial, da execução dos serviços, mediante aviso por escrito à CONTRATADA, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias.

¹⁵⁹ 23.1 Constitui motivo de rescisão do presente contrato, unilateralmente pela COMPANHIA DO METRÔ caso, por ato da CONTRATADA, se verifique qualquer das ocorrências relacionadas a seguir ou das demais situações previstas em lei

Federal 8.666/1993. Eles serão valiosos como elementos que poderão servir de comparação em face das demais licitações que a seguir terão seus editais e minutas contratuais investigados.

5.2 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 41299294

O presente caso tem, além do contratado, três atores envolvidos: o Estado de São Paulo, representado pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos (STM), na qualidade de executora do projeto. A Companhia do Metrô de São Paulo, na qualidade de subexecutora do projeto. O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com sede em Washington, D. C., nos Estados Unidos, como financiador do Programa de Investimentos nos Transportes Metropolitanos de São Paulo.

O objeto da contratação consistia em serviços de engenharia, de cunho técnico especializado, com o fito de elaboração de projeto executivo de obras civis de pátio de manutenção e estacionamento para as composições de trens da Linha 5-Lilás. A modalidade de licitação eleita para o caso foi “convite”, tendo sido franqueado acesso aos editais dos lotes respectivos em maio de 2010.

Em vista do contexto temporal em que está inserido, o presente caso está submetido às regras previstas na Lei Federal n. 8.666/1993. Interessante, contudo, apontar que sob a ótica da atual Lei Federal n. 13.303/2016, em seu já mencionado artigo 44, § 1º, a contratação ora em apreço não se mostraria pertinente, eis que a elaboração do projeto executivo representa obrigação posta como encargo da contratada.

Ademais, sendo o financiador do projeto um organismo internacional, depreende-se a aplicação das normas pertinentes ao artigo 42, § 5º, da Lei b. 8666/1993:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso

Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (negrito nosso).

Portanto, mostra-se instigante a análise do presente caso, sob prisma um pouco diferente daquele considerado como padrão pela Lei Federal n. 8.666/13, uma vez que o trecho legal acima evidenciado permite a aplicação de regras específicas postas pelo banco financiador de origem estrangeira.

Convém destacar, por exemplo, disposições da Seção 2 – acerca das “Instruções às Empresas de Consultoria”, o que se assemelha a um guia amplo, com conteúdos esclarecedores, envolve contratações que abrangem o financiamento do BID e não versa especificamente sobre a licitação ora em tela. Seu subitem 1.6, discorre – de maneira a esclarecer as interessadas – sobre o que se entende por: “conflito de interesses”; “atividades conflituosas”; “trabalhos conflituosos”; “relações conflituosas”; e, “vantagens injustas”.

Os entendimentos, no corpo do documento oficial, condizentes com as expressões acima destacadas demonstram a intenção do financiador internacional para afastar quaisquer dúvidas atinentes aos interessados em celebrar o pacto com a Administração Pública. Poder-se-ia talvez aduzir que os valores, referentes às práticas idôneas e escorreitas referentes às negociações e celebrações de contratos com a área pública, já estariam contemplados nos princípios que regem a Administração Pública tendo como baluarte o já referido artigo 37, da Constituição Federal.

Todavia, o documento ora em apreço detalha os conteúdos das atividades e trabalhos que entende como conflituosos, minimizando potenciais discussões e irresignações a respeito. Coincidentemente, talvez não por acaso, a Lei Federal n. 13.303/2016, editada anos mais tarde, trouxe em seu bojo previsões relativas às políticas de integridade e ética (vide, por exemplo, o artigo 9º, § 1º, III).

Mais adiante, permanecendo na Seção 2, mas nos subitens 1.7 a 1.9, ainda das “Instruções às Empresas de Consultoria”, encontram-se abordagens

expressas sobre “fraude e corrupção”; elementos que ajudam a demonstrar a preocupação acentuada em relação a esse assunto. Essa questão também será reforçada pelo legislador, tempos depois, por ocasião da Lei das Estatais de 2016, em compasso com as suas disposições do inciso I, do § 1º, do artigo 9º e, do inciso II, do artigo 18.

O item 1.8, do documento referente à licitação em apreço determina que o banco financiado poderá “exigir” a verificação das contas daqueles que apresentarem propostas ou executarem o contrato, através de auditoria selecionada pela instituição financeira internacional:

1.8 O Banco terá o direito de exigir que os contratos financiados por um empréstimo ou doação do Banco incluam uma disposição determinando que os Consultores permitam ao Banco examinar suas contas e registros relacionados com a apresentação de Propostas e com a execução do Contrato e submetê-los a auditoria por auditores designados pelo Banco. Para as finalidades dessa política, o Banco terá o direito de exigir que os Consultores: (i) conservem todos os documentos e registros relacionados ao projeto financiado pelo Banco por um período de cinco (5) anos depois de terminado o trabalho; (ii) solicitar a entrega de todo documento necessário para a investigação pertinente e a disponibilidade dos indivíduos, funcionários ou agentes das empresas que tenham conhecimento do projeto financiado pelo Banco, para responder às consultas do Banco. Se os consultores se recusarem a cumprir a solicitação do Banco, o Banco poderá tomar, a seu exclusivo critério, medidas apropriadas contra os referidos Consultores. (negrito nosso)¹⁶⁰

As previsões acerca das definições acima destacadas, embora não tragam elementos profundamente inovadores diante dos padrões adotados pela sociedade brasileira apontam a importância conferida às questões que resvalam em discussões que podem surgir em virtude da contratação que se pretende celebrar, possibilitando menor margem de interpretação e, por via de consequência, de discussões e potenciais retardos causados por debates nas searas administrativa e judicial, envolvendo a concretização do objeto que se quer contratar.

¹⁶⁰ Por “consultores” entende-se, conforme disposto na letra “c”, da parte de “definições”, da Seção 2 – Instruções às empresas de Consultoria: entidade pública ou particular, abrangendo associação, parceria ou consórcio, que consiga prestar ou efetivamente preste serviços à contratante, em compasso com as obrigações contidas no respectivo contrato.

Também com o fito de reduzir questionamentos referentes a valores em moeda de origem estrangeira, preceitua o item 3.6 (Proposta de Preços), da aludida Seção 2:

3.6 Na preparação das **Propostas de Preço** [...]. Se necessário, esses preços deverão ser desmembrados por atividade e, **se necessário, por despesas em moeda estrangeira e nacional**. Todas as atividades e itens descritos na Proposta Técnica deverão ser cotados separadamente; **supõe-se que as atividades e produtos descritos na Proposta Técnica, mas não cotados, estão incluídos nos preços de outras atividades ou itens**. (negrito nosso)

Assim sendo, verifica-se a possibilidade da proposta ser composta por valores em moedas nacional e estrangeira, o que ajudaria a minimizar eventuais questionamentos sobre incertezas que poderiam ser alegadas com base em valores de moedas estrangeiras e, por via de consequência, afetar a execução do contrato. No mesmo sentido, ou seja, acerca da possibilidade de valores serem expressos em moedas estrangeiras, encontra-se o item 3.8, ao versar sobre os impostos:

3.8 **Os consultores podem expressar o preço por seus serviços em até três moedas de livre conversibilidade**, separadamente ou em conjunto. O contratante poderá exigir que o Consultor declare a porção de seu preço que representa o custo em moeda do país do Contratante e assim indicar na Folha de Dados. (negrito nosso)

Complementarmente, encontra-se o disposto na letra “a”, do subitem 6.1, da Seção 6, anexo I, parte II - das “Condições Gerais do Contrato”:

6.1 Estimativa de preços, montante máximo:

(a) No apêndice D figura uma **estimativa do preço dos Serviços pagável em moeda estrangeira**. No apêndice E figura uma **estimativa do preço dos Serviços pagável em moeda nacional**. (negrito nosso)

Caso contrário, identificam-se, a partir do item 5.1 (Avaliação das Propostas), da Seção 2 (Instruções às Empresas de Consultoria) em apreço, alguns critérios de seleção das propostas – que podem ser utilizados – contendo nomenclaturas diferentes daquelas trivialmente encontradas nos incisos I a IV, todos do § 1º, do artigo 45, da Lei Federal n. 8.666/1993 (respectivamente: menor preço; melhor técnica; técnica e preço; e, maior lance ou oferta): SOF (Seleção com Orçamento Fixo); SBQ (Seleção Baseada na Qualidade); SBQC

(Seleção Baseada na Qualidade e Custo); e, SBMC (Seleção Baseada no Menor Custo)¹⁶¹.

Dentre os critérios genericamente expostos no documento, percebe-se um paralelo com alguns dos tipos de licitação estabelecidos na Lei n. 8.666/1993:

- a) a melhor técnica encontraria ligação com o SBQ;
- b) a técnica e preço com o SBQC;
- c) o menor preço com o SBMC.

A Seleção com Orçamento Fixo (SOF), por sua vez, está relacionada à escolha da proposta com a maior pontuação, dentro do limite do orçamento fixado (vide item 5.8). Destaca-se, contudo, que o critério de seleção adotado no caso fora o da Seleção Baseada na Qualidade e Custo (SBQC), o que não permite – salvo em casos excepcionais – a negociação de preços, segundo o disposto no item 6.3, da Seção 2, que prevê as instruções gerais para as empresas.

Na Seção 6, da documentação atinente ao certame em apreço, consta a minuta do contrato padrão para os lotes 2 a 8 que contemplam a prestação dos serviços técnicos que figuram como objeto a ser contratado. O contrato padrão é formado por quatro elementos:

- a) o Termo de Contrato, que é subscrito pelas partes;
- b) as Condições Gerais do Contrato;
- c) as Condições Especiais;
- d) os Apêndices.

Ainda, as celebrações amparadas com Base no Tempo consistem, conforme explicação contida no prefácio ao contrato padrão, naquelas em que não há a possibilidade de se precisar a duração e quantidade efetiva dos serviços, de sorte que a remuneração ocorre através de valores unitários, por período determinado, do que fora produzido.

É interessante observar a cláusula citada no subitem 1.11.2, das Condições Gerais do Contrato, que versa sobre medidas que podem ser tomadas pelo BID caso seja verificada a ocorrência de qualquer ato de fraude ou corrupção nos contratos em que houver a sua participação:

¹⁶¹ Essas expressões foram extraídas, respectivamente das letras “q”, “r”, “t” e “u” da parte de “Definições”, da Seção 2 (Instruções às Empresas de Consultoria) do Convite.

- a) desistência de financiamento de proposta a ser adjudicada ou de contrato já adjudicado;
- b) suspensão de desembolsos;
- c) cancelamento de pagamentos;
- d) emissão de reprimendas;
- e) declaração de inelegibilidade para celebração de pactos nos quais o BID tiver alguma participação;
- f) imposição de sanções;
- g) eventual endereçamento às autoridades competentes.

Sobre a imposição de sanções, verifica-se a possibilidade de sua aplicação ocorrer de forma cumulativa, bem como pode ser aplicada a modalidade de punição que o Banco reputar apropriada ao caso concreto. A aplicação de sanção, contudo, não deve se mostrar arbitrária, nem desarrazoada. O Banco internacional foi mais além e criou também, conforme exposto, ainda no subitem ora em apreço, um procedimento administrativo para o recebimento de denúncias de fraude e corrupção.

Os preceitos acima evidenciados demonstram a preocupação que, mais de uma década atrás, ou seja, bem antes da publicação da Lei Federal n. 13.303/2016, o banco internacional apresentava, de maneira enfática, em relação à higidez dos atos de todos os participantes dos contratos por ele financiados – que poderiam ser auditados sob determinação do BID (conforme a disposição contida na letra “e”, do subitem 1.11.2, das Condições Gerais do Contrato).

Ainda relacionado aos impactos que os contratos poderiam vir a enfrentar, há, no item 2.7, das Condições Gerais do Contrato, uma exposição sobre a questão que envolve o entendimento do termo “força maior”: um elemento inevitável ou imprevisível que afete sobremaneira a continuidade e concretização das obrigações pactuadas no contrato. Portanto, o entendimento contido no documento ora em apreço, de acordo com as diretivas do BID, não se mostra em oposição àquele exposto na seção anterior do presente trabalho.

Ressalta-se, no presente caso, que na hipótese da constatação de um evento caracterizado por força maior, que gere a impossibilidade do cumprimento das obrigações por parte da contratante, por período superior a sessenta dias, restaria configurada uma das previsões autorizadas do término

antecipado do contrato, em obediência à previsão da letra “f”, do subitem 2.9.1, das Condições Gerais do Contrato.

Vale lembrar que a falta de saúde financeira e/ ou a não observância do cronograma de pagamentos avençados, não podem servir como amparo à invocação da força maior, conforme previsão do subitem 2.7.1, letra “c”, das citadas Condições Gerais do Contrato.

Outro elemento, que também deve ser observado, diz respeito ao subitem 3.1.2, das Condições Gerais do Contrato, que versa sobre o compromisso a ser assumido pela contratante acerca da comunicação à contratada – que pode ser uma empresa estrangeira – sobre os usos e costumes característicos da realidade empresarial pátria, prestigiando-se a transparência e a cooperação para o transcurso harmonioso da concretização do objeto do contrato, em consonância com o subitem 7.1, das Condições Gerais do Contrato em análise.

Ainda como forma de dirimir discussões e impactos ao contrato, os pagamentos a serem efetuados em moedas estrangeira ou moedas estrangeiras, conforme previsão na parte III (Condições Específicas do Contrato), do anexo I, da Seção 6 (Contrato Padrão), especificamente no subitem 6.1, letra “b”, das Condições Gerais do Contrato (parte II, do mesmo anexo), dispõe que os valores relativos às moedas externas podem, facultativamente, não ter limitação máxima estipulada, bem como sofrerem acréscimos em vista dos valores que incidirem sobre os reajustes que vierem a ser aplicados aos montantes de pagamentos nessas moedas.

Acerca do reajuste anual incidente sobre os pagamentos em moeda nacional há, conforme previsão contida no item 6.2, letra “a”, número 1, das Condições Específicas do Contrato, aplicação de equação contendo como elemento o índice econômico setorial, calculado pela Fundação Getúlio Vargas. Caso houvesse alguma modificação decorrente de determinação proveniente do Governo Federal, há estipulação para que as partes convençionem previamente a respeito, de sorte que pode ser percebido o espírito de cooperação que se pretende estabelecer entre os envolvidos no negócio.

O número 2. i (também do item 6.2, letra “a”, supramencionado) versa sobre pagamento em moeda estrangeira a Consultor estrangeiro, estabelecendo-se que os índices a se aplicarem à mesma equação de reajustamento prevista para pagamento em moeda local, consistem nos “índices

setoriais correspondentes aos custos a serem incorridos em cada moeda estrangeira como indicado pelo Consultor em sua Proposta”.

O número 2. ii, subsequente, prevê casos de pagamentos em moeda estrangeira a Consultor local, nas hipóteses que configurarem a necessidade de satisfação de suas expensas em moeda estrangeira, em cujo panorama, os pagamentos correspondentes serão convertidos em Reais, com base na “taxa de câmbio de venda da moeda publicada pelo Banco Central no Brasil, prevalecente no último dia útil” anterior à concretização dos pagamentos das faturas pertinentes.

Por fim, outro ponto a ser destacado, como forma de potencializar a atração de empresas interessadas em celebrar o contrato com a estatal, inclusive estrangeiras, consta no subitem 7.2, das Condições Gerais do Contrato que impinge às partes envolvidas a noção sobre a inviabilidade de todas as conjunturas porventura emergentes por ocasião da execução do contrato serem esmiuçadas e reguladas, devendo os envolvidos unirem esforços para eventuais apuros e ajustes para a equilibrada concretização do objeto.

Assim, apenas em casos específicos, acerca dos quais não foi possível encontrar um denominador comum, haveria destinação da eventual discussão ao campo arbitral, inclusive com a possibilidade de atuação de árbitros internacionais, permitindo maior aproximação dos anseios dos investidores internacionais, que podem se sentir inseguros com a burocracia local para a resolução de conflitos, segundo o que é especificado no item 8.2, da parte III (Condições Específicas do Contrato), do anexo I, da Seção 6 (Contrato Padrão).

5.3 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 41880213

Outro certame internacional a ser observado – cujo aviso de licitação foi publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, em 13 de julho de 2010 – diz respeito ao projeto, fabricação e implantação de um *sistema* monotrilho. Objeto inovador no campo do transporte coletivo nacional, o monotrilho apresenta, como uma de suas grandes características, o deslocamento aéreo de vagões – suportados por vigas e pilares externos suspensos.

O tipo da licitação era “menor preço”, conforme previsto no item 1.5, da Primeira Parte – Condições Específicas, dos documentos da concorrência,

sendo o regime de execução o da “empreitada integral”, de acordo com o item subsequente ao aludido.

Dentre os itens iniciais do documento ora em apreço, consta o de número 3.1 que prescreve a impossibilidade de empresas estrangeiras, que não exercem atividades no Brasil, participarem de forma isolada da concorrência então divulgada, sem que haja o afastamento do investidor externo, prestigiando-se, contudo, a empresa que no Brasil desenvolve atividades, já gera empregos e contribui para com o andamento da economia do país.

Na Segunda Parte, Condições Gerais, há no item f.2, uma disposição expressa sobre os preços a serem apresentados pelas proponentes. O subitem f.2.2 discorre sobre a possibilidade de apresentação de propostas em moedas local e estrangeira para, respectivamente, escopos de origem nacional e estrangeira que indicam a possibilidade da formação dos valores com elementos com origens diversas.

Mais adiante, na Terceira Parte, Minuta do Contrato, encontra-se, no item 7, subitem 7.1, “B”, a previsão sobre os pagamentos realizados no exterior – através de contrato de câmbio, devendo ser apreciado em conjunto o item 7.3 da minuta. Assim, depreende-se a importância que a variação cambial poderia apresentar ao caso em apreço, havendo, portanto, a necessidade de se prestar atenção ao potencial impacto que o contrato poderia sofrer em vista de eventuais níveis de variações, sem que o argumento represente um “cheque em branco”, pelo contrário, devendo ser invocado somente nas ocasiões específicas que extrapolarem a especulação e os riscos atinente ao mundo empresarial.

Não por acaso, encontra-se a cláusula 9, da minuta, que versa sobre “reajuste e câmbio”. É interessante destacar que as equações referentes ao reajuste são distintas para “projeto”, “obras civis”, “sistemas”, “serviços gerais” e “integração”, prestigiando-se as particularidades de cada um dos grupos e permitindo-se idealizar uma maior aproximação da manutenção do equilíbrio desejado durante o desenrolar do contrato.

Ainda, o ponto 9.1.2, da minuta, discorre especificamente sobre os números avançados com base em moeda externa. O ponto seguinte (9.2) prevê aceitação de normas supervenientes eventualmente editadas sobre o tema, o que diminui teoricamente potenciais discussões sobre alterações geradas por legislação modificadora incidente sobre as normas então postas. Ademais, a

cláusula 9.3, da minuta, discorre sobre o reajustamento de preços atinentes a eventos previamente definidos no contrato, um fator que contém maior controle sobre as hipóteses acerca das quais o reajuste pode recair:

9.1.2 PREÇOS PACTUADOS EM MOEDA ESTRANGEIRA:

Os preços pactuados em moeda estrangeira serão pagos na moeda indicada na Cláusula de Preços.

9.1.2.1 Os fornecedores estrangeiros deverão indicar os índices setoriais que reflitam a variação dos insumos (de mão de obra e materiais) e os índices na data base em sua proposta.

9.2 Na hipótese de vir a ser editada legislação conflitante com o quanto disposto no item 9.1 e subitem, as partes concordam desde já com a sua adequação aos dispositivos legais pertinentes.

9.3 O reajuste de preços de que trata o subitem anterior incidirá somente sobre eventos que estejam fixados, contratualmente, para cumprimento posterior à data de sua aplicação.

Na cláusula 9.7 da minuta contratual, encontra-se um conteúdo interessante, que prevê a possibilidade das partes envolvidas no contrato (contratante e contratada) estabelecerem conjuntamente um novo índice de reajuste na hipótese de o índice substituto não ser legitimado. Pode-se observar uma ligação entre esta cláusula, o espírito consensual que norteia os atores do negócio e aquilo que foi preconizado pelo legislador, anos mais tarde, com a edição da Lei Federal n. 13.303/2016:

9.7 Caso não seja oficializado um índice substitutivo, a COMPANHIA DO METRÔ e a CONTRATADA definirão, de comum acordo, o novo indicador, se assim permitir a legislação.

Há, ainda, uma previsão, nas cláusulas 9.8 e 9.9, da minuta do contrato, que estabelece a forma operacional como os reajustes de preços ocorrerão, respectivamente, em relação aos pagamentos efetuados no país e no estrangeiro – reduzindo potencialmente o número de eventuais questionamentos sobre a matéria.

Dentre as obrigações e responsabilidades previstas no que concerne a contratada, encontram-se as cláusulas 15.3, 15.4 e 15.8 que versam, respectivamente, sobre:

- a) os impactos causados à vizinhança pelas obras;
- b) os aspectos ambientais e seus manejos;
- c) a proibição de utilização de determinados materiais nas obras como, por exemplo, o amianto ou o asbesto.

Os pontos evidenciados no parágrafo acima contribuem para a demonstração de que os contratos empreendidos nos seios das empresas estatais, especialmente as prestadoras de serviços públicos, conforme exposto precedentemente no presente trabalho, não devem ter como foco exclusivo o lucro, havendo a necessidade de mitigação dos impactos sofridos, em decorrência das obras, pela vizinhança, bem como os provocados ao meio ambiente, o que se mostra em harmonia com a preocupação ressaltada enfaticamente quanto aos aludidos pontos, pelo legislador, anos depois, através da edição da outrora evidenciada Lei Federal n. 13.303/2016, em seus artigos: 27, § 2º; 32, § 1º, IV; e, 45.

5.4 ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 10004721

O certame a ser apreciado teve o respectivo aviso de licitação publicado no Diário Oficial, em 20 de dezembro 2018. O objeto a ser executado diz respeito às obras remanescentes de acabamento de algumas estações da Linha 15 – Prata, da Companhia do Metrô de São Paulo (Jardim Planalto, Sapopemba, Fazenda da Juta e São Mateus), bem como a implantação de ciclofaixa e adequação do sistema viário.

Conforme disposto no item 1.1, do edital, a licitação em apreço terá a regência balizada pela Lei 13.303/2016. Como consequência, encontra-se o item 1.4, do edital, que prevê o caráter sigiloso do orçamento estimado pela empresa estatal de acordo com a inovação trazida pelo artigo 34 da aludida lei de 2016¹⁶². Destaca-se que o sigilo recai sobre o orçamento, que não abrange quantitativos e outras informações que permitam a formulação de propostas pelos licitantes:

1.4 O valor do orçamento estimado pela COMPANHIA DO METRO para esta licitação é **SIGILOSO** até a assinatura do contrato, de acordo com o modo de disputa adotado. (negrito nosso)

¹⁶² Art. 34. **O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso**, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, **sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.** (negrito nosso)

Acerca do tema envolvendo o sigilo do orçamento estimado, houve interessante debate decorrente do acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União n. 1502/ 2018, no âmbito do processo n. 005.633/2018-4, sob relatoria do Ministro Aroldo Cedraz. O entendimento adotado provocou discussão em vista do regramento previsto sobre a matéria, no artigo 34, caput, da Lei Federal n. 13.303/2016. Segue um trecho da decisão, que se distancia do preconizado na lei de 2016, ora em apreço, e que provocou reflexão sobre a matéria:

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, **informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.**

35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993. (negrito nosso) (TCU)¹⁶³

O critério de julgamento da licitação, conforme item 1.9, do edital, é o “menor preço”; e o modo de disputa, em compasso com o item 1.10, do edital, é o fechado, sendo que as propostas dos licitantes permanecerão em sigilo até o oportuno momento das correspondentes aberturas.¹⁶⁴

¹⁶³ Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1502%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIAD O%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse (acesso feito em 15/4/2020, às 21h e 23 min).

¹⁶⁴ Sobre tema envolvendo o modo de disputa fechado – que ganhou relevância no cenário jurídico pátrio por ocasião da edição da Lei Federal n. 12.462/ 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que estava focado em contratações para a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e para os Jogos Olímpicos de 2016 – encontra-se interessante comentário feito pelo jurista César A. Guimarães Pereira, em artigo intitulado *PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DA LEI Nº 12.462: LICITAÇÕES EM FORMA ELETRÔNICA E OS MÉTODOS DE DISPUTA ABERTO E FECHADO*: “No modo de disputa fechado, os envelopes de proposta devem ser apresentados lacrados, devendo ser abertos em sessão pública e classificados segundo sua vantajosidade.” p. 16 Disponível em:

https://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf (acesso feito em 16/4/2020, às 8h e 45min).

Os preços a serem apresentados serão obrigatoriamente cotados em moeda nacional (Real), de acordo com o item 7.5.2.1, do edital. No preço, deverão, ainda, ser contempladas as hipóteses atinentes à matriz de riscos, em consonância com o item 7.5.2.4, do edital – depreendendo-se, portanto, a importância que a matriz possui para os contratos lastreados na Lei n. 13.303/2016, já que as correspondentes previsões nela contidas interferirão nos valores a serem compreendidos no contrato a ser celebrado.

Ainda sobre a matriz de riscos deve ser observado o anexo 9-F, do certame, que acompanha a minuta do contrato pertinente à licitação ora investigada (vide anexo 10 da presente tese). Verifica-se o detalhamento de planilha contendo as pormenorizações atinentes às alocações dos riscos relevantes, sendo feita direta remissão ao artigo 42, X, da Lei Federal n. 13.303/2016:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

X - matriz de riscos: 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, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

A matriz de riscos do contrato em apreço está dividida em quatro colunas: 1) Item; 2) Descrição do risco; 3) Ação; e, 4) Alocação. A primeira coluna contém a numeração do risco identificado; a segunda coluna esmiúça o risco

vislumbrado; a terceira coluna trata da conduta que deve ser tomada em caso de identificação do risco descrito, com o fito de ser dirimido ou mitigado; a quarta coluna identifica sobre qual parte celebrante do contrato deverá incidir, caso este seja concretizado, a responsabilização pelo potencial risco.

Trinta e quatro riscos foram mapeados para o contrato ora em análise, a seguir resumidos, tendo sido alguns deles reunidos, com a finalidade única de facilitar a exposição acadêmica, no presente trabalho, conforme informações extraídas da aludida matriz de riscos integrante dos documentos licitatórios pertinentes ao caso:

- a) Não disponibilização de documentos;
- b) atraso na obtenção e na solicitação de licenças; bem como na execução do escopo do contrato;
- c) erros, alterações e omissões nos documentos técnicos;
- d) descumprimento de prazos;
- e) condições climáticas;
- f) impactos e interferências em atividades operacionais e/ ou espaços comerciais da contratante e/ ou concessionárias;
- g) atraso na entrega de projetos;
- h) atraso na aprovação;
- i) falhas e erros em procedimentos executivos, materiais ou equipamentos;
- j) alterações das condições de execução sem a antecedente revisão dos procedimentos executivos;
- k) perdas e danos em virtude do armazenamento inadequado de materiais e equipamentos;
- l) paralisação da obra;
- m) dificuldades financeiras;
- n) alteração não extraordinária de preços de insumos que compõem os custos, incluindo a mão de obra;
- o) variação extraordinária dos preços, em virtude de fatos imprevisíveis ou, se previsíveis com consequências imensuráveis, além das hipóteses de força maior, fato do príncipe e caso fortuito, que afetarem concretamente a execução dos serviços contratados;
- p) identificação superveniente de erros e omissão nas premissas técnicas;
- q) prejuízos decorrentes de falhas na segurança;

- r) responsabilização nas esferas cível, administrativa, ambiental, criminal e tributária;
- s) cobertura securitária;
- t) identificação geológica distinta da prevista nos projetos, bem como identificação de falhas pré-existentes e estruturas;
- u) remanejamento das interferências até então não identificadas na fase de confecção dos projetos;
- v) interferências e/ ou danos sofridos pelos imóveis vizinhos em virtude da execução do contrato;
- w) modificações das normas e requisitos externos a serem observados;
- x) suspensão do contrato, assim como diminuição da carga de trabalho.

Salienta-se aqui que na parte do edital em que há a alocação do risco, não há designação simultânea à contratante e ao contratado, uma vez que o foco é identificar e concentrar determinado risco à determinada parte envolvida no negócio, para que sejam reduzidos os conflitos e eventuais discussões sobre a matéria, bem como minimizar incertezas sobre os possíveis eventos relativos aos riscos previstos e alocados.

Observe-se no anexo da presente tese o documento que descreve os itens que compõem a Matriz de Risco do Edital (respectivo anexo 9F) para o contrato da Licitação N. 10004721 de 2018, ora em apreço, referente às obras da Linha 15 – Prata, da Companhia do Metrô de São Paulo. Ele consta de 32 itens e 2 de observações, cujo conteúdo foi extraído dessa documentação.

Como exemplos podem ser mencionados os riscos previstos nas “duplas” (como reversos da mesma medalha – situações similares, sob ângulos distintos) referentes aos itens 16/ 17 e 20/ 21: os itens versam sobre os riscos de paralisação da obra por diferentes motivos, contudo os previstos sob os números 16 e 20 abordam hipóteses alocadas à contratada e, os casos abrangidos pelos números 17 e 21 sobre riscos alocados à contratante.

Interessante previsão está contida no item 22 da matriz de risco, que prevê à contratada a alocação referente às eventuais dificuldades financeiras da contratada e das subcontratadas, não podendo o fator do risco ser transferido à contratante.

Ainda, demonstrando preocupação acerca dos possíveis impactos que podem ser ocasionados pela variação dos preços, encontram-se os itens 23 e

24 da matriz de riscos pertinente. O primeiro aborda casos de variações relacionadas a eventos ordinários e triviais do mercado, sendo o risco alocado à contratada. O segundo versa sobre situações extraordinárias e imprevisíveis – ou, se previsíveis, que demonstrem afetar demasiadamente a execução do objeto contratado – sendo o risco alocado à contratante. Ou seja, caso haja alguma discussão sobre a matéria relativa à modificação dos preços, há que restar constatada se a variação fora decorrente de algum elemento ordinário ou extraordinário, para que fique límpida a alocação do respectivo risco.

Complementarmente, consta, na matriz acima aludida, importante observação que determina que as previsões contidas na matriz de riscos não implicam a exclusão de responsabilidades e compromissos eventualmente previstos e assumidos pelas partes envolvidas através do edital e/ou do contrato:

A ausência de menção específica nessa matriz de riscos **não exonera** a responsabilidade das partes pelos ônus decorrentes dos compromissos e obrigações assumidos no edital e no contrato (incluindo os anexos que o compõem). (negrito nosso)

Em sequência à análise da documentação da licitação ora em apreço, conforme previsão do item 9.3, do edital, primeiro consta o julgamento das propostas – levando-se em consideração o menor valor – e, posteriormente, a habilitação da melhor licitante classificada, conforme previsão do item 12.1, do edital em apreço. Logo, verifica-se que a possibilidade de inversão das fases do procedimento licitatório, permitida pelo artigo 51, § 1º, da Lei n. 13.303/2016, não fora prevista no presente caso.

Seguindo o mesmo princípio do legislador, através do artigo 56, da Lei n. 13.303/2016, que vislumbrou maior otimização dos atos e, tentar aproveitá-los ao máximo, encontram-se as disposições dos subitens 9.3.1 a 9.3.7 do edital:

9.3 Encerrada a verificação das propostas, estas serão classificadas considerando-se o menor valor, verificando-se em seguida, a efetividade das propostas, **promovendo-se a desclassificação daquelas que:**

9.3.1 contêm vícios **insanáveis**;

9.3.2 **descumpram especificações técnicas** constantes do presente edital;

9.3.3 apresentem **preços manifestamente inexequíveis**;

9.3.4 **não tenham sua exequibilidade demonstrada**, quando exigido pela COMPANHIA DO METRO;

9.3.5 **apresentem desconformidade com outras exigências deste edital, salvo quando for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do**

objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os 'proponentes.

9.3.6 apresentem propostas alternativas, ou seja, mais de uma oferta apresentada pela mesma PROPONENTE com condições técnicas e preços opcionais;

9.3.7 a Planilha de Serviços e Preços não for devidamente preenchida em sua totalidade, conforme modelo anexo deste Edital; (negrito nosso).

Observa-se a tentativa de “salvar” as propostas, com o fito de garantir a contratação mais vantajosa. Veja-se, por exemplo, que o vício deve ser insanável para a desclassificação da proposta a ser analisada (9.3.1); os preços devem ser patentemente inexequíveis (9.3.3); e, o item 9.3.5 contém previsão que permite a restauração do apresentado, desde que o ajuste seja possível antes da adjudicação prevista no item 14, do edital, desde que a isonomia entre os participantes do certame não seja ferida.

O ânimo de prestigiar a boa proposta, em atenção às menores formalidades, embora não signifique que elas tenham sido afastadas por completo, visto que o respectivo procedimento deve ser observado, ajuda a desenhar maiores aproximações com os contratos do mundo eminentemente privado dos negócios.

Ademais, ele permite que a melhor proposta, em um espírito mais cooperativo, seja pactuada entre as partes do contrato. E o aludido espírito deve também permear as negociações previstas no item 11 do edital, entre o proponente – detentor da melhor proposta – e a empresa estatal contratante.

Mostra-se valoroso destacar o item 15.2, do edital, que prevê a possibilidade de se aplicar à participante que causar tumulto e/ou atraso ao correito andamento do certame, a sanção de suspensão de contratação com a contratante, por até dois anos.

A sistemática atinente às sanções talvez seja uma herança do viés da aplicação de elementos unilaterais conferida pela Lei Federal n. 8.666.1993, já que a aplicação exorbitante permanece sob a égide da Lei Federal n. 13.303/2016, somente em relação às sanções, mas sendo assegurada a defesa prévia, conforme disposição do artigo 83, da lei de 2016 e, o item 15.2.2, do edital ora em apreço.

Ainda, para conferir maior segurança à contratação em tela, encontra-se a cláusula 8.4, da minuta do contrato, que prevê fórmula de atualização para os

pagamentos eventualmente realizados em atraso por fatos imputáveis à empresa estatal.

Adiante, na cláusula 9 da minuta contratual, encontra-se previsão atinente ao reajuste, nas hipóteses em que sua aplicação se mostrar pertinente, devendo ser observada uma periodicidade de doze meses. Ponto importante a ser destacado diz respeito à possibilidade de o potencial reajuste recair sobre eventos previstos contratualmente, em consonância com a cláusula 9.2.1, da minuta do contrato.

Apoiando a ideia colaborativa entre as empresas contratante e contratada, enaltecida pelo recente legislador, consta uma observação feita à licitação anterior (n. 41880213) – ainda sob a égide da Lei Federal n. 8.666/1993 –, que encontra correspondência com a cláusula 9.4.1, da minuta do contrato ora apreciado – sob a vigência da Lei Federal n. 13.303/2016 –, visto que ela versa sobre a possibilidade das partes envolvidas na celebração do pacto definirem, em conjunto, um eventual novo indicador de reajuste, na hipótese do indicador então utilizado não se mostrar mais aplicável, e de não haver um índice substitutivo que tenha sido oficializado posteriormente.

Consta na minuta do contrato relevante previsão trazida pela Lei n. 13.303/2016, encontrada na cláusula 12, sobre a aludida e já pormenorizada matriz de riscos que deve abranger, de maneira vinculativa, as hipóteses de riscos que possam ensejar o reajustamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

12.2 A matriz de risco caracteriza o equilíbrio econômico inicial do contrato, distribuindo os riscos e ônus, inclusive os financeiros, entre as partes. Sempre que forem atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro, **renunciando as partes aos pleitos de reequilíbrio relacionados aos riscos assumidos.** (negrito nosso)

Em seguida, não por acaso, encontra-se a cláusula 13, da minuta contratual, que versa sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

13.1 Considera-se caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro deste Contrato quando qualquer das partes sofrer os efeitos financeiros, positivos ou negativos, de evento cujo risco não tenha sido a ela alocado, que sejam impeditivos à continuidade da execução de suas obrigações contratuais ou retardem seu cumprimento, de forma prejudicial à finalidade do contrato. (negrito nosso)

O pleito de reequilíbrio deve estar lastreado em previsão contida na matriz, como um risco que não tenha sido imputado àquele que requererá a revisão da equação visando o equilíbrio, desde que seja verificada a emergência de fato que impeça e/ ou obstaculize o adequado transcurso da execução do contrato. Ou seja, não é qualquer fato ou ato que poderá ensejar o pedido de revisão – pormenorizado com documentação comprobatória pertinente – havendo, inclusive, previsão contratual de lapso temporal para a realização do pleito respectivo:

13.3 A CONTRATADA, para pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato, **deverá apresentar** à COMPANHIA DO METRÔ **requerimento fundamentado, demonstrando e justificando a ocorrência de qualquer fato que possa caracterizar o desequilíbrio, nos 30 (trinta) dias seguintes ao da ocorrência, devendo o pedido estar acompanhado de todos os documentos necessários à demonstração do cabimento** do pleito inclusive quanto a:

13.3.1 **Identificação precisa do evento** que dá ensejo ao pedido de reequilíbrio, acompanhado de evidência de que o risco estava alocado à COMPANHIA DO METRO, nos termos deste;

13.3.2 **Comprovação dos gastos, diretos e indiretos, efetivamente incorridos** pela CONTRATADA, decorrentes do evento que deu origem ao pleito;

13.3.3 A COMPANHIA DO METRO **poderá, de acordo com a complexidade do pleito, devidamente justificada** pela CONTRATADA, **deferir prazo adicional para apresentação da documentação** mencionada no item 13.3 (negrito nosso)

A cláusula 13.3.3 ajuda a reforçar o pretendido espírito colaborativo trazido pelo texto legal de 2016, referente à denominada lei das estatais, visto que contém permissão, caso a hipótese assim demande, para que o prazo de apresentação da documentação que servirá como subsídio para análise do pedido de reequilíbrio seja estendido, buscando-se a real manutenção do que for necessário para a límpida completude do objeto contratado – sem que haja oneração demasiada para quaisquer das partes.

De acordo com a cláusula 13.7, prevista na minuta do contrato, a contratante possui igual prerrogativa em relação ao equilíbrio que deve existir entre as partes do pacto, preconizando o valor da igualdade de condições – baluarte do Direito Privado, que baliza a relações parametrizada pela Lei Federal n. 13.303/2016, com base no seu artigo 68:

13.7 Igual direito a reequilíbrio do Contrato, detém a COMPANHIA DO METRÔ, a qual pleiteará e comunicará à CONTRATADA, na forma e no que couber, conforme disposto nesta cláusula.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é muito importante para o transcurso do contrato e, conseqüentemente, para a execução do objeto pretendido. Por exemplo, os impactos que as variações de preços geram aos contratos devem ser vistos com muita sensibilidade, uma vez que eventuais atrasos poderão ensejar no descumprimento de metas previstas nos cronogramas pertinentes, bem como causarem o retardamento de entregas de produto e serviço aguardados pela população na qualidade de usuária.

Outra cláusula inovadora é a de número 14.2, encontrada na minuta do contrato ora em apreço, e que versa sobre o treinamento que a contratante fornecerá à contratada e, se for o caso, também às subcontratadas, sobre o Código de Conduta e Integridade – em atenção disposto nos artigos 9º, § 1º, VI, e 32, V, ambos da Lei n. 13.303/2016.¹⁶⁵ Talvez caiba uma reflexão sobre qual seria o impacto que isso poderia causar eventualmente aos contratos.

Contudo, imagina-se que a disseminação dos valores que norteiam a contratante, expostos de maneira clara, podem corroborar para um transcurso mais ameno e menos turbulento do contrato, tendo em vista que as margens de manobra e de atuação da estatal restariam evidenciadas no aludido Código de Conduta e Integridade a ser compartilhado.

Ainda dentro do espírito de cooperativismo outrora anunciado, exaltado pela Lei n. 13.303/2016, encontra-se outro exemplo na subcláusula 15.1.9, da minuta contratual, que preceitua à contratada a obrigação de eventuais correções, ajustes e reparos em virtude de vícios e defeitos decorrentes, por exemplo, de condutas comissivas ou omissivas que, de forma involuntária,

¹⁶⁵ Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

[...]

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

[...]

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

V - observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.

acarretem danos à empresa estatal e/ ou a terceiros, sem que o panorama implique automaticamente em modificações dos prazos estabelecidos contratualmente.

Acredita-se que a cláusula em tela tenda a auxiliar na minimização de potenciais discussões que buscariam estabelecer a imputação de responsabilidade face a determinados fatos emergentes durante o desenrolar do contrato:

15.1.9 A CONTRATADA é obrigada a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, e sem implicar alterações do prazo contratual, o objeto do Contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de ação ou omissão involuntária, negligência, imperícia, imprudência ou emprego de material inadequado ou de qualidade inferior, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à COMPANHIA DO METRO, não excluindo ou reduzindo tal responsabilidade a fiscalização ou acompanhamento pela COMPANHIA DO METRÔ e sem prejuízo do disposto na Cláusula Sanções Administrativas deste Instrumento. (negrito nosso)

Outro fator que ajuda a reduzir hipoteticamente a discussão sobre elementos supervenientes a respeito do objeto a ser contratado e, por via de consequência, conferem maior estabilidade ao contrato com menores chances de impactos sobre a alegação de dados reputados anteriormente como desconhecidos, está na subcláusula 15.1.14, da minuta contratual em análise, já que a contratada confirma ter feito pertinente pesquisa dos dados e objetos referentes ao contrato por ocasião da referida celebração:

15.1.14 A CONTRATADA confirma ter celebrado o Contrato com base em um adequado exame dos dados relativos ao objeto deste Contrato, fornecidos pela COMPANHIA DO METRÔ, e baseada nas informações que a CONTRATADA possa ter obtido por meio de uma inspeção visual do local das obras e de outros disponibilizados. **A CONTRATADA reconhece que qualquer falha na tomada de conhecimento de todos esses dados e informações não deverá aliviar sua responsabilidade de estimar adequadamente a dificuldade ou o custo de executar com sucesso o objeto deste Contrato.** (negrito nosso)

A redução dos impactos, acima referida, também deve versar sobre a seara ambiental, em compasso, também, com a legislação regente do contrato

(artigo 32, § 1º, I e II, da Lei Federal n. 13.303/2016¹⁶⁶). Neste sentido, verifica-se a subcláusula 15.5.1, da minuta do contrato da licitação ora analisada:

15.5.1 A CONTRATADA assume toda responsabilidade pelos ônus decorrentes da legislação ambiental vigente e suas atualizações e por evitar, mitigar ou reparar os danos e impactos ambientais negativos que podem ser causados em decorrência da execução do objeto do Contrato, estando todos os custos decorrentes do cumprimento desta obrigação incluídos no valor total do Contrato. (negrito nosso)

Ainda como fonte de redução dos impactos sentidos pelas partes, assim como daqueles gerados pela execução do contrato, constam na cláusula 15.8, da minuta do contrato, medidas a serem adotadas com o fito de serem minimizadas as interferências provocadas na vizinhança das obras, em atenção ao previsto no aludido artigo 32, § 1º, mas neste caso, especificamente, em seu inciso IV, da Lei Federal n. 13.303/2016¹⁶⁷. A atuação para a mitigação em comento dar-se-á de forma integrada e cooperativa com a contratante – com conjunção de forças, para a mais amena equalização possível das questões –, conforme disposição a seguir, no trecho a seguir, extraído da minuta contratual:

15.8.3 A CONTRATADA deverá atuar sempre em conjunto com a área de relacionamento com a comunidade da COMPANHIA DO METRO (COORDENADORIA DE ATENDIMENTO À COMUNIDADE), visando a sinergia das ações e preservação da reputação da empresa. (negrito nosso)

¹⁶⁶ Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

¹⁶⁷ Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

[...]

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

Importantíssimo elemento trazido, na minuta do contrato da licitação n. 10004721, diz respeito às alterações contratuais, previstas na correspondente cláusula 27, que preconiza o consenso entre as partes envolvidas no pacto – o que também prestigia as regras do Direito Privado, que prevê proximidade entre as partes celebrantes, conforme o anteriormente citado artigo 69, da lei das estatais de 2016), para a concretização das alterações pretendidas:

27.1 O Contrato poderá ser alterado, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

27.1.1 quando houver modificação do projeto ou das especificações, **para melhor adequação técnica aos seus objetivos.**

27.1.1.1 o projeto básico poderá ser alterado, **desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.**

27.1.2 **quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto**, nos limites permitidos pelo REGULAMENTO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E DEMAIS AJUSTES DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO-METRO;

27.1.3 **quando conveniente a substituição da garantia de execução contratual;**

27.1.4 **quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;**

27.1.5 **quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

27.1.6 **para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente** entre os encargos da CONTRATADA e a retribuição da COMPANHIA DO METRO para ajusta remuneração pela execução do objeto contratado, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do Contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.** (negrito nosso)

Depreende-se, ainda, da leitura da cláusula 27.2, da minuta ora em discussão, a possibilidade (e não imperatividade) acerca da aceitação de

acréscimos e supressões, dentro de determinadas margens estabelecidas pela legislação, observados os mesmos parâmetros contratuais:

27.2 A CONTRATADA poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do Contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Como forma de escancarar a diferença que se refere ao ponto acima suscitado, o qual representa um avanço para a equalização entre as partes envolvidas nos contratos das empresas estatais, conferindo maior segurança face a eventuais aplicações unilaterais outrora tomadas por parte da Administração Indireta e, conseqüentemente, com redução dos impactos potencialmente causados pelos respectivos contratos, observa-se, em seguida, uma planilha comparativa entre as Leis Federais n. 8.666/1993 e n. 13.303/2016, quanto ao tema específico, atinente às supressões e acréscimos contratuais.

Verifica-se a alteração do viés imposto de forma exorbitante pelo legislador, acerca do assunto, deixando de se configurar como algo aplicado unilateralmente pela estatal, passando-se para a angulação consensual a ser estabelecida pelas partes envolvidas, dentro do espírito de negociação e cooperação pretendida pela lei mais recente, conforme a comparação do quadro abaixo:

Lei Federal n. 8.666/1993	Lei Federal n. 13.303/2016
<p>Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:</p> <p>§ 1º O contratado fica <u>obrigado</u> a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e</p>	<p>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:</p> <p>§ 1º O contratado <u>poderá</u> aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular</p>

cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (negrito e sublinhado nosso)	de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (negrito e sublinhado nossos)
---	--

Também no campo consensual encontra-se outro exemplo, através da cláusula 27.3, da minuta contratual, que dispõe sobre a possibilidade da fixação de preços unitários quando não tiverem sido até então estipulados no contrato, por meio do consenso entre as partes envolvidas:

27.3 Se no Contrato não houverem sido contemplados preços unitários, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos nesta cláusula.

Diante do exposto, através da análise da documentação referente à licitação ora em tela, verifica-se intenso esforço para que haja a minimização de discussões sobre quando uma ou outra parte da avença deverá, ou não, ser responsabilizada por diversos elementos decorrentes do contrato, que poderiam causar o aumento dos valores envolvidos, bem como o retardamento da conclusão do que foi pactuado.

Entre as questões propostas, encontram-se aquelas atinentes às variações dos preços, conforme itens previstos na aludida matriz de riscos, o que confere maior segurança às relações e menores surpresas abruptas em relação às expectativas depositadas pelas partes no negócio.

5.5 – ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 10002680

O certame a ser analisado abrange concorrência internacional para a implantação de portas de plataformas em estações da Companhia do Metrô de São Paulo, como fruto da necessidade de serem ampliadas as medidas de segurança para a proteção dos passageiros e funcionários da empresa estatal prestadora do serviço público de transporte coletivo de pessoas, um objeto que apresenta, portanto, grande importância. O edital foi disponibilizado no sítio eletrônico da empresa estatal desde o início do mês de setembro de 2018.

Na parte inicial da documentação, mais especificamente, no item 5.1, do edital, consta, por exemplo, o compromisso que a licitante deve assumir – em respeito à higidez do processo licitatório –, através do estabelecimento da

interdição de se comunicar, discutir ou informar outros participantes e/ ou interessados sobre o conteúdo da proposta que seria apresentada.

Mais adiante, ainda no mesmo item referido, crava-se a necessidade de condutas que coíbam fraudes, corrupção, além da prática de quaisquer atos lesivos à Administração Pública, verificando-se a capilaridade dos vetores que permeiam o conteúdo da Lei Federal n. 13.303/2016, que buscou aproximar os contratos das empresas estatais daqueles do mundo eminentemente privado, que possuem condutas mais cooperativas, afastando-se a exaltada supremacia dos interesses da Administração Indireta diante dos interesses dos particulares que com ela contratam.

Há, também, disposição expressa acerca do afastamento da manipulação ou fraude que afete o equilíbrio econômico-financeiro contratual – conforme o item 5.1, IV, “g”, do edital. Evidentemente, em contratos anteriores tais condutas eram igualmente vedadas. Todavia, no presente momento pugna-se por clareza e limpidez em todo o processo licitatório, com medidas enfáticas sobre as condutas de todos os envolvidos no processo.

No item 5.4 do edital, referente aos preços do contrato, há disposição – no subitem 5.4.2.1 – acerca da possibilidade de remessa de montantes ao exterior, que somente poderão incidir sobre itens efetivamente cotados em moeda estrangeira, em compasso com a Planilha de Preços.

Depreendendo-se que eventuais variações cambiais incidentes sobre os itens cotados em moedas estrangeiras – desde que não inviabilizem a continuidade do contrato – poderiam, diante de circunstâncias a serem verificadas, restar protegidos em relação às oscilações ordinárias do mercado de câmbio. Esse é um elemento atrativo para os investidores, nas hipóteses em que houver fornecimentos e/ ou serviços provenientes do exterior e que constem na respectiva Planilha de Preços como tais.

Como forma das propostas serem equalizadas, o edital – em sua cláusula 7.6 – deixa claro aos interessados, dirimindo, hipoteticamente, questionamentos sobre a matéria, que os valores apresentados na Planilha em moedas estrangeiras sofrerão oneração decorrente dos montantes atinentes às remessas de valores para o estrangeiro, eis que o valor de um produtos/ serviço executado fora do país pode ter um preço bastante reduzido em face daquele aqui performado e sobre o qual há a incidência de considerável carga tributária.

Ainda com o fito de restarem elucidadas questões atinentes às propostas em moedas estrangeiras, dispõe o item 5.4.9 do referido edital, sobre a necessidade de indicação pela proponente de índices de reajustes – que precisarão ser aceitos pela empresa estatal contratante. Isso reduz, por exemplo, eventuais discussões sobre a necessidade de aprovação do índice proposto pela licitante, eis que o edital deixa claro, desde o início, a aludida necessidade.

Caso haja rejeição por parte da estatal prestadora de serviço público, o subitem 5.4.9.1 prevê quais poderão ser os índices aplicáveis para as propostas cotadas em moeda estrangeira, minimizando, portanto, o universo de possibilidades afeito aos reajustes, reduzindo-se, pois, o espectro de incertezas quanto ao tema:

5.4.9 As PROPONENTES que cotarem suas propostas em moeda estrangeira, deverão indicar, na apresentação da Proposta Comercial, os índices "L", "M" e "N" a serem aplicados conforme fórmula de reajuste constante na Cláusula Reajuste integrante da Minuta do Contrato – Segunda Parte deste edital, sendo certo que caberá à COMPANHIA DO METRO o direito de aceitar ou não os índices indicados, quando da emissão do contrato.

5.4.9.1 Na hipótese de a COMPANHIA DO METRÔ rejeitar os índices de reajustes propostos pela licitante, ai seu exclusivo critério, a COMPANHIA DO METRÔ adotará: (i) para preços cotados em US\$ (dólares norte-americanos) ou CAD\$ (dólares canadense) e outras moedas de países das Américas, com exceção do Brasil: a variação do índice de Preços ao Consumidor dos Estados Unidos da América; (ii) para preços cotados em ¥ (Yen) e outras moedas de países da Ásia: a variação do índice de Preços ao Consumidor do Japão, (iii) para preços cotados em € (euro), £ (libra esterlina) e Sw.Fr (Franco Suíço) e demais moedas de outros países da Europa, África e Oceania: a variação do índice HICP – *Harmonized indices of Consumer Prices*, publicado pela Eurostat.

Outro interessante elemento a ser analisado diz respeito à exposição enfática acerca da necessidade dos preços propostos se mostrarem exequíveis, ou seja, serem preços reais e que efetivamente consigam concretizar o objeto contratado, de acordo com a subcláusula 7.4.1, do edital – sob pena de desclassificação da proposta, em consonância com a cláusula 7.5, IV, do edital. Assim, o que se procura desencorajar é a apresentação de valores muitas vezes demasiadamente baixos e irrealistas, um panorama que causaria tumultos e retardamentos à concretização daquilo que se pretende.

Sobre a indicação da moeda, relativa aos preços, dispõe a cláusula 5 da minuta do contrato em questão, que a eleição ocorrerá no momento da formalização da contratação. Este é um fato de grande importância, ressaltando-se que se trata de uma concorrência internacional – uma vez que a possibilidade de indicação de moeda regente dos preços potencializa a competitividade entre empresas nacionais e estrangeiras, bem como ajuda a fomentar uma maior atração de investidores estrangeiros com vistas aos projetos e obras a serem empreendidos no Brasil.

Também com o fito de trazer ao contrato maior segurança, constam as cláusulas 5.5.2 e 5.2.2.1, da minuta contratual, que estabelecem disposições sobre o equilíbrio econômico-financeiro ao que fora celebrado, discorrendo sobre a previsibilidade de fatos, com consequências impeditivas ao seguimento equacionado do avençado, às hipóteses que superem a variação cambial em dez por cento, para cima ou para baixo. Estabelece-se, assim, interessante paralelo com o preconizado alguns anos antes na documentação referente à licitação n. 41377213, analisada no ponto 5.1 do presente trabalho¹⁶⁸.

Dispõe, ainda, a subcláusula 8.1.1, da minuta do citado contrato, que o pagamento será necessariamente feito às empresas brasileiras em moeda nacional – o que não afrontaria o disposto no artigo 318 do Código Civil¹⁶⁹, nem o outrora mencionado Decreto-Lei n. 857/ 1969.

Contudo, o panorama permite reflexão sobre como seria se os investidores pátrios, em obras de infraestrutura no país, pudessem ser remunerados em moeda estrangeira. Muito provavelmente, empresas novas iriam constituir atividades no Brasil e teriam interesses na participação não apenas de certames internacionais – que possuem algumas regras específicas – mas, também, na vasta gama de certames nacionais espalhados pelo país, que

¹⁶⁸ 5.5.2 Firmado o contrato, além das demais disposições legais, em ocorrendo desequilíbrio econômico-financeiro da proposta nas hipóteses do artigo 65, 11, "d" da Lei Federal nº 8.666/93, a situação será analisada pela COMPANHIA DO METRO.

5.5.2.1 Considera-se "fato previsível", "de consequências impeditivas da execução do ajustado", para efeito citado no artigo 65, 11, "d" da Lei Federal nº 8.666/93, a variação cambial de preços de equipamentos/ materiais importados, quando esta ultrapassar 10% (dez por cento) para mais ou para menos.

¹⁶⁹ Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

tanto necessita da ampliação das obras de infraestrutura, conforme exposto na seção 4 do presente trabalho

Há ainda previsão de reajuste, na cláusula 9, da minuta do referido contrato, havendo, inclusive, pormenorização da previsão de casos envolvendo itens cotados em moeda estrangeira. Tudo isso demonstra atenção às peculiaridades advindas da discussão da aplicação da possibilidade de cotações estrangeiras – o que sem dúvida requerer aplicação de fórmula específica, com o fito de serem garantidos o equilíbrio e a isonomia entre os valores cotados em moedas nacional e estrangeira.

Há, também, na subcláusula 9.1, da minuta do edital, permissão para que alguns elementos componentes da fórmula de reajuste de itens cotados em moeda estrangeira sejam definidos pela empresa que fizer a respectiva cotação – pendente de aceitação por parte da empresa estatal.

Todavia, a possibilidade da empresa que cotou o item em moeda estrangeira escolher alguns dos componentes da fórmula de reajuste, mesmo estando a efetiva aplicação pendente da aceitação por parte da estatal, demonstra maior aproximação dos pesos dos papéis dos envolvidos no negócio, bem como o estreitamento dos laços de confiança e cooperativismo que devem ser estabelecidos entre as partes, conforme proposto, sempre em compasso com exposição anterior no presente trabalho, pela Lei Federal n. 13.303/2016. Neste mesmo sentido, encontram-se as disposições 9.4 e 9.4.1, da minuta do contrato, acerca da eventual definição conjunta de índice substitutivo na hipótese em que o índice então vigente deixe de ser aplicável.

Fator ainda importante, que deve ser destacado da minuta do contrato, também como forma de minimização dos eventuais impactos gerados pela contratação, diz respeito à necessidade da contratada estudar e efetivamente analisar de maneira completa a documentação fornecida com o objetivo de atingir a efetiva compreensão do objeto do contrato, de modo a anuir e não poder alegar futuramente desconhecimento e/ ou ignorância sobre o conteúdo a ela oportunizado para o correto cumprimento da avença contratual assumida:

11.2.2 Responsabilizar-se pelo estudo de todos os documentos integrantes de contrato bem como por todos os elementos fornecidos pela COMPANHIA DO METRÔ para a execução do objeto deste instrumento, não se admitindo, em nenhuma hipótese, a alegação de ignorância dos mesmos.

Há, na minuta contratual, cláusula específica (sob o número 11.3) referente às obrigações atinentes às questões ambientais, fator que demonstra grande preocupação em relação à matéria, exaltada de maneira enfática pelo artigo 27, § 2º, da Lei Federal n. 13.303/2016. Conforme redação da subcláusula 11.3.1 a contratada assume, via de regra, a obrigação e a responsabilidade decorrente da mitigação, reparação e prevenção de todos os danos ambientais que podem ser gerados em virtude da execução do objeto do contrato em apreço:

A CONTRATADA obriga-se a:

11.3.1 Assumir toda responsabilidade pelos ônus decorrentes da legislação ambiental e por evitar, mitigar ou reparar os danos ambientais que podem ser causados em decorrência da execução do objeto do contrato, estando todos os custos decorrentes do cumprimento desta obrigação incluídos no valor total do contrato.

11.3.1.1 Excluem-se da obrigação acima apenas os ônus que o contrato tenha, expressa e determinadamente, atribuído à COMPANHIA DO METRÔ, se houver, mantendo-se a responsabilidade da CONTRATADA sobre todos os demais ônus decorrentes da legislação ambiental.

No que concerne à aplicação de sanções administrativas, há disposições diferenciadas, contidas na minuta do contrato – confronte-se a seguir duas versões da cláusula 13.4 – procurando observar e contemplar as peculiaridades de distintas situações das empresas, de sorte a se buscar mais intensamente a aproximação com um ponto de maior equilíbrio.

Há, nesse caso, especificação acerca do pagamento de multas por empresas que tiverem feito cotação de sua proposta com itens em moeda corrente nacional (Real) e por empresas que tiverem feito a correspondente cotação em moeda estrangeira: no primeiro caso, haverá a atualização do montante através do Índice de preços ao Consumidor (IPC) do Município de São Paulo, veiculado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas; no segundo caso, a atualização do valor da multa dar-se-á através de índice a ser apontado pela contratada, a ser acatado pela empresa estatal contratante – ou, em caso de recusa, através de índice determinado pela contratante:

O item 13.4 abaixo é aplicável no caso de formalização de contrato com Proponente que tenha cotado sua proposta itens da Planilha de Serviços e Preços em Reais.

13.4 O não pagamento da multa no prazo estipulado importará, ainda, na atualização do valor a ser pago, com base na variação do IPC - Índice de Preços ao Consumidor do Município de São Paulo, publicado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE, calculado "pro rata tempore" desde a data do vencimento até a data do efetivo pagamento, conforme fórmulas previstas na Cláusula - Pagamento deste contrato.

O item 13.4 abaixo é aplicável no caso de formalização de contrato com Proponente que tenha cotado sua proposta itens da Planilha de Serviços e Preços em moeda estrangeira.

13.4 O não pagamento da multa no prazo estipulado importará, ainda, na atualização do valor a ser pago, com base na variação do Índice "L" (**índice a ser indicado pela CONTRATADA e se aceito pela COMPANHIA DO METRO, ou o índice definido por esta no caso de rejeição do índice proposto**), calculado "pro rata tempore" desde a data do vencimento até a data do efetivo pagamento, conforme fórmulas previstas nos itens da Cláusula Pagamento deste Contrato.

Consta, também na parte prevista às sanções administrativas, na cláusula 13.10, da minuta contratual, previsão evidenciando o Código de Conduta e Integridade da empresa estatal contratante, bem como o respectivo *link* de acesso ao correspondente conteúdo, de sorte que o compartilhamento da matéria se mostra salutar, permitindo-se maior afinamento entre as partes do contrato. Expõe-se, de maneira ainda mais explícita, os valores e vetores que conduzem as ações da empresa prestadora de serviço público, coibindo-se quaisquer atos que atentem contra os princípios administrativos e os da empresa, bem como quaisquer condutas que se mostrarem antagônicas àquilo que se preconiza através das contratações empreendidas pela empresa integrante da Administração Indireta do governo estatal.

Tratamento também diferenciado é encontrado na cláusula 14, da minuta do contrato, que traz previsões sobre garantia de execução contratual. Há conteúdo específico para empresas brasileiras e estrangeiras que funcionem no Brasil e, outro aplicável às empresas estrangeiras que funcionem no exterior.

Existe, portanto, a tentativa de se administrarem casos específicos, que requerem ações diferenciadas. Não haveria, por exemplo, sentido em se exigir uma *Performance Letter of Credit (Performance Bond)*, prevista no ponto 14.1.2, da minuta contratual, de uma empresa que funciona no país.

Por oportuno, frisa-se que o contrato ora em apreço, bem como o que será a seguir investigado, não possuem como um de seus anexos uma matriz de riscos, eis que em compasso com o entendimento contido nos seus artigos 19 e 153, da segunda revisão, do Regulamento de licitações da Companhia do Metropolitano de São Paulo, em contratos e demais ajustes da empresa estatal prestadora de serviço público, formulado em decorrência da edição da Lei Federal n. 13.303/2016, a aludida matriz estará concentrada, via de regra, de maneira explícita nos contratos eminentemente de obras e serviços de engenharia (Companhia do Metropolitano de São Paulo)¹⁷⁰.

5.6 – ANÁLISE CRÍTICA – DOCUMENTOS DA LICITAÇÃO N. 10014557

O edital e respectiva documentação do certame a ser analisado estão disponíveis no sítio eletrônico da empresa estatal contratante desde julho de 2019. A contratação tem por objeto a concepção de um sistema de monitoramento eletrônico das Linhas 1, 2 e 3 da Companhia do Metrô de São Paulo. Por oportuno, destaca-se que se trata de licitação financiada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento.

Um dos pontos interessantes do presente certame diz respeito ao seu objeto, que está relacionado ao monitoramento facial dos passageiros de linhas de metrô. Este elemento propicia a reflexão sobre questões referentes à segurança, privacidade e organização do fluxo dentro sistema metroviário. Contudo, essa interessante temática extrapola os limites do presente trabalho.

¹⁷⁰ Informações extraídas do sítio eletrônico da Companhia do Metropolitano de São Paulo: <http://www.metro.sp.gov.br/negocios/pdf/REGULAMENTO%20DE%20LICITA%C3%87%C3%95ES%20CONTRATOS%20E%20DEMAIS%20AJUSTES%20DA%20CIA%20DO%20METR%C3%94%20-%20REV.2%20-20para%20publica%C3%A7%C3%A3o.pdf> (acesso feito em: 16/7/2020, às 12h e 18 min.):

Art. 19. As contratações que adotem ou o regime de contratação semi-integrada ou o regime de contratação integrada referidas, respectivamente, nos incisos V e VI do art. 18, restringir-se-ão a obras e serviços de engenharia e observarão os seguintes requisitos: I -o instrumento convocatório deverá conter:

[...]

d) MATRIZ DE RISCOS

Art.148. São cláusulas necessárias nos contratos:

XI -MATRIZ DE RISCOS, no caso dos contratos alusivos a obras e serviços de engenharia, nas contratações integradas e semi-integradas, prevista em cláusula definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro, incluindo hipótese de variação da moeda e o limite máximo em percentual, que será considerado como ensejador de reequilíbrio do preço.

Art. 153.A Matriz de Riscos prevista no inciso XI do art. 148 poderá ser inserida em instrumentos contratuais de obras e serviços de engenharia e de outros tipos de objeto, avaliada a sua pertinência e conveniência pela CIA. DO METRÔ.

Ademais, o edital foi lançado sob a égide da Lei Federal n. 13.303/2016. Na parte inicial, da Seção I, da documentação analisada, que versa sobre as Instruções aos Licitantes, a seguir aqui indicadas por IAL, em seu ponto 3 – aplicável aos contratos assinados em compasso com a Política GN-2349-7) – bem como no item 3, verifica-se intensa preocupação com a temática relativa à fraude e corrupção, de sorte que há determinação de que todos os participantes observem elevadas graduações atinentes às questões éticas, devendo denunciar quaisquer atos – mesmo que meramente suspeitos – que sugiram elementos de fraude e corrupção.

Há, também, na mesma Seção I, previsão acerca da possibilidade dos preços serem registrados, com apontamentos específicos, para bens fabricados no país do comprador e, para bens fabricados fora do país do comprador (conforme subitem 14.6, letras “a”, “b” e “c”), o que representa maior aproximação da realidade enfrentada pelos contratados – que necessitam de produtos nacionais e internacionais para as execuções de suas tarefas. Neste sentido, o item 34, da Seção I, mostra-se pertinente, eis que estipula – para fins de comparação e avaliação – a necessidade de conversão de todos os valores para uma moeda única (Real – conforme IAL 34.1, da Seção II, que versa sobre os Dados da Licitação).

É interessante destacar a inclusão da subcláusula 43.5.3, II, conforme previsto na Seção II (referente aos Dados da Licitação), na parte atinente à IAL 43, que prevê a possibilidade de empresas estrangeiras, não estabelecidas no país, apresentarem declaração acerca da inexistência, em seu país de origem, de determinadas documentações ordinariamente exigidas aos participantes estabelecidos no Brasil. Isso demonstra o empenho para que sejam permitidas as participações de maior número de interessados no certame. Confere, ainda, grande confiança ao participante estrangeiro não estabelecido no país:

43.5.3 Certidões e Atestados, conforme abaixo:

[...]

II- DOCUMENTAÇÃO REQUERIDA PARA AS EMPRESAS ESTRANGEIRAS NÃO ESTABELECIDAS NO BRASIL:

Para as Empresas estrangeiras não estabelecidas no Brasil, a documentação requerida é constituída pelos mesmos documentos relacionados nos itens 1 a 4 acima, naquilo que couber e naquilo que existir no País de origem da empresa, ficando estabelecido que na hipótese de o país não possuir o documento ora exigido, a empresa deverá apresentar documento por ela emitido declarando a inexistência do

documento em questão, observada a mesma ordem de numeração. A documentação deverá estar devidamente traduzida para o português.

Seguindo o escopo de cooperação, determina o subitem 4.5, “a”, da Seção VII, a intolerância acerca de prejuízo acarretado à uma das partes envolvidas no negócio, em virtude de demoras ou negligências praticadas pela outra parte.

Ademais, há que ser estabelecida entre os participantes do negócio, conforme frisado pela cláusula 10, da Seção VII, que versa sobre as soluções de controvérsias, a tentativa de resolução amigável e informal dos conflitos (em compasso com o subitem 10.1). Em caso de inviabilidade, será percorrida a via arbitral, conforme previsto no subitem 10.2.

No intuito de que as partes resolvam os conflitos que porventura surjam durante a execução do contrato, encontra-se o subitem 37, da Seção VII, que versa sobre a possibilidade de restrições ao comércio exterior. Uma vez devidamente comprovada a configuração de forças alheias à vontade do fornecedor e, cumpridas as suas obrigações contratuais, ele restará exonerado de entregar o produto ou serviço, ensejando hipótese de rescisão do contrato.

Na Seção VIII – que aborda as Condições Especiais do Contrato – consta no subitem 16.5 previsões acerca de cotação da proposta em Reais ou em moeda estrangeira, o que permite inferir a possibilidade de apresentação de propostas em outras moedas além da nacional, franqueando maior acesso aos participantes externos e, por via de consequência, atraindo, potencialmente, mais elevado número de interessados, de sorte a se ampliar a possibilidade de obtenção de resultado mais vantajoso – catalisado pela competitividade, qualidade e valor.

Na esteira da previsão evidenciada no parágrafo precedente, com a possibilidade de tratamentos às celebrações envolvendo empresas que funcionem dentro e fora do Brasil, encontra-se o subitem 18.1, da Seção VIII – atinente às Condições Especiais do Contrato – que versa sobre garantia de execução do contrato e que contém previsões especificamente aplicáveis às empresas que funcionem, respectivamente, dentro e fora do Brasil – como, por exemplo, a menção à *Performance Bond* que se mostra pertinente a estas últimas.

Consta, também, como documento referente ao certame ora em apreço, pormenorização que se refere à “Fórmula para Reajuste de Preços”, destacando-se a observação contida na letra “a” acerca da previsão da hipótese de eventual adoção de moeda estrangeira para valorações, ocasião em que haverá a aplicação de “fator de correção” de sorte a serem afastados reajustamentos incongruentes. Sublinha-se, ainda, que não haverá a incidência de reajuste sobre montantes do preço, eventualmente conferidos e pagos ao fornecedor, quando estes possuírem a natureza de adiantamento.

No apêndice à documentação do certame constam as “Instruções Gerais para Operacionalização do Contrato”, e encontram-se, em seu item 1.2, disposições específicas quanto às obrigações referentes às questões ambientais que o contrato a ser celebrado encerra.

A contratada, conforme item 1.2.1, responsabiliza-se pela mitigação, pela reparação não menos importante para evitar que tais danos ocorram – tal faceta mostra-se consoante àquela preconizada pelo legislador, no artigo 32, II, § 1º, II, da Lei federal n. 13.303/2016.

Por fim, frisa-se que a minuta em si, relativa ao contrato, prevista na Seção IX, item 1, da documentação referente ao certame em apreço, mostra-se enxuta, e faz remissão – como partes integrantes – ao conteúdo das seções precedentes, dentre as quais as acima tratadas.

5.7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS CONTRATOS ANALISADOS

Foram analisados seis editais e minutas da Companhia do Metropolitano de São Paulo, três anteriores à Lei Federal n. 13.303/2016 e, três posteriores à vigência do referido texto legislativo. A ideia de apresentar e analisar os documentos de certames, em números equilibrados (antes e após a lei de 2016), tem por objetivo permitir a identificação do panorama evolutivo trazido pela norma em comento acerca das contratações das estatais.

Verifica-se como uma das expressões mais recorrentes, durante as análises dos documentos dos diferentes certames, o termo referente à “cooperação”, que deve ser aprofundada entre as partes envolvidas nos negócios com as empresas estatais e que, por via de consequência, foi incentivada e prestigiada pelo legislador.

Todos devem ganhar, dentro dos limites estabelecidos no contrato, com a concretização da avença. Existem, no Brasil, em alguns casos, desconfianças envolvendo as contratações estabelecidas com a Administração Pública direta e indireta – episódios de corrupção e desvios são noticiados pela imprensa – e assim tem que ser, eis que a liberdade é um dos baluartes da sociedade democrática.

Acredita-se que a Lei Federal n. 13.303/2016 tenha se esforçado para contribuir com a sedimentação de um espírito menos combativo entre as partes envolvidas nos negócios das empresas estatais, de sorte a reunirem esforços para a consecução dos objetos contratados e, por via de consequência, ser atingido o objeto principal do pacto: oferecer à população o produto ou serviço que fora contratado, dentro do prazo, com os valores previstos e a qualidade esperada.

Não por acaso, evidenciou-se, durante as análises dos certames, a evolução dos métodos de resolução de eventuais conflitos que podem surgir ao longo das contratações – com maneiras mais dinâmicas de soluções, a serem empregadas pelas partes, e menos litigiosas (e, como consequência, potencialmente, menos morosas e custosas).

Isso não significa que não houvesse, antes da Lei Federal n. 13.303/2016, preocupação acerca da adequada consecução do objeto contratado, bem como das discussões envolvendo conflitos entre as partes – pelo contrário, já havia o interesse de que o objeto fosse adequadamente cumprido e entregue ao uso dos destinatários finais.

Todavia, a lei de 2016 trouxe de maneira mais enfática e de forma absolutamente evidente a necessidade de observação desses pontos de resolução mais dinamizados; afastando acertos informais, desvios, permutas de vontades, troca de favores há muito não aceitos, entretanto, na atualidade, ainda menos tolerados.

Mesmo antes do advento da Lei Federal n. 13.303/2016, contratos regidos de acordo com o permissivo do art. 65, III letra “d”, da Lei Federal n. 8.666/1993, já previam a possibilidade das partes envolvidas tentarem restabelecer o equilíbrio dos elementos atinentes à avença – como, por exemplo, a equação econômico-financeira. Isso pode ser demonstrado através da análise do certame n. 41377213, apresentado no item 5.1 da presente seção.

Além disso, normas de organismos internacionais financiadores podiam, em determinados casos ser aplicadas e, continham especificidades em relação à regra geral preconizada pela Lei Federal n. 8.666/1993. Isso pode ser observado por ocasião da análise do certame 41299294, abordado no item 5.2 acima.

Entretanto, analisando-se os certames posteriores, percebe-se que a lei federal de 2016 franqueou a possibilidade de resoluções mais dinâmica e menos litigiosas entre as partes, de maneira estratificada – não restrita, por exemplo, a certames com regras específicas de entes internacionais financiadores.

Ademais, pode ser observada importante alteração entre o papel impositivo da Administração Indireta contratante no que diz respeito às exigências unilaterais que podia fazer à contratada. Expressões exorbitantes, tais como “a qualquer tempo”, ligadas à exigência, à imperatividade e à unilateralidade, quando fosse reputado pela contratante conveniente – conforme demonstrados nos contratos prévios à Lei Federal n. 13.303/2016 –, perderam força, uma vez que os contratos posteriores à edição da referida lei, procuram trazer um caráter mais parcimonioso entre os envolvidos, também com o fito de potencial redução de conflitos, que podiam ser catalisados pelo pungente desequilíbrio outrora existente entre as partes.

A documentação analisada no item 5.3, da seção atual – também permeada por normas especiais do banco financiador estrangeiro –, ajuda a exemplificar, entre outros elementos, através do possível estabelecimento conjunto de índice de reajuste em hipótese específica, o prenúncio do espírito da consensualidade, a qual foi tempos depois positivada no ordenamento pátrio, através da Lei Federal n.13.303/2016, em relação às contratações das estatais.

Essa Lei, cuja aplicação foi exemplificada através dos três últimos certames analisados, ajuda a demonstrar a intenção de aproximação das empresas estatais às empresas do mundo exclusivamente privado – através, por exemplo, da aplicação de mecanismos mais facilitados de contratação. Como exemplo tem-se a desclassificação de propostas apenas nas hipóteses que contenham vícios insanáveis, conforme disposto no artigo 56, II, da lei em comento – elementos observados nas contratações posteriores à edição da Lei Federal n. 13.303/2016 e de instrumentos pungentes de governança corporativa.

A matriz de riscos, pertinente ao item 5.4 da seção, referente ao certame 10004721, representa grande evolução na restrição dos riscos das contratações das estatais e, por via de consequência, contribui para a redução do potencial número de discussões e litígios – que possuem grande chance de retardar a execução do contrato.

Ponto bastante sentido através das análises diz respeito ao maior equilíbrio que as posições assumidas pelas partes nos contratos passaram a ter, após a edição da referida lei de 2016. Exemplo claro do panorama sublinhado encontra-se na apresentada contraposição entre o artigo 65, da Lei Federal n. 8.666/ 93 e, o artigo 81, da Lei Federal n. 13.303/2016: antes, o contratado estava (com determinados limites) “obrigado” a aceitar majorações e supressões; atualmente, a aceitação é facultativa.

Ainda, através das análises dos documentos contemporâneos à vigência da Lei Federal n. 13.303/2016 verifica-se a força imposta pelo legislador sobre os atos que devem coibir condutas fraudulentas, manipuladoras e dissonantes, quanto às práticas cooperativas que devem ser prestigiadas entre as partes envolvidas nos negócios com as empresas estatais – panorama que pode ser observado, por exemplo, através da documentação trazida à baila no item 5.5 da atual seção, que analisou o certame n. 10002680.

Percebe-se, também, a preocupação acerca das mitigações e possíveis minimizações de impactos decorrentes das obras a serem empreendidas como consequência das celebrações dos contratos. Ou seja, identifica-se que os objetivos a serem perseguidos não dizem respeito, de maneira exclusiva, ao lucro e/ ou potenciais resultados financeiros que os contratos podem gerar.

Pontuou-se e reafirma-se que empresas estatais prestadoras de serviços públicos têm funções que extrapolam as percepções financeiras e econômicas. O objeto do certame n. 10014557, analisado no item 5.6, da presente seção, exemplifica um serviço que não busca lucro, mas a melhoria na segurança e nos serviços prestados aos usuários.

Os certames analisados possuem muitas atividades complexas e custosas – que muitas vezes não podem ser desempenhadas ordinariamente por empresas existentes no mercado. O objetivo maior deve consistir no oferecimento de serviços e produtos de qualidade à coletividade, não significando, contudo, que resultados e custos financeiros devam ser

desconsiderados, pelo contrário: um dos grandes desafios atuais é conciliar, de maneira equilibrada, a prestação adequada, com qualidade, e crescente de serviços públicos à extensa e numerosa quantidade de usuários, auxiliada pela maior racionalização e otimização dos recursos financeiros e materiais possíveis.

6- CONCLUSÃO

O mundo está em processo de constante mudança. Quem imaginaria que o planeta fosse praticamente parar a partir do ano de 2020 em virtude de uma pandemia? E o que isso teria a ver com a presente tese? A resposta, apesar de em um primeiro momento poder soar estranha, é: muito tem a ver.

O cenário imposto pela situação pandêmica escancarou o fato que os fios que permeiam a humanidade – em suas diversas facetas – apresentam-se entremeados. O Brasil não está fora de uma realidade massivamente globalizada, e as empresas estatais não estão mergulhadas em uma bolha de estabilidade e conforto.

Como a premissa maior proposta anteriormente nesta tese corresponde à Lei n. 13.303/2016 e a premissa menor, ao universo das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, especialmente as do setor metroviário e mais especificamente a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/ SP, depois das comparações e análises realizadas, chega-se à conclusão que o silogismo proposto se revelou verdadeiro.

Isto porque, após a realização dos estudos e da estruturação da presente tese, sedimenta-se o entendimento relativo à necessidade de ajustes e transformações em parcelas das atividades desenvolvidas e desempenhadas pelas empresas estatais, sendo o desafio ainda maior para aquelas que são prestadoras de serviços públicos, eis que possuem a enorme tarefa de compor a equação do crescimento do serviços – em patamar de qualidade aceitável e quiçá crescente – com a racionalização dos investimentos e dispêndios financeiros.

A busca pela aproximação das empresas estatais às demais empresas do mercado tem, dentre seus objetivos, aprender e apreender lições de governança, transparência e instrumentos de produtividade – consistindo, sob um dos aspectos, a Lei Federal n. 13.303/ 2016 em instrumento de maior estreitamento entre o abismo existente entre aqueles que exaltam as estatais e aqueles que pugnam pela majoração das privatizações das suas atividades, que passaram a possuir roupagem mais típica do mundo privado.

A esteira de maior rapidez nas contratações, e maior agilidade nas negociações, bem como potenciais retornos superiores e explorações de

lacunas muitas vezes ociosas dão as tônicas das significativas mudanças que as empresas estatais devem e estão enfrentando.

Após exposição do regime jurídico das estatais brasileiras, passando como método comparativo por regimes estrangeiros latinos americanos – mesmo que de maneira breve, eis que não era o foco principal da pesquisa-, permite concluir pela importância que possuem as empresas estatais, especialmente as prestadoras de serviços públicos, nos países em que desempenham suas atividades, sobretudo, em realidades com tantas desigualdades sociais e econômicas, como nos países da América Latina.

Ao longo deste trabalho, ao serem realizados o estudo e a análise acerca da Lei Federal n. 13.303/2016, embora existam críticas ao seu contexto de surgimento e conteúdo, identificou-se a introdução de instrumentos que permitem conferir maior agilidade às empresas estatais e suas pertinentes contratações, dentre os quais destacam-se: a ampliação dos parâmetros de retidão e ética, em compasso com as respectivas políticas internas atinentes à integridade das condutas e atos; o foco na proposta que apresenta maior vantagem e, neste aspecto, a possibilidade de propostas interessantes não serem descartadas em virtude de elementos que podem ser sanados; e, uma maior aproximação entre as partes envolvidas nos negócios, através do estabelecimento de maior equilíbrio entre as suas vontades.

Há uma grande aproximação, quanto a este último aspecto, no que tange as normas que regem o mundo eminentemente privado, conferindo-se maior segurança aos participantes envolvidos nas contratações atinentes às empresas estatais - que antes da vigência da aludida lei de 2016 podiam invocar com larga amplitude a aplicação de cláusulas exorbitantes.

Em seguida, demonstrou-se o demasiado peso dos investimentos requeridos por obras de infraestrutura – especialmente no setor metroviário -, com expressivos gastos públicos para a realização das tarefas. Conclui-se pela importância da atuação do Estado, em vista dos vultosos investimentos necessários para a realização das obras.

Contudo, conclui-se, também, que a atuação estatal contemporânea não se dá mais de maneira solitária, ou seja, há a crescente importância relativa ao estabelecimento de parcerias e fontes alternativas de financiamento – como se observa através das atuações de financiamento de bancos internacionais,

enquanto forma de atenuação dos consideráveis pesos que os investimentos públicos possuem.

Mas, o Estado não deixa de exercer importante papel nos investimentos relativos às obras de infraestrutura, tendo em vista que identifica e promove os locais em que ocorrerão as alocações dos recursos públicos e/ ou das buscas para aplicações de investimentos, não devendo o aludido exercício consistir no uso político das empresas estatais.

As análises de certames – prévios e posteriores à edição da Lei Federal n. 13.303/2016 – realizadas na parte final da tese, permitiram chegar-se à conclusão de que houve, através da referida lei de 2016, maior equilíbrio entre as partes envolvidas nos negócios, bem como tentativa de maior aproximação entre os mundos das empresas estatais e demais empresas no mercado, visto que uma das tônicas trazidas pelo texto legislativo apreciado acima consiste no aumento das competências discricionárias, em maiores margens de escolha e de negociação e no afastamento de prerrogativas exorbitantes que anteriormente marcavam os contratos das empresas estatais.

Ainda, em vista do relativamente recente período de vigência da lei das estatais (desde julho de 2016) e o mais recente prazo (desde julho de 2018, conforme artigo 91 da lei em comento) para a confecção dos regulamentos internos e demais adaptações das empresas estatais, não existe grande número de exemplos de contratações que poderiam ser esmiuçados – tendo sido feito um recorte de certames com objetos extremamente singulares, a partir dos quais foi possível inferir que muito há por vir acerca da contínua aplicação do texto legislativo objeto de análise da presente tese.

A Lei Federal n. 13.303/2016 representa relevante avanço às ações das empresas estatais – estabeleceu modificações importantes nas negociações, nas escolhas das propostas, nas contratações e na gerência do negócio em si – através de práticas mais aprofundadas de governança, bem como maior controle de recursos, de projetos, de investimentos, e de gastos, com foco na saúde e na sustentabilidade da permanência do próprio negócio. Para tanto, ajustes – muitas vezes duros – devem ser feitos. Duas recorrentes palavras foram acentuadas pelo cenário pandêmico vivido recentemente. São elas: adaptação e reinvenção.

Conclui-se, por fim, que as estatais devem rigorosamente buscar suas adaptações e reinvenções, em um mundo extremamente competitivo, conectado e com incessante sede por produtos e serviços – dentro do possível – menos custosos, mais rápidos e com maior qualidade. As estatais representam papel essencial, como promotoras e auxiliares do Estado, na catalisação e capilaridade dos suprimentos de lacunas deficientes e profundas, que marcam os anseios de sociedades tão desiguais, como a brasileira. O desafio é não perseguir cegamente números e resultados – que, contudo, não podem ser desconsiderados, mas precisam ser equalizados, observando o papel social e essencial que as empresas estatais, especialmente as prestadoras de serviços públicos, desempenham na vida de populações, sobretudo as mais necessitadas.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo – I soggetti Attivi e L’esplicazione della Funzione Amministrativa**. Vol. I, 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1978.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BLANCO, Alejandro Vergara. Panorama General del Derecho Administrativo chileno. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995 in **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica de Cláudio de Cicco, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., 10ª ed., Brasília: UnB, 1997.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

CASSAGNE, Juan Carlos. El Derecho Administrativo Argentino. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

CON DE ALBUQUERQUE, Roberto. Legal Responses to the Fiscal Crisis in Brazil. **Saint Louis Warsaw Transatlantic Law Journal**, Saint Louis, EUA.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COUTINHO, Diogo, ROCHA, Jean-Paul Veiga da e SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Atual**. São Paulo: Método, 2015.

CRETELLA JR., José. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DA SILVA, Danilo Tavares. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

DA SILVA, Maria das Graças Bigal Barbosa; DA SILVA, Ana Maria Viegas. **Estudos sobre a Lei Federal n. 13.303/2016** [livro eletrônico]. Brasília: Editora Kiron, 2019.

DE ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

_____. **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direito Administrativo na década de 90** (Estudos em homenagem a José Cretella Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1. 365p.

_____. **Do ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. v. 1. 301p.

_____. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 1. 223p.

_____. **Contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. 163p.

_____. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 1. 194p.

DE OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel. **Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003.

DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Em busca de uma administração pública de resultados. In: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza (Org.). **Controle da administração pública**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.39-61.

_____. Empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia. In: Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato (Org.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico** - CEDAU do ano de 2011. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.157-186.

DELPIAZZO, Carlos E. Panorama General del Derecho Administrativo Uruguayo. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUTRA, Deo Campos. Métodos (s) em Direito Comparado [Method(s) in Comparative Law]. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set/ dez, 2016.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed., 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Gênese, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. 1.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Panorama General del Derecho Administrativo em Colombia (2011). In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo III, Buenos Aires: F.D.A., 1999.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. O compliance nas empresas estatais: combate à corrupção e o papel do administrador à luz da Lei nº 13.303/2016. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 141-160, maio/ago. 2016.

HIRANO E SILVA, Patrícia De Aguiar. **Um Olhar Sobre A Lógica Jurídica De Chaïm Perelman**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7498903b9c4f0c4b> (acesso feito em: 9/5/2020, às 13h 17 min).

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. In: **Revista do Advogado da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo**, nº 107, Ano XXIX, dez./2009.

_____. As empresas privadas com participação estatal minoritária. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 2, p. 271-284, 2013.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 1. 1277p.

_____. **Curso de direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

_____. Empresas estatais e a superação da dicotomia 'prestação de serviço público/ exploração de atividade econômica'. In: Marcelo Figueiredo; Valmir Pontes Filho. (Org.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 1, p. 403-423.

_____. Empresas privadas com participação estatal minoritária. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 933, p. 333-350, 2013.

_____. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre o 'serviço público' e a 'atividade econômica'. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 21, p. 507-523, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLIASS, Paulo. O debate sobre a atuação empresarial estatal no país: principais argumentos. In: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8619> (acesso feito em 13/5/2019, às 14h e 40 min.).

LANATTA, Carlos E. Paredes. **La tragédia de las empresas sin dueño. El caso Petropéu** [livro eletrônico]. Huancayo: Fondo Editorial, 2020.

LEITE, Sandro Granjeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto jurídico brasileiro in: **Revista do Tribunal de Contas da União** (maio/ agosto 2017).

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública**. TOMO II. 11ª ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2010.

MARRARA, Thiago. **Método comparativo e direito administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 87-98, jul./set. 2014.

_____; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Intervenção direta do Estado na economia por participações minoritárias: formas, requisitos e razoabilidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 181-203, abr./jun. 2016

MARTINS JR., Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MASHAW, Jerry et al. **Administrative Law. The American Public Law System. Cases and Materials**, 7th ed. West Academia Publishing, 2014.

MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Direito Administrativo Moderno**, 20ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36 ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed., atual. por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros Ed., 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007.

De MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

MUKAI, Toshio. **O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

NAPOLITANO, Giulio. **Pubblico e Privato nel Diritto Amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

NÉBIAS, Diogo; WARDE JR., Walfrido Jorge. Breves notas sobre o project finance como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

NICTOLIS, Rosanna de; CAMERIERO, Luigi. **Le Società Pubbliche in house e miste**. Milano: Giuffrè, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos gerais de concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 2011.

_____; OCTAVIANI, Alessandro. **Estatais** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ORDIÑEZ, Jorge Eliás Danós. Panorama General del Derecho Administrativo em Perú. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 69-85, abr. 1998.

_____. Observações sobre improbidade dos agentes públicos à luz da Lei 8.429-92. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 740, p. 96-115, jun. 1997.

_____. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 766, p. 88-99, ago. 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____; ROSA, Márcio Elias; FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996.

PEDREIRA, Ana Maria. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO – Prevenção, Prevenção e Controle como meios de evitar a ocorrência do dano. 2013. 254f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PEREZ, Marco Augusto; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Controle da administração pública. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica E Dilemas Societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O interesse público na sociedade de economia mista brasileira: aproximação com a benefit Corporation do direito norte-americano. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.279, n.1, p.79-110, jan/abr, 2020.

PLECNIK, John Thomas. Abolish the Inflation Tax on the Poor & Middle Class. **Quinnipiac Law Review**, Vol. 29, 2011; **Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 11-234**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1956692> (acesso feito em: 24/11/2019, às 19h e 42 min.).

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

PRATES, Daniela M.; CUNHA, André M.; Lélis Marcos T. C. **A gestão do regime de câmbio flutuante no Brasil**. Disponível em ANPEC:

<http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807211144430-.pdf> (acesso feito em 16/09/2020, às 15h e 10 min).

PRESTON, Diane. Article: Project: Privatization: The Global Scale-Back of Government Involvement in National Economies. In: **Administrative Law Review**. Vol. 48, No. 4, (Fall 1996), Published by: American Bar Association. <https://www.jstor.org/stable/40709849> (acesso feito em: 20/11/2019, às 15h e 23 min.).

RODRIGUES, Nuno Cunha. **Golden Share: as empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ROLIM, Antônio. A Administração Indireta, as Concessionárias e Permissionárias em Juízo. Características das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e dos particulares em colaboração com o Estado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

RUIZ, Jorge Fernández. Panorama General del Derecho Administrativo Mexicano. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. (Coord.) **Derecho Administrativo en Iberoamérica**, 2ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Controle público de projetos de infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto/ VALIM, Rafael. (Coord.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

SHIRLEY, Mary M.;Walsho, Patrick. **Public versus Private Ownership: The Current State of the Debate**. Working paper, 2000.

SOARES, Fabiana de Menezes. Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº 136, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella (Coord.). **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STUBER, Walter Douglas. **Os Contratos em Moeda Estrangeira ou Indexados à Variação Cambial**, 2002. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/503/os-contratos-em-moeda-estrangeira-ou-indexados-a-variacao-cambial> (acesso feito em: 24/04/2020, às 10h e 36 min.).

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed., 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Princípio da Publicidade Administrativa in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 199. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar, 1995. p. 97-110.

_____; SOUZA, Rodrigo Pagani de.; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.102-129.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (orgs.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

TROSA, Sylvie. **Gestão pública por resultados: quando o Estado se compromete**. Rio de Janeiro: Revan; Brasília, DF: Enap, 2001.

VERNAVA, Anthony M. Article: **Financial Liberalization in an Emerging Market: Peru's Financial Reforms and the Lima Stock Exchange – with focus on Concentration, Emerging Market Institutional Investors and Peruvian Financial Conglomerates**. Vol. VI, No. 2 (1999). Published by: **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sjlta6&div=4&id=&page> (acesso feito em: 12/12/2019, às 12h e 12 min.).

WALD, Arnaldo. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, nº 117, jan/mar, 1993.

ZANETTI, Cristiano de Souza.. O risco contratual. In: Teresa Ancona Lopez; Patrícia Faga Iglecias Lemos; Otavio Luiz Rodrigues Junior. (Org.). **Sociedade**

de risco e Direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. 1ed.São Paulo: Atlas, 2013.

ZANOBINI, Guido. **Corso de diritto amministrativo.** Milán: Giuffrè Editore, 1958. v.1.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.

8 – REFERÊNCIAS GERAIS

BOLSA ELETRÔNICA DE COMPAS DO ESTADO DE SÃO PAULO:

<https://www.bec.sp.gov.br>

BRITISH BROADCASTING CORPORATION (BBC):

<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50386894> (acesso feito em 13/3/2020, às 20h e 54 min).

COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO (METRÔ/SP):

<http://www.metro.sp.gov.br/negocios/pdf/REGULAMENTO%20DE%20LICITA%C3%87%C3%95ES%20CONTRATOS%20E%20DEMAIS%20AJUSTES%20D A%20CIA%20DO%20METR%C3%94%20-%20REV.2%20->

[20para%20publica%C3%A7%C3%A3o.p](http://www.metro.sp.gov.br/negocios/pdf/REGULAMENTO%20DE%20LICITA%C3%87%C3%95ES%20CONTRATOS%20E%20DEMAIS%20AJUSTES%20D A%20CIA%20DO%20METR%C3%94%20-%20REV.2%20-20para%20publica%C3%A7%C3%A3o.p) (acesso feito em: 16/7/2020, às 12h e 18 min.).

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Empresas estatais e desenvolvimento: considerações sobre a atual política de desestatização**. Nota Técnica 189. São Paulo, 2018.

DEUTSCHE WELLE (DW): <https://www.dw.com/pt-br/1863-londres-inaugura-o-primeiro-metr%C3%B4-do-mundo/a-297312> (acesso feito em 29/8/2020, às 17h e 59 min.).

JUSTEN, PEREIRA, OLIVEIRA E TALAMINI ADVOGADOS:

https://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf (acesso feito em 16/4/2020, às 8h e 45min).

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO:

[http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-](http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico)

[estatais/coordenacao/historico](http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico) (acesso feito em: 30/4/2019, às 14h e 20 min.).

PETROPERU: <https://www.petroperu.com.pe/acerca-de-petroperu-s-a-/historia/>

(acesso feito em 13/10/20, às 15 h e 22 min).

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL:

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (TCE/SP):

www.tce.sp.gov.br

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU):

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1502%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse (acesso feito em 15/4/2020, às 21h e 23 min).

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/3282%252F2011/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=23f9df70-a290-11ea-89e8-7307e59cd0bc> (acesso feito em: 12/02/2020, às 18h e 21 min.)

UNIVERSO ON LINE (UOL):

<https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2020/04/24/fechamento-bolsa-dolar.htm> (acesso feito em 30/4/2020, às 21h e 46 min.).

9- APÊNDICE: VERSÃO DA TESE EM INGLÊS

TABLE OF CONTENTS

1 – INTRODUCTION.....	168
2 – LEGAL REGIME OF STATE-OWNED COMPANIES.....	175
2.1 STATE-OWNED COMPANIES – EVOLUTION.....	175
2.2 – DOCTRINARY CONSIDERATIONS ON STATE-OWNED COMPANIES.....	180
2.3 – STATE-OWNED COMPANIES AND PUBLIC SERVICES IN LATIN AMERICAN LAW.....	186
2.3.1 Argentina.....	187
2.3.2 Bolivia.....	188
2.3.3 Chile.....	189
2.3.4 Colombia.....	190
2.3.5 Mexico.....	191
2.3.6 Peru.....	191
2.3.7 Uruguay.....	193
2.4 – COMPARISON BETWEEN PUBLIC SERVICE PROVIDERS AND OTHER ENTERPRISES OF THE MARKET.....	193
3 APPLICABILITY AND INNOVATION – FEDERAL LAW No. 13.303/2016.....	198
3.1 – THE NEW LIMITS BROUGHT BY LAW No. 13.303/2016.....	214
3.2 – THE RISK MATRIX OF STATE-OWNED COMPANIES’ CONTRACTS.....	217
3.3 – EXEMPTION FROM BIDDING AND CONTRACTING: FEDERAL LAW No. 13.303/2016.....	223
4 – THE WEIGHT OF PUBLIC INVESTMENT AND EXPENDITURE.....	227

4.1 – MECHANISMS OF MITIGATION OF PUBLIC EXPENDITURE.....	230
5 – UNBALANCE IN CONTRACTUAL VALUES AND ITS CONSEQUENCES – CASES IN SÃO PAULO SUBWAY COMPANY.....	248
5.1 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID NO. 41377213.....	250
5.2 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID NO. 41299294.....	257
5.3 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID NO. 41880213.....	264
5.4 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID NO. 10004721.....	267
5.5 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID 10002680.....	281
5.6 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID 10014557.....	288
5.7 – FINAL CONSIDERATIONS ABOUT THE CONTRACTS ANALYZED.....	291
6. CONCLUSION.....	295
7. TRANSLATION OF THE ANNEX INTO ENGLISH: COMPLEMENTARY DOCUMENT TO THE ANALYSIS OF THE INVITATION TO BID FOR BIDDING CONTRACT NO. 10004721 OF COMPANHIA DO METRÔ DE SÃO PAULO.....	309

1- INTRODUCTION

Federal Law No. 13.202/2016, also called “law of state-owned companies,” published on June 30th, 2016, brought important innovations that altered the contracts carried out by state-owned companies. In this dissertation the focus will be on the companies that provide public services, without disregarding the importance of companies that explore economic activities..

This choice, which privileges the study of service companies, was made because it is understood that some services can only be provided with the participation of Public Administration, either directly or indirectly. .

In spite of the restriction placed by Justen Filho (2018, p. 191) concerning the understanding that Federal Law No. 13.303/2016 would not be applicable to non-commercial state societies, invested with the providing of public services, without profit intention – which could enjoy benefits in comparison with other private enterprises, such as the court orders system -, it is important to highlight that various state-owned companies that provide public services do not enjoy benefits and are submitted to the law of state-owned companies and, thus, represent the focus of the present work.

As a working hypothesis, what will be discussed here is the role of Federal Law No. 13.303/2016 and its impact on the functioning of state-owned-companies. The question that we hope to answer is whether these companies benefited – or can still benefit – from the alterations proposed by this legal text.

For this aim, we also hope to survey the advances and possibilities for development that are open to state-owned companies that provide public services which are under the aegis of Federal Law No. 13.303/2016, and which do not benefit from the system of Public Law nor enjoy privileges that do not exist in other enterprises of the market either.

Considering that a dissertation is a scientific research text, that is, a work which searches to examine a certain question by means of a certain scientific procedure, we sought support in a methodology that is adequate to the description of a phenomenon – in this case, the performance of state-owned companies that provide public services -, through a rational stance which will allow us to examine the phenomena – in this case, the contracting by the state-

owned companies of, for example, enterprises responsible for services such as maintenance and construction.

Thus, analysing examples of bids and contracts, both on a national and an international scale, we hope to find models or to verify certain facts that may serve as examples for the problems common to those companies and, consequently, for the search for solutions.

Taking into account that the issue of scientific knowledge can be based, initially, on the researcher's professional experience, we clarify that it was exactly this professional experience that inspired this work and made it possible to realize the real usefulness of the questions to be analysed.

In the development of his professional activity as a public lawyer, in a big state-owned company, which provides public services, the researcher tried to bring together the subjects studied and researched with the challenges and aspirations dealt with in the performance of his practical work activities in order to better criticize the information obtained – this scenario also helps to explain the reason for a deeper investigation of the theme now under scrutiny.

Professional experience helps one to perceive the challenges and problems to be faced when editing a new legislative text, which caused significant changes in the contracting rules, then in force in the country since the enactment of Federal Law No. 8.666/1993. The need to understand the limits of the legislative text has also prompted the present dissertation.

Daily practice also motivates the research and confronts one with technical difficulties and questionings concerning bidding and contracting, which have undergone divergent interpretations, for example, by the State Court of Accounts– one can cite the attempt at application of Federal Law No. 8.666/93 even after the publication of Federal Law No. 13.303/2016 to issues regulated by the latter, as well as, in some cases, the application of interpretations delivered by the Federal Court of Accounts to the State sphere, which possesses, in many instances, specific regulations.

The challenge offered by the distancing – more conspicuous prior to the application of the Federal Law of 2016 under scrutiny – between state-owned companies and all the other enterprises of the market could be noticed through the characteristics in the contracting involving state-owned companies.

Many times the dynamics required by business could not be satisfactorily verified – not necessarily through ineptitude or negligence, but by virtue of the restraints and the slowness of the bureaucratic procedures that had to be observed and pursued. .

We will try to demonstrate that Federal Law No. 13.303/2016 represents an attempt at advancement; it is an instrument that aims at allowing for greater equality between the parties contracting, greater agility, lesser obstacles and more satisfactory and speedier results for the contracting by state-owned companies.

It is interesting to highlight that, although there are restrictions on the law of state-owned companies and on its legislative process, Federal Law No. 13.303/2016 approximates the defenders of state-owned companies – aware of the need to dynamize the business of public enterprises and private and public companies/government controlled companies – and those who hold that the increase in the privatization of state activities – the legislative text under scrutiny brings elements from the private entrepreneurial world to the contracting and context of state-owned companies.

Nevertheless, even with the advent of the already mentioned legislative text, the contracting in state-owned companies – although following a new model, in some aspects – continue to cause disputes, both in the judicial and the extra-judicial spheres; for example, one of the contracting objects analyzed in section 5, part 5.5 of the present dissertation – involving platform doors – remains until the moment of the writing of the present work, uninstalled in many subway stations in the city of São Paulo, because, on the occasion of the present research, the execution of the correspondent contract was paralysed in consequence of a judicial decision. .

But, to make an objective observation, this experience and the researcher's intuition needed to be developed in the light of a methodology that would permit a confrontation of the doubts with reality and allow the researcher to find an answer that could be considered pertinent.

The researcher decided, thus, to conduct a qualitative research since this approach allows one to depart from a concrete situation, a particular phenomenon, that one seeks to understand. Besides, it was noticed, after the

beginning of the gathering of data and the selection of examples of the case in question, that it would be useful to seek support for the research in Comparative Law, which allows for the identification of similarities between different legal systems and of respective singularities, as will be seen in the work.

To make the phenomenon under study meaningful, the researcher looked for examples in documents and also in bibliographical, legal and jurisprudential research. All the examples will undergo an in-depth analysis that deals with state-owned companies, according to the following description.

Federal Law No. 8.666/1993, which thus far ruled a great part of the contracting of state-owned companies in Brazil – emphasizing that, at the end of 2020, Bill No. 4.253/2020¹⁷¹ for the alteration of the 1990s law and revocation after two years of its final official publication, thus far waiting for sanction or veto by the President of the Republic -, was enacted almost three decades ago, in a situation quite distinct from the present one, created in a world evidently different not only concerning Public Administration.

The need for modernization through a new interpretation – based on contemporaneity and on a greater speed required for contracting and the disputes involving state-owned companies – motivated the edition of Federal Law No. 13.303/2016: it brings more attenuated bidding rules, more agile modalities, more uncomplicated contracting – one may cite, only as brief examples, the adoption of a private modeling of contracting and the possibility of alteration of the basic project in some hypotheses -, which represent part of what will be treated and discussed in the present dissertation, justifying and examining how and which benefits the legal text under appreciation brought and can still bring to the state-owned companies and their contracting.

Among the state-owned companies that provide public services under the ruling of Federal Law No. 13.303/2016, one can mention, as examples, the companies of the State of São Paulo known as Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/SP (the Subway Company of São Paulo), Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM (the Metropolitan Train Company of São Paulo) and Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp (Basic Sanitation Company of São Paulo). In order to expound the thesis to be

¹⁷¹ Afterly approved, with parcial vetoes, as Federal Law No. 14.133/2021, on April first of 2021.

defended, the decision was to analyze, especially, some practical examples from the functioning of the Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/SP.

The work development begins, thus, in section 2, with the exposition of the legal regime of state-owned companies, highlighting those that provide public services, which will later be confronted with other market enterprises, establishing the identification of similarities and differences.

Complementarily, in that section, for a better clarification of the issue, it was found pertinent to expound the reflections concerning both national and foreign state-owned companies, comparing them with the objective of showing the importance of the subject in the various legal systems that present many similarities to the Brazilian one.

In section 3, aiming at demonstrating the importance of Federal Law No. 13.303/2016, this legal text is dealt with in greater depth, in the aspects related to its applicability to state-owned companies that provide public services. This choice excludes, for instance, the detailing of contracts that seek, primarily, the generation of income for the companies.

On the other hand, great emphasis is given to the risk matrix, whose modeling has its origin in private law and was, with some adjustments, applied to state-owned companies through the law under appreciation. The new parameters brought by Federal Law No. 13.303/2016 also possess great value for the analysis since they contribute greatly for the reflections on the alterations intended by the law and for the courses to be followed and applied by state-owned companies.

In section 4, it was found pertinent to understand the magnitude of the huge expenses necessary for the achievement of construction works and public services, which can be developed and rendered by some state-owned companies, in the face of the present recession that imposes expense restraint and rationalization of investments and activities, Federal Law No. 13.303/2016 revealing itself in accordance with the downsizing situation.

In section 5, one can observe the potential imbalances of values that are involved in state-owned companies' contracting. One of the interesting aspects to be thought about, mainly in face of this restrictive scenario, consists in the presentation of elements that allow for the softening and/or adaptation to the business world – every time more competitive – and which pressed the

approximation of state-owned companies to the other market enterprises, as a way of obtaining more chances of succeeding and conquering balance positions among the actors involved in the corresponding negotiations.

Among the great challenges, one stands out – the demonstration that the companies that render public services should not seek only profit and/or significant economic and financial results – as will be analyzed in the course of the research, beginning in section 2 - , since the role of these companies, originally in accordance with their respective creations, consists in the providing of services, basic in their majority, to a population mostly economically needy and whose members live or work in the places where the companies perform their activities.

In section 5 some contests are also analyzed, with singular and interesting objects, conducted by the state-owned company that provides public services Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/SP (the Subway Company of the State of São Paulo), some prior – thus, under the aegis of Federal Law No. 8.666/1993 – and others subsequent to the effectiveness of Federal Law No. 13.303/2016. With this, it is possible to identify the evolution of certain elements in consonance with what is recommended by the normative text alluded to.

This observation also aids the perception of how possible variations, involving contract values, may affect the execution of the contracted object and, consequently, the rendering of the service itself – passing briefly by the issues connected to the company that provides the service and also to the needs of the users of the services, presenting some considerations about the analyses made.

Finally, in section 6, final considerations will be presented, which, without intending to be exclusive or definitive, only by way of conclusion, expose some reflections that are fruit of studies, analyses and critical thoughts about the subject, departing from which we hope to encourage the discussion and deepen the question.

As an appendix, as a complement and a support to the dissertation, its version in the English language will be presented – in a free translation, with the sole objective of serving as an instrument that might contribute to the internationalization of the Law School of the University of São Paulo. As annex,

there is a worksheet containing the risk matrix of one of the contests analyzed in section 5 of the present dissertation.

For instance, all the translations from Portuguese and Spanish languages references were made under the responsibility of the author of the present research .

Finally, in order to find the bibliographical and general references, the version in Portuguese language should be consulted as of pages 153 and 164, respectively.

2 – LEGAL REGIME OF STATE-OWNED COMPANIES

Aiming at boosting commercial and service provision activities, as well as increasing competitiveness and the rhythm of the responses to be given by the services and products offered by the State, the understanding of the panorama of the different legal frameworks to be studied enables the learning of new tasks and conducts, allowing for the stressing of the role performed by state-owned companies and confirming the strategic importance of their actions.

It is, therefore, relevant to understand the legal regime of state-owned companies, their characteristics and what similar and distinctive traits they possess with the other companies of the market.

2.1 – STATE-OWNED COMPANIES – EVOLUTION

In the Constitution of the Federative Republic of Brazil, of 1988, state-owned companies, through public enterprises and government controlled companies possess provision anchored in Title III (The Organization of the State), Chapter I (The Political and Administrative Organization).

The constitutional text envisioned greater control in the constituent units of the Indirect Governmental Administration, as well as a greater number of requirements to which are added more rigid controls that function as mechanisms that lead to the observance of the principles contained in constitutional article 37. It became the case, for instance, of requiring public service exams for the occupancy of positions in Indirect Administration companies, meeting the principles of impersonality and morality.

The following text, taken from an exposition presented by De Aragão (2017, p. 405) helps to explain the reason for the need for the supervision of the actions of state-owned companies:

As state-owned companies are entities that are part of the Indirect Public Administration of the federative entity which created them, they must comply with the purposes that are part of the scope of competences of those entities. They are a decentralized form of exercising competences that are, originally, of the federative entity that instituted them (emphasis ours).

The 1988 Constitution envisioned a relevant participation of the State in various branches of action. However, many legislative instruments, such as

Constitutional Amendment No. 19/1998, distorted the constitutional legislator's intention and tried to make increasingly possible private interference in areas hitherto traditionally occupied by the State, including through breach of monopoly as, for example, in the field of telecommunication, which had, as a consequence, the disfiguring of the old Telebrás system (telephony system).

Not all sectors, according to a comment made by Leite (2017, p. 109), were transferred to private action, since they possess public shapes and needs that would not be within reach of the private sector. This leads up to the attempt, stronger and stronger, to approximate state-owned companies, either government controlled companies or public companies, to the private enterprise regime. Not incidentally, there was, in this connection, years later, the recent enactment of Law No. 13.303/2016 (called Law of State-Owned Companies).

Coinciding with the beginning of the 1990s, the conducts recommended by the Washington Consensus, which emphasized liberalism, gained strength in the national scenario. As an example, one can mention the National Plan of Destabilization – launched in 1990 by the government of the then President of the Republic Fernando Collor de Mello - , whose objective consisted in promoting the privatization of various state-owned companies.

As Kliass affirms (2018, p. 29), the idea of little state intervention and participation in the economy sought, equally, a distancing from the rejected image of the military regime, a period when the State played a significant role in the economy, even through state-owned companies. Besides, the thought was emphasized that the reputed efficiency of the private sector was considerably superior to the public one. The same author also stresses:

The monitoring of the evolution of the presence of state-owned companies in the Brazilian economy offers an apparently contradictory framework. In quite distinct periods of the country's history, this type of instrument of state intervention was used in a recurring form. Such strategy was adopted not only in Brazil and by governments that might even be qualified as opposite among themselves. In spite of such differences in their respective origins, almost all of them made use of the constitution of companies of a public nature until the 1990s, aiming at implementing their governmental projects. The picture changes significantly as of the consolidation of the hegemony of the ideology proposed by the neoliberal wave. (Kliass 2018, p. 30-31)

In the path shown by the above mentioned author, there was also, in the first half of the 1990s, in 1993, the privatization of Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) – National Iron and Steel Company – and, in 1994, the

privatization of Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer) – Brazilian Aeronautical Enterprise. In the second half of the same decade, the government of then President Fernando Henrique Cardoso continued with the National Plan of Privatization begun earlier and, in this period, for example, the following privatizations were carried out: in 1997, the privatization of Companhia Vale do Rio Doce (a mining company); in 1998, of the already mentioned Telebrás system (telephony system); and, in 1999, of the Rede Ferroviária Federal (Federal Railroad Network).

However, although privatizations of considerable and representative enterprises and sectors had been carried out, they do not necessarily correspond to successful experiences and one can mention as examples of subsequent problems the relevant power outage in the beginning of the 2000s, or the failure in the generator that happened in the state of Amapá in November 2020, which caused the postponement of the elections in many cities in the state in the same year.

In the beginning of the 2000s, more specifically in the year 2003, there began the term of President Luiz Inácio Lula da Silva, who presented a political tendency markedly distinct from his predecessor's and whose ideology persisted until the end of the term of his successor, Dilma Vana Rousseff, in August 2016. There was also the creation of state-owned companies, among which one can mention as examples Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – Hemobrás – (Brazilian Hemoderivative and Biotechnology Company), in 2004, and Empresa Brasileira de Comunicação (Brazilian Communications Company), in 2007.¹⁷²

The need for the adoption of new strategies by state-owned companies appeared to be urgent and was also motivated by the onset of the serious financial world crisis of 2008, an occasion when many of the discussions concerning the role of state conducted enterprises returned to the table.

According to Octaviani and Nohara¹⁷³ (2019, p. 18), on the contemporary performance of the capitalist State: "This State, booster of the economy – a

¹⁷² Information taken from the electronic site of Ministério do Planejamento (Ministry of Planning): <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico> (access on April 30, 2019 at 2:20p.m).

¹⁷³ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

modernization of the mercantilist State – has received various names, such as *Developmental State* or *entrepreneurial State*.”

After taking over, temporarily, the Presidency on May 12, 2016, Michel Miguel Elias Temer Lulia was focused on a reformist agenda of the Brazilian State, with the aim of changing the directions of the national economy and political scenario in effect until then. The seductive reinforcement of the ideas related to the defense of the privatization of activities gained greater evidence reinforced by the belief that the private sector – with the aim of pursuing profit – could show itself a more efficient agent in the rendering of services and production of goods, complemented by the possibility of the addition of bulky monetary amounts to the unbalanced public accounts (DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – Inter-Union Department of Statistics and Socioeconomic Studies, Technical Note 189, 2018, p.2).

Law No. 13.334/2016 established the Program of Investment Partnerships in order to amplify and promote partnerships between State and private enterprise in the implementation of projects of infrastructure and other sectors. The aforementioned program was a relevant instrument of Michel Temer’s government in what concerns the policies of privatizations and concessions (DIEESE, 2018, p. 3).

As Gramstrup and Perez Filho (2016, p. 143-144) point out:

The importance of state-owned companies for the national growth is unquestionable even if in the present economic situation this relevance has lost the former leading role. [...] Today, the institutional scene, as also the conjunctural and the ideological ones, changed profoundly. There is – so to say – a liberal ‘wave’ settling again [...] in Brazil, fostered by discoveries – recent, if compared in historical terms – of cases of corruption and embezzlement in state-owned companies [...].

Although there is an intense commitment of the federal government to minimize the role of the State, with the promise that the state machine will be reduced, one can observe that – differently from what has been boasted – the participation of the State in different international economies seems to be quite

relevant and, in Brazil, it is not different. In this connection, according to an aforementioned Technical Note from DIEESE (2018, p. 6):

Taking as example the hydroelectric generation segment, one observes the unquestionable prevalence of the public sector in the countries with greater capacity installed. In China, which answers for 27% of all the world's installed capacity, state-owned hydroelectric companies predominate. The same occurs in the second country with installed capacity, the United States, where 73,0% belong to public organs or companies. In Canada and Norway, where the hydroelectric source predominates, the participation of the public sector reaches 90% and, in India, 93%. Still in Russia (62%), Turkey (55%) and France (82%), the greater part of the plants are under public control. In Brazil, even if one considers the minority holding in enterprises controlled by private capital, state owned companies represent 54% of the hydroelectric installed capacity.

The relevance of state-owned companies in Brazil is quite great. To illustrate it, according to the aforementioned Technical Note No. 189, from DIEESE (2018, p. 7), now under appreciation, the importance of the 154 federal state-owned companies is mentioned in 2016, which totaled a patrimony of approximately R\$ 500 billion – an amount that represented almost 8% of the national Gross Domestic Product (GDP). Additionally, in the same year, the state-owned companies alluded to employed 530,922 direct workers, that is, they hired formally 1,2% of the country's workers.

According to what is demonstrated by De Aragão (2017, p. 415-416), the direction of the conducts and strategies of state-owned companies as a promotional mechanism for the development of activities for the pursuit of public interests, represents a historic characteristic of State action on the economy, both as promoter of national industry and as mere intervener for the expansion of its spheres of power and influence, especially those dependent on state resources.

It is no surprise that the movement that promotes the privatization of state-owned companies, since many are profitable and possess high potential of growth of their activities and of generation of dividends. In the year 2015, for example, federal state-owned companies distributed approximately the large amount of R\$ 22,1 billion (DIEESE, 2018, p. 8). If they were not lucrative, nor their respective potentials promising, the private investors would not be interested in acting in the areas referred to.

State-owned companies play roles that extrapolate the generation of profit and have fundamental impact on the economic life and on the social development of the country, especially in nations like Brazil, where one can observe a great social inequality and the governmental strategies and policies need to look at the more disadvantaged, also as a way to correct, or at least minimize, some shortcomings of the market. As was evidenced in the example cited in the former paragraphs, a considerable part of the workforce, formally employed in the country, results from contracts carried out by state-owned companies.

In this regard, in consonance with what is exposed in the DIEESE Technical Note 189 (2018, p. 9), the Federal Constitution of 1988 foresees a series of services and goods, and defines them as property and/or competence of action on the part of the Union, of the States and/or of the Municipalities. One can observe, for example, not as a complete list, the exploration of deposits and mineral resources, nuclear installations, electrical power potential. Besides, there are sectors, such as the ones related to fields of research and innovation funding, which demand high investment for long periods of time and which, therefore, present, generally, low appeal to the private sector.

However, research activities are essential to the development, to the independence and to the self-determination of the country and the State's hand is vital in some strategic sectors. This does not mean that the State must interfere and conduct the economy thoroughly, much to the contrary. Nevertheless, the reasoning cannot be binary, namely, one cannot exclude private participation and action because the concurrent state action in some areas of the economy and the market is understood as appropriate and pertinent.

2.2 – DOCTRINARY CONSIDERATIONS ON STATE-OWNED COMPANIES.

To highlight and reflect upon the legal regime of the Brazilian state-owned companies, expounding considerations on their similarities and peculiarities, consists in a task that helps to understand the Brazilian scene and the actions of the State in various areas.

For De Araújo (2018, p, 229), at the heart of the Indirect Administration one must consider those companies created by the State, by means of a law, in such a way that the cases that do not fit the aforementioned characterization, but

that possess some state participation, would be included in the context of the decentralized Administration.

However, all would be covered by the concept of state-owned companies. De Araújo (2018, p. 231-232) equally emphasizes that the expression “company” is linked to a word originally economic and not properly legal, establishing the connection with the idea of profit – however, state-owned companies have a non-immediate object referring to this aspect, in consonance with what was formerly exposed in the present work:

One concludes that **profit** is a constituent element of the **concept of enterprise**, whatever it may be. In this case, the difference is that to private enterprises, such objective is immediate, and for public companies or government controlled companies, state-owned companies in general, other objectives overlap or superimpose, such as the activities concerning the safeguard of national security, or relevant collective interest, defined in law. (emphasis the author’s)

Still according to De Araújo (2018, p. 278) it becomes evident that public companies and government controlled companies are not the same, since the characteristics of the former do not apply fully to the latter. As for the providing of services, the same author, referring to José Cretella Jr.’s work, says:

Nowadays it is understood that everytime that the State takes on a service, because it considers it of relevant or general interest, it becomes a **public service** (at least extrinsically), even if normally managed by private entities, where from one can conclude that the legal regime derives from the service, not from the **entity**[...] De Araújo 2018, p. 279, (emphasis the author’s)

According to Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 60-61):

or to a legal regime of public law.
The option for one regime or the other is made, normally, by the Constitution or the law.
[...]
There is no possibility of establishing, *a priori*, all the hypotheses in which the Administration may act under the regime of private law; in general, the choice is made by the very legislator [...]. As a rule, private law is applied, if the norm of public law is silent.

Further Di Pietro (2012, p. 503) enumerates the following characteristics, among the common traits of state-owned companies:

- a) the creation and extinction through authorizing laws;
- b) the fact of possessing private legal entities;
- c) the submission to the control of their acts by the State;

- d) the existence of private law mitigations by public law norms;
- e) the necessity of observance of the purposes established in the law that created the state-owned company;
- f) the performance of the tasks of an economic nature, either by means of intervention in the public domain, or by means of performance of the public service to be provided.

Di Pietro (2012, p. 510) continues highlighting that, in government controlled companies, there is the need for the Public Power to participate effectively of the management of the companies, otherwise there would be state-owned companies, but not under the form of government controlled companies.

According to the teachings of Meirelles (2010, p. 389):

Two are the species of state-owned companies: the *government controlled company* and the *public company*. The form of juridical organization varies according to the species. The *government controlled company* must be structured under the form of a business corporation, because it remains subject to the precepts of Law 6.404, of 12.15.76. The *public company* can be instituted under any of the forms admitted in Law [...]. (italics the author's)

Going further, the same author deepens his exposition and explains that public companies occupy a space in a “transition zone between the instruments of administrative action of Public Power and private entities with industrial goals.” (Meirelles, 2010, p. 391).

About the government controlled companies, after the reservation over the stock composition established with the participation of the Public Power and private entities, there is the interesting consideration exposed by Meirelles (2010, p. 393), where he mentions the conciliation of state-owned companies that, although structured under the private regime, did not lose the focus on the collective interest.

Observing Bandeira de Mello's teachings (2012, p. 197-198), one can understand that:

Public companies and government controlled companies, that is, 'state-owned companies' (a generic term that serves to refer to them indistinctly), present an impressive similarity in the legal discipline that is applicable to them.

[...]

The differences between them that deserve to be mentioned are the following: a) whereas the capital of public companies is constituted by resources derived totally from public entities or entities of their indirect Administrations, in the government

controlled companies there is a conjunction of private resources with resources derived from public entities or entities of their indirect Administrations, with the prevalence of governmental voting shareholders; b) public companies may adopt any corporate form among those admitted in law (including the form of 'sole proprietorship' foreseen only for them), while the government controlled companies will have mandatorily the form of business corporation. (Executive Order 200, article 5º [...]).

In tune with Justen Filho's teachings (2018, p. 171 e 173), about state-owned companies:

The public company is a commercial society that has as its partners only state parties.

[...]

Government controlled companies are meant to formalize an association between public and private capital, for an undertaking conducted under State control.

Considering it opportune, Justen Filho (2018, p. 200) points out the possibility of the State participating as a minority shareholder in private enterprises, without control on its part, and without these enterprises being part of the Governmental Indirect Administration; Marrara and Maffioletti (2016, p. 188) also comment on minority participation of the State. It is made clear that this scenery is not to be confused with that of state-owned companies, linked to Public Administration, since the stock control and the conduction of business are in the hands of the State. According to De Aragão (2017, p. 435), these companies with minority participation of the State are denominated public-private companies.

[...] private legal entities (therefore not part of the Indirect Public Administration), but of which the State, mainly through its state-owned companies, participates as minority, which reinforces the present moment of public companies and government controlled companies that are increasingly performing with the market and within the market.

For Diogenes Gasparini (2012, p. 491):

Public service began to be provided by private legal entities, not totally alien to Public Administration, since, besides their respective creation, the State ensures public resources to them. The autarchies agencies and the private legal entities (concessionaires and licensees) begin to live together with the new entities created by Public Administration [...]. Such developments are *public companies* [...] They are private entities, created by the State, with essentially public resources, for the execution and exploration of public services or for intervention in the economic activity. (italics the author's)

Further on in his book, Gasparini (2012, p. 516-517) underlines two of the differences between public companies and government controlled companies: the former take into account the stock composition of each of the two, since in the government controlled companies the composition is made with public and private resources whereas in public companies the resources derive from the Direct or Indirect Administration. In this aspect, *data maxima venia*, one can identify an imprecision in the concept proposed by the aforementioned author since the resources of the government controlled company, for instance, allow for private participation – therefore, in an indirect manner, it would permit the participation of private capital in the composition of public companies themselves if a government controlled company participated in them. The latter also expounds that the type of share division in government controlled companies must necessarily observe the business corporation modality, differently from public companies that can adopt any modality of share division.

In the face of what has been just pointed out, one can infer that great distinctions between the types of state-owned companies – public companies and government controlled companies – are focused on their respective stock compositions and on the stock division types that public companies may adopt, unlike government controlled companies, which must adopt the business corporation modality.

However, the distinctions above are not sufficient for addressing the different activities that state-owned companies can perform since they may be providers of public services or explorers of economic activities. According to Bandeira de Mello (2012, p. 199), state-owned companies are “co-operators in state occupations.”

The aforementioned Bandeira de Mello (2012, p. 202) points out “that the legal regime that disciplines these entities of the Indirect Administration is certainly peculiar,” since, although they are governed by the rules of Private Law, they have their actions permeated by instruments referring to Public Law.¹⁷⁴

Thinking about the exploration of the economic activity by state-owned companies, it would be more reasonable to imagine that they would be closer to the regime generically applied to the other enterprises of the private market.

¹⁷⁴ One may cite as an example the submission of acts and contracts of state-owned companies to the control of Accounting Courts.

Nevertheless, it would not appear to be fair to apply privileges to state-owned companies that explore economic activities, in view of the correspondent competitiveness with the other players of the market in which they perform.

Di Pietro (2012, p. 501) teaches us likewise, concerning what is provided in the head of article 173 of the Federal Constitution of 1988, that the exploration of economic activity by the State, with direct intervention, could only occur in hypotheses related to national security or to beneficial collective interest.¹⁷⁵ In this same sense, one can observe the opinion expressed in the aforementioned work by Meirelles (2010, p. 384).

On the other hand, state-owned companies that provide public services act in a sphere consistent with the special performance of the State and, for this reason, their activities must be observed with special attention, since the public spirit of their actions must honor the collectivity's interest and not primarily the pursuit of profit.

In the following excerpt we can find an interesting consideration about public services in the doctrine by De Oliveira (2003, p. 53):

“(...) public services provision is incorporated among the administration activities (...).
It emerges regarding such aspect the classic division of manners of public services provision: centralized provision and decentralized provision of public services.
When public service is provided in direct form by the Direct Administration, it can be referred to as centralized activity, or centralization.”

State company, as decentralized of public service provision, could be understood as a concessionaire of the public service rendered— especially when created by a state entity and rendered by another – and would be subjected to the disposed in article 175 of the Federal Constitution of 1988, according to Di Pietro's view (2012, p. 501-502). A similar understanding can be found in the explanation presented in Meirelles's work. (2010, p. 384).

However, to classify state-owned companies that provide public services, in certain hypotheses, as concessionaires, with due respect, appears to come across some details that require considerations:

¹⁷⁵ Article 173. With the exception of the cases foreseen in this Constitution, the direct exploration of the economic activity by the State will only be allowed when necessary for the requirements of national security or a relevant collective interest, as defined by law.

a) concessionaires, ordinarily, perform their activities with the aim of obtaining profit;

b) they will not venture out in business if they do not envision financial return that surpasses their investment;

c) they are not primarily worried with the collectivity itself, which does not mean that they may not or are not able to satisfactorily answer to the needs of the population served by the activity.

Nevertheless, the state-owned company, as part of Public Administration, even if in an indirect way, must pursue, among its primary objectives, the collective interest, although these activities do not bring the profit that private entities would like to receive. This does not mean that the state-owned company may not obtain profit, on the contrary, it should receive it, if possible, but that should not be the leading goal of the activities of state-owned companies that provide public services.

2.3 – STATE-OWNED COMPANIES AND PUBLIC SERVICES IN LATIN AMERICAN LAW

Comparative law consists in a method of investigation by means of the confrontation of phenomena of different legal systems. As Dutra (2016, p. 207) explains: “The study of comparative law is characterized by its preoccupation with themes that move across law methodology.

About the comparative method – especially concerning Administrative Law– Marrara says (2014, p. 88):

In Brazil, this practice is frequently employed as a way of supporting criticism, production and reconstruction of positive law. In the sphere of administrative law, this cannot be verified, very clearly, in the so-called renovation phase, that is, in the phase that began in 1988 and continues until today. In this troubled period, the movements of privatization, agencification, regulation, consensualization, redemocratization and transparency were strongly influenced by foreign institutes and trends, especially coming from the United States and Europe. The alien influence is evident when one examines the post 1990 legislation concerning the functioning and organization of the regulatory agencies, the protection of competition, the regulation of telecommunications, the privatization techniques, the access to information, the new forms of contracts and partnerships, etc.

Applying this methodology, the aim has been to compare the situation present in various Latin American countries. To this end Latin American systems were selected having in mind similarities in the Iberian historical origins, but mainly taking into account the stages – even if in different levels – of the respective developing economies and the needs for infrastructure works, as well as the fact that the corresponding societies are characterized by deep social abysses.

2.3.1 – Argentina

Let us begin with the system of Argentina, a country with many similarities with Brazil, not only because of the geographical proximity and economic partnership but also for the similarity of their legal systems. In that country there is the figure of the “*Empresas del Estado*”, characterized by a legal regime that combines Public and Private Law, as CASSAGNE¹⁷⁶ (2012, p. 45) explains: “The denomination State Companies constitutes among us a special legal type instituted by law.” (our translation)

According to the Argentinian view, public services rendered by state companies emerge by virtue of loopholes that cannot be filled by the private sector itself, allowing for actions of the State and private entities in the performance of an activity of public interest, albeit of a private nature, as, for example, teaching and education, as this author explains (CASSAGNE, 2012, p. 84).

Continuing the analysis of public services in Argentina, in the 1980s and 1990s, one can detect a relatively positive impact of the transference of ownership of services then rendered by the State to private entities, including, on the occasion, a greater control of the inflation rates, as Preston (1966, p. 656) rightly observes:

Between 1989 and 1993, privatization had a positive impact on Argentina’s economy, including drastically reduced inflation rates [...]. Privatization also have streamlined the workforce, but these efficiency gains were achieved at a cost to labor of over 250,000 jobs in state and state-owned industries.

¹⁷⁶ “La denominación de ‘Empresas del Estado constituye entre nosotros un tipo jurídico especial instituido por la ley’.

Although there are common points between the Brazilian and Argentinian systems, one can infer that the perspectives from which the segmentation of the public services depart are different, since in Brazil the action of the State is not viewed as supplementary because of the lack of complete supplying on the part of the private sector. In our country, it is the private sector that performs in a way as to make it possible for a greater number of people to receive the services originally provided by the State. Therefore, historically, it is the private sector that helps to fill the state gap, not the opposite.

2.3.2 - Bolivia

Bolivia is a singular country, interesting to be analyzed, even from the political point of view, with the establishment of autonomous governments of indigenous groups in the context of a Bolivian plurinational State.

After President Evo Morales was elected, at the end of the first decade of the 21st century, many legislative alterations occurred in the country, among which some that encompassed the subject of state-owned companies. As Law No. 466/2013 recommends, according to Octaviani and Nohara's remark (2019, p. 43-44), there are six models of state-owned companies in the country, which perform in various segments among which, for example, the public transportation services: .

a) *empresa estatal* (state-owned company) that belongs totally to the central State;

b) *empresa estatal mista* (mixed economy company), in whose model the State invests over 70% of the capital with right to vote;

c) *empresa mista* (joint company), in which the State investment in the company's capital represents between 51% to 70%;

d) *empresa estatal intergubernamental* (intergovernmental state-owned company), capital stock between 51% and 99,99% belonging to the Central State and the remainder to Autonomous Territorial Entities.

e) *empresas gran nacionales* (great national companies) – a case in which *empresas estatales mistas* or *empresas mistas* incorporate state-owned companies from countries belonging to *Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América* (Bolivarian Alliance for the Peoples of Our America – ALBA).

f) *corporación* (corporation), configured as conglomerates composed by various public companies with the same goals.

Still according to Octaviani and Nohara (2019, p. 41), the state-owned companies in Bolivia represent about 40% of the country's GDP, a factor that helps to demonstrate the relevance of such companies also in the economic context of the Latin American country now under consideration.

2.3.3 - Chile

Another interesting view of public service is the Chilean, not only because Chile is a prominent country in Latin America, because of its widely adopted market economy, but also for presenting social features similar to the other Latin American countries – including Brazil. According to Blanco¹⁷⁷ (2012, p. 215):

To speak of public service implies essentially in referring to an activity that possesses an indispensable character for the community, which consists in an economic activity rendered in a continuous and regular manner, upon which there is a stated declaration (a publication) by means of a norm with force of law and whose rendering by the Administration has a monopolistic and exclusive character. (our translation)

As exposed by Blanco (2012, p. 216), the understanding of public services mentioned above, is in line with the classic view of the matter, since, at present, there are no detailed legislative publications of specific activities related to public services. What exists is the more comprehensive disciplining of market areas, accompanied by proposals for alternative mechanisms for conflict resolution.

Throughout the years, the Chilean state has sought to reduce the role of the State in its economy. However, according to Octaviani and Nohara's caveat (2019, p. 40), the country possesses more than thirty state-owned companies, in various sectors, among which one may notice the public collective transportation service of passengers, provided by *Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.*

¹⁷⁷ *"Hablar de servicio público implica en lo esencial referirse a una actividad que posee el carácter de indispensable para la comunidad, que consiste en una actividad económica prestada de manera continua y regular, donde existe una declaración expresa (una publicación) a través de una norma con rango de ley y cuya prestación por parte de la administración tiene un carácter monopólico y excluyente.*

Authors Octaviani and Nohara (2019, p. 40) also emphasize that there are in the country two models of societies through which the State configures its state-owned companies: *empresa pública* (public company) and *sociedad del Estado* (State society) – pointing out that the latter does not integrate the Administration.

2.3.4 - Colombia

Public service in Colombia can be described according to the following excerpt from Gamboa¹⁷⁸ (2012, p. 326):

[...] substantially, an activity of service providing and assistance to the community that does not imply, as a general rule, the exercise of power, unless the community that develops it should appeal to the power to support the service and its due rendering or unless the legislator had considered prudent and opportune to attribute some administrative functions to the private entity for the effective materialization of the service.

Gamboa (2012, p. 326) also affirms that not all public services comprise the exercise of public administrative functions, requiring the legislator's specific manifestation for this element to be verified as a component of the analyzed service. However, in comparison with Brazilian law, it appears to be difficult to dissociate the "exercise of a public service" from the "public function", whose idea is that the ends and interests of the Republic must be observed through its agents, direct, delegates or concessionaires.

As Soares (1997, p. 88) rightly highlights, referring to philosopher Cirne Lima, "the administrative activity is an activity of somebody who is not the owner, but of somebody who manages someone else's business [...];" again, it appears to be difficult to approximate Brazilian to Colombian Law, since in the national stage – even if the public service is provided by a private entity – one should not lose sight of the idea that in that activity it is not the holder, nor the owner.

¹⁷⁸ "[...] actividad prestacional, y asistencial a la comunidad, que no conlleva por regla general el ejercicio de poder, salvo que la comunidad que lo desarrolle deba acudir al poder para apoyar al servicio y su debida prestación, o que el legislador hubiere considerado prudente y oportuno asignar algunas funciones administrativas al particular para la materialización efectiva del servicio."

2.3.5 - Mexico

In Mexico there is a greater proximity with the idea of public service advocated in Brazil, considering it as a mechanism of coverage of collective interest, with the lowest possible cost and reasonable quality levels, according to Ruiz¹⁷⁹ (2012, p. 829):

[...] public service implies the public-spirited aspiration of putting within reach of every individual, at the lowest possible cost and under conditions that ensure his/her security, the advantage of a technical activity that satisfies a need of general character [...].
(our translation)

The above passage shows that, in Mexico, public services, are related to the idea of collective interest so as to allow all the people to have access, at the lowest possible cost, to relevant and necessary services.

2.3.6 – Peru

As Ordíñez (2012, p. 1207) rightly observes, in Peru, in the 1990s, there was a great transference to the private sector of service rendering formerly offered by the State, mostly the entrepreneurial services. The transference alluded to came about by means of the privatization accomplished through a change in corporate structure and a transfer of ownership of state-owned companies to the private sector. In this respect, the study conducted by Vernava (1999) also stands out, when it analyzes the Peruvian panorama at the end of last century and the influences resulting from the financial liberalization levered by privatizations:

The privatization of previous SOEs is another significant reason for the investment concentration not only in the Lima stock market, but in all Latin American stock markets. With privatization, Latin American, including Peruvian, laws governing FDI were liberalized in order to facilitate and encourage investment from abroad in these newly privatized firms. (Vernava, 1999, p. 261).

Going further, the author also expounds:

¹⁷⁹ “[...] el servicio público entraña la aspiración solidaria de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica de satisfacer una necesidad de carácter general.”

[...] Peru's recently privatized companies. As a result, the capital of international institutional investors has become available to Peruvian enterprises, without which Peruvian privatization and macroeconomic restructuring correlative with the downsizing of the state as entrepreneur, would be possible. (...) At the same time, economic liberalization, of which financial liberalization is a part, with the integration of Peru's capital market, with both the developed markets, as well as with the other emerging markets of Latin America, has resulted in vulnerabilities, as well as benefits, for the Lima Stock Exchange and for the Peruvian financial sector. (Vernava, 1999, p. 281)

One can infer from the excerpts above that sensitive and vulnerable points emerged or were intensified owing to the alleged downsizing process of the Peruvian state structure. A great vulnerability concerns the instability of the wishes of the stock market investors who are attracted, easily and rapidly, to allocate their reserves where they envision greater returns, weakening the security and the intense investment that works and services formerly rendered by the State demand, mainly in countries with a significant part of the population socially and economically needy.

The conception of public services in Peru was historically linked to the unbalance of the Peruvian public finances until the government of the then President Alberto Fujimori decided to align to the liberal economic directives recommended by the international financial system, culminating with the already mentioned transfer of a great part of ownership from public to private entities, in what concerned the performance of tasks related to public services.

It is interesting to notice that this panorama viewed from the Peruvian scene of almost thirty years ago, has today great resonance in Brazil, taking into account the peculiarities of each nation and the differences in time. However, the discourse that refers to the weight of public services to the state finances and the challenged quality of the services rendered by the State shows common facets which instigate investigation.

Still about Peru, Lanatta (2020, pp. 77-78), brings to the discussion the question of who would be the owners of state-owned companies or who would be responsible for defining the objectives of the companies, starting from a case

aroused by PETROPERU¹⁸⁰ - which exposes great antagonism between ideas related to state-owned companies as belonging to the population as a whole as opposed to the interests and availability of dedication of the decision makers by whom they were conducted.

Another interesting comment made by Lanatta (2020, p. 200), is about the abyss between the culture of cronyism, a fertile ground for corruption that permeates many state-owned companies, and the transparency that should delimit the actions of state-owned companies, not only in Peru.

2.3.7 - Uruguay

In Uruguay, public services are considered among the essential ones for the satisfaction of collective needs. Nevertheless, operational limitations for the effective rendering and accomplishment of these services jeopardizes the understanding of the matter in the country.

Although there are State transformation processes at present, according to Delpiazzo (2012, p. 1446-1448), the relevant roles performed by State authorities that accompany and regulate service rendering are taken into account. These services were originally performed by the State and some of them are now provided by private entities under the supervision and regulation of the Uruguayan State.

The importance of public services in the countries listed can be inferred from the information provided above, since, not by chance, they present, essentially, characteristics of social and economic inequalities. Besides that, the services of a state nature answer to a considerable part of the interests and needs of the respective collectivities.

2.4 – COMPARISON BETWEEN PUBLIC SERVICE PROVIDERS AND OTHER ENTERPRISES OF THE MARKET

State-owned companies are not common companies, they are not enterprises to be confused ordinarily and in a simplistic manner with the other companies in the market. There is no doubt that they have a certain degree of

¹⁸⁰ Great Peruvian state-owned company, of the oil-producing sector, founded in the 1960s – available at: <https://www.petroperu.com.pe/acerca-de-petroperu-s-a/historia/> (access on October 13, 2020, at 3:22p.m.)

similarity between themselves since public companies do not possess, as a rule, tax exemption nor other benefits that could favor their actions.

According to what Pinto Junior demonstrates (2010, p. 10), in the commonly denominated developing societies, such as Brazil itself, the state-owned companies occupied spaces that private enterprises, at least originally, did not reach:

In developing countries or economies in transition, the emergence of the state-owned company seeks to fill the gap left by the private sector, which is not normally capable of raising capital for investment in basic industry and in infrastructure projects. Such undertakings demand greater amount of resources, involve high risks and usually offer low return rates.

Such understanding favors a reflection on the matter, in such a way as to question if, in the present developmental stage of the national economy and politics, the enterprises of the private sector would not be able to carry out such activities.

An interesting reflection in this regard, concerning state-owned companies that provide public services, is made by Gramstrup and Perez Filho (2016, p. 148-149), considering them “anomalies” of the legal universe for the following reasons:

If one takes the constitutional and legal definition seriously, the state-owned companies that provide public services represent an anomaly – even if this anomaly has settled in our tradition and in our juridical habits. Firstly, because public services should be performed in the sphere of autarchies, public entities. Secondly, because, having as their object public services in the legal sense of the expression, state-owned companies end up acquiring characteristics that should belong exclusively to organs of the direct Administration or to autarchies.

Although one may find these considerations forceful, the fact is that state-owned companies that provide public services exist in the Brazilian legal system and the handling of their actions and conducts acquired new contours with the enactment of Federal Law No. 13.303/2016.

On the basis of this legal instrument, a greater approximation between state-owned companies and other enterprises of the market was sought, which points at a potential downsizing of the abyss existing until then between the respective positionings and performances in the entrepreneurial world. This

abyss could have been increased by the already mentioned “anomaly” which was noticed.

As Nohara (2015, p. 92) rightly asserts, in making a pertinent distinction between the services ordinarily found in the market and public services:

[...] some services are available only for those who have enough purchasing power to contract in high standards; public services, on the other hand, are meant to benefit the greatest possible number of individuals and are not allowed to generate costs that discriminate or privilege, in an unjustified manner, the customers viewed from an isonomic perspective.

The assertions above present an important focus that state-owned companies that provide public services must pursue, that is, they should act in a way as to allow a great number of people to be served. And the state-owned companies that provide public services are not unaware of this, on the contrary!

Further on, we will find a most interesting reflection by Nohara (2015, p. 92), where she contrasts *growth*, generated by the rendering of public services, *with* and *without* development:

[...] growth without development is mere modernization, which may not contribute to the improvement of the life conditions of the majority of the population in general, since technical progress can be limited to lifestyle and to consumption patterns only of a privileged minority.

In the passage above one of the most relevant roles performed by companies that provide public services becomes evident, especially that of those linked to the Public Administration, even if indirectly. Thus, state-owned companies that provide public services help to foster the economy and, as a consequence, their actions may reverberate positively in the life of the people reached by the service.

This is a very important result since the state-owned companies that provide public services can represent an instrument of action for the improvement of people’s lives. As an example, the enlargement of metro-rail lines in great and dense urban centers allows, theoretically, a shorter commuting time between people’s homes and workplaces. As a consequence, for instance, passengers could dedicate a greater part of their time to their families, to homemaking, to leisure activities, and to studies.

It should be pointed out here that there is great difference between private enterprises that provide public services and state-owned companies. The former

are intuitively linked to obtaining return on their investment and, should there be any benefit for the group reached by the service, this element will be a reflex externality, which does not constitute the main focus of their activities.

The issue of the lucrative purpose of state-owned companies is an extremely relevant and compelling point to discuss. Justen Filho (2018, p. 194), praises the role of state-owned companies, which focuses on serving the collectivity's interests, in tune with the scope of the company establishment. However, this author declares that it is legitimate for the state-owned company to seek profit, with attractive economic results. It does not, of course, pursue profit blindly and exclusively, but this, on the other hand, does not mean to rule out the possibility of profit for the state-owned company.

Conversely, state-owned companies that provide public services must have in their centers the will to promote direct or indirect contributions and improvements that affect the life of the people served by their tasks.

Resuming the example of the metro-rail lines, state-owned companies that provide services in this field of activities should not simply enlarge the lines in wealthy areas, even if potentially profitable. They should expand, even more, lines in areas deeply underprivileged, fostering progress and development in these areas and, as a consequence, besides increasing access to quality transportation for millions of people, helping to improve the users' lives, which should be its main goal, as we stated above.

In this regard, Nohara (2015, p. 93), mentioning Laurindo Dias Minhoto's research, points out an interesting aspect concerning the private administration of prisons in the United States and England:

[...] the indicators point out the same problems in private units, such as escapes, deaths from negligence, reports of mistreatment and rebellions; the action of lobbies in Congress in favor of maximum criminal law; [...] particularly when the guarantee, offered by the State, of the number of prisoners becomes a constant element of the contracts of public-private partnerships, which causes a conflict between the public interest focused on resocialization (as well as on the decrease of the prison population), on the one hand, and the profitable economic interest of the private sector that will be accomplished with the increase or maintenance of the number of incarcerated individuals.

The passage above illustrates in a crystal clear way the central distinction between state-owned companies that provide public services and enterprises

and/or corporate groups. The relevance of state-owned companies that provide public services rests not only on the mere execution of their tasks satisfactorily, but also on the effort spent for the benefit of the population reached by their services. The social components, not eminently economic, should be observed and acknowledged by state-owned companies.

One can notice that the role of state-owned companies shows a new profile at present, not only as developers of economic issues and service networks, but also as potential promoters of growing knowledge and income for the States. However, although inserted in a scene of greater competition, dictated, as well, by a globalized world, one can identify in state-owned companies, especially in those that provide public services, a very peculiar trait, that is, a concern to satisfy the needs and aspirations of a relevant section of the population of their State, even if this does not imply immediate profit.

On the other hand, one notices a growing concern with the rationalization of the amounts invested and necessary for the rendering of the services mentioned so that the need for adjustments cannot be denied without forgetting the objectives that were at the genesis of state-owned companies that provide public services.

In this scenario, it is more than necessary to make a reflection on the alleged exoneration of the State, on the weight that, in many cases, the structure of state-owned companies helps to accentuate. In this context, the contribution is salutary that exposes that the exoneration process of the Brazilian State was historically accompanied, contradictorily, by public financing: “[...] the same State that decides in favor of the delegation of an asset or service ends up having to finance the activity of the private entity.” (Da Silva, D. T. 2015, p. 243).

Below, the innovations presented by Federal Law No. 13.303/2016 will be addressed, as well as the context in which the Brazilian state-owned companies, whose characteristics were discussed above, are inserted benefiting from the possibilities and applications that the innovative law brought to the companies in question.

3 – APPLICABILITY AND INNOVATION – FEDERAL LAW NO. 13.303/2016

Federal Law No. 13.303/2016 deals with the institution of the legal statute of public companies and government controlled companies and their subsidiaries, in all federative circuits of the country. To approach the theme of the state-owned companies in a research entails the necessity of highlighting the innovations presented by the normative text since the significant alterations were brought to the context of state-owned companies.

On account of the relevant applicability to state-owned companies and the innovations of the legislative text under study, the advent of Federal Law No. 13.303/2016 will subsidize the thesis concerning the modernization of the contracting mechanisms of the Brazilian state-owned companies. In other words, we will try to demonstrate that the application of the provisions of that law lends dynamism to the contracts of state-owned companies and approximates them to the other enterprises of the exclusively private world, as a result of the yearnings of portions of the entrepreneurial and governmental worlds, as well as of part of the society.

According to Octaviani and Nohara's comment (2019, p. 164), dealing with the context in which the law under study appeared:

Law No. 13.303/2016 was the fruit of a conjunction of factors, such as a) an exhausting sequence of corruption scandals in the course of decades, whose mediatic and political climax happened with the so-called 'Operação Lava Jato' ('Operation Car Wash') and its political context; b) the diligent work of the United States in the exportation of legal models, in the most various levels; and c) a constant state of fragility of the Brazilian stock market, which, not counting on a stable basis for the creation of innovative and competitive enterprises in the private sector, seeks to find high profitability, juridical security and low risk in state-owned companies, engaging in a continuous political battle to subordinate the state-owned companies to their objectives.

[...]

Such are the structural factors of the context that caused the emergence of Law 13.303/2016, which came to be added – necessarily integrating, not superposing – to the legal regime of control of state-owned companies. (emphasis ours)

The same authors mentioned above present quite interesting elements of the scenario of the emergence of Federal Law No. 13.303/2016, which allow for reflections and considerations on criticism concerning the legislative process and the content of the

law now under analysis. Not by chance, in a later moment of the aforementioned authors' analysis, they point out (Octaviani and Nohara, 2019, p. 166):

Another illustrative element of the emergence of the Law is the attempt to gain political legitimacy on the part of those who took power shortly after President Dilma Rousseff's impeachment, who strove, unsuccessfully, to build a positive image before public opinion, as well as to please various sectors of the private market, among which the minority shareholders who had an interest in increasing their powers over state-owned companies.

One can thus infer that the presence of powerful interest in passing the legislative text concerning the Brazilian state-owned companies, either for political or marketing factors: "[...] the representatives of the investors on the Brazilian stock market worked to pass Law 13.303/2016 given that with this they would increase their power over the state-owned companies, decreasing a considerable part of their risk." (Octaviani and Nohara – 2019, p. 166-167).

On this subject Octaviani and Nohara (2019, p. 167) also emphasize appropriately:

In such a scenario, to control, from inside, the Brazilian state-owned companies, increasing the minority partner's power, lessening the environmental risk was also a driving force for passing Law No. 13.303/2016.

[...]

In short, the repercussions of Operação Lava Jato (Operation Car Wash), the structural position of the USA as exporter of legal modes and the incentives to minority investors were the inspiring motives of Law No. 13.303/2016.

Despite the criticism of the context of the emergence of Federal Law No. 13.303/2016, of the quickness of its passing (Bill No. 4918/2016, originated from Senate Bill No. 555/2015, was later transformed in the State-Owned Companies Law), as well as the existence of questionings about some of its provisions – as, for instance, by means of ADI 5624 (Action for Declaration of Unconstitutionality)– the fact is that it is currently in force and is part of the Brazilian legal system nowadays.

There is, thus, an interesting opposition involved in the publication of Federal Law No. 13.303/2016 since, although it is considered an important advancement instrument for the contracting in state-owned companies, it did not prevent criticisms of its contents, representing an important antithesis to the praise lavished on the law in question.

According to Zymler (2017, p.16), Justice of Tribunal de Contas da União (TCU) – Federal Court of Accounts – who, when discussing Federal Law No. 13.303/2016 and making some comments on the Bidding Law of 1993, points out:

Law No. 9.666/1993 proved to be an important instrument for the setting of a general culture – both among the members of Public Administration and of the private sector – about the need to carry out biddings and comply with the constitutional principle of impersonality.

[...]

Notwithstanding, with the passing years, the rites foreseen in this law proved to be very strict, entailing excessive deadlines for the conclusion of a bidding process. These are examples of the procedural rigor of Law 8.666/1993: the need to examine qualification documents of all the bidders and not only of the winner (article 43) and the estimate of different appellate phases during the contest, e.g. during qualification and analysis of the proposals (article 109).

The passage above reinforces the understanding about the need to modernize legislation concerning contracts and practices of state-owned companies.

Let us observe also another interesting comment by the distinguished jurist about the Law of 2016 and its structuring (ZYMLER, 2017, p. 19):

The norms of Law No. 13.303/2016 are structured basically in two parts, which deal with distinct themes but which are related to each other. In the first part, there is a set of norms on corporate governance, transparent management and control mechanisms of the entrepreneurial activity. In the second part, one can find norms about bidding and contracting to be observed by state-owned companies.

Actually, such themes are interrelated to the extent that the flexibilization of the bidding rules depends on the effective adoption of legal and managerial instruments that avoid abusive practices.

The aforementioned researchers Gramstrup and Perez Filho (2016, p. 158) praise Federal Law No. 13.303/2016, as well as the mechanisms that allow for a greater transparency, clarifying that, according to them:

[...] it represents an important advancement in the management of state-owned companies and, as a direct consequence, to public interest and to the fight against corruption; and it comes in good time, to the extent that society calls for greater honesty in the handling of public property.

[...] it can be affirmed that the citizen's engagement in public administration has gained support, at least in the theoretical field.

Da Silva, M. das G. and Da Silva, A. M. (2019, position 118), comment about the law discuss here:

Federal Law No. 13.303/2016, at the same time that it renders the bidding rules more flexible, it also commits state-owned companies to the adoption of management instruments, perfecting the internal control in the so-called Integrity Program.

Article 1 of Law No. 13.303/2016 expressly provides for the comprehensiveness of the normative text under scrutiny – including, as well, state-owned companies that perform economic activities bound to the monopoly of the Union regime and those that provide services considered to be public. The application of this legal text to state-owned-companies is assured to a large extent, thus including those that provide public services.

A syllogistic reasoning¹⁸¹ can be applied to the present case, reinforcing the understanding espoused above on the application of the law under study to state-owned companies that provide public services.

The syllogism¹⁸² consists in a model of logical thought that can be applied to the juridical world and that has the following structure:

- a) a major premise (which is based on a normative text);
- b) a minor premise (which is based on a factual case);
- c) a conclusion referent to the application of what is foreseen in the norm to the concrete case.

In this way, with the comprehensive juridical argumentation, one can find the syllogistic reasoning, which proves to be a reinforcing instrument for basing decisions, as Ferraz Junior explains (2011, p. 318).

In this work, the major premise corresponds to Law No. 13.303/2016, which foresees the application of its norms to state-owned companies that provide public services. To the minor premise corresponds the universe of state-

¹⁸¹According to Luís Fernando Coelho, when dealing with syllogism, especially the juridical one: "Judicial syllogism, according to the school of exegesis and its variants, represents a subsumption, that is, the analytic subjection of the actual case, reduced to an indicative enunciation, to the law, expressed by a prescriptive enunciation." in COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.147

¹⁸² Once again, making use of Luís Fernando Coelho's teachings, we have: "The juridical syllogism is, whether we will it, or not, an ingredient of the decision process, which puts on the same sense of a structure inherent to all legality (...)" Ibidem, p. 169.

owned companies that provide public services, especially those of the subway system, and the conclusion will be presented at the end of this dissertation.

It seems relevant to highlight, however, that the hermeneutics is not restricted only to the subsumption of the facts to the syllogistic major and minor premises and conclusion; it is importante to observe, as well, the multiple cultural and social aspects and also the aspirations of the respective authors, according to Hirano e Silva.

Thus, besides the investigation of the legal text under study, the context to which the law is applied will be analyzed as well. Still according to Coelho (1981, p. 155);

Legal norms are statements of solutions for the problems of human behavior – they are not true or false – they are instruments for the life of man and result from the legislator's logic, which is a logic of the reasonable, to solve problems reasonably.

In the attempt to approximate state-owned companies to the other companies of the market, both in competitiveness and business dynamization, articles 3 and 4 of Law No. 13.303/2016 reaffirm the determination that already existed prior to the law under study, about the legal nature of *private* law that surrounds Brazilian state-owned companies.

An important reflection is offered by the aforementioned Justice Zymler (2017, p. 20), of the Federal Court of Accounts, in what concerns mainly the legality principle in relation to state-owned companies with the advent of Federal Law No. 13.303/2016:

One can see that, differently from the norms that rule public contracting, **article 31 of Law 13.303/2016 do not expressly mention the legality principle. One must think that this omission may be related to the fact that the state-owned companies are private legal entities.** Thus, the contracts ruled by the new law must observe the precepts of private law. On these terms, in their relations with private entities, it is possible to specify all that the law does not prohibit. In general, free will prevails.

Concerning the text of Law 8.666/1993, there is the inclusion of “new” principles and objectives: efficiency, economic viability, competitiveness obtainment and prohibition of overpricing or overbilling.

As for the principle of selecting the advantageous proposal, it won a more comprehensive profile, including the evaluation of the life cycle of the bidden object. (emphasis ours)

From the passage above one might imagine that the observance of the legality principle would have warded off state-owned companies. However, *data maxima venia*, this point of view is not shared here. The present research maintains that the principle under study was mitigated in what concerns state-owned companies, in view of a greater approximation to the other enterprises of the market, through less rigid contracting mechanisms and expansion of the discretionary margin of their administrators.

As an example, one can mention the adoption of the judging criterion in relation to the object to be bidden, without this implying the exclusion of the application of the legality principle since the contracts continue to observe the legislative limits and are supervised by the Accounting Courts. The terms of contracts and invitations to bid may be subject to insurgencies to be verified, also with a basis on legality, by the actors of External Control.

A quite stressed keynote brought by Federal Law No. 13.303/2016 concerns corporate governance, as exposed by Fortini and Shermam (2017, p. 27): “Emerged in the private sector, (corporate) governance is the name that is attributed to the management mode of entrepreneurial societies, aiming at controlling the acts and avoiding possible conflicts and interests [...]”

The passage above helps to demonstrate one of the examples of the attempt to make state-owned companies closer to the other enterprises of the market. This attempt was catalyzed by the inspiration in typical instruments of the eminently private world, such as corporate governance, which was integrated to the reality of state-owned companies.

According to Pinto Junior (2020, p. 106), when also dealing with state-owned companies and Federal Law No. 13.303/2016:

The corporate provisions of the State-Owned Companies' Law present innovations to strengthen the corporate governance of the Brazilian state-owned companies [...]. The most striking differences in treatment can be explained by the risk of political control to which state-owned companies are exposed (but not necessarily private enterprises).

Article No. 6 of the Law under scrutiny recommends the statute of state-owned companies and their subsidiaries, excelling in governance, transparency, risk management and internal controls, elements that are quite in tune with the aspirations of a greater follow-up of the actions adopted by state-owned companies, as a way to minimize deviations and incorrectness, in consonance

with the practices employed by various enterprises of the private world, in compliance with the greater attention required by the society, by the entrepreneurial world, by the control agencies, by the courts, by the Department of Justice and other State actors in view of recurrent deviations in actions and corruption cases reported by the press involving Brazilian state-owned companies.

Article 8 of the Law of State-Owned Companies fits in the sense highlighted in the previous paragraph. In this article are listed the elements that need to be observed as minimum transparency requirements:

Article 8. Public companies and government controlled companies must observe, at least, the following transparency requirements:

I – preparation of a **yearly letter**, signed by the members of the Board of Directors, **making explicit the commitment to the fulfilment of the objectives of public policies, by the public company, by the government controlled company and its subsidiaries, in order to meet the collective interest or the imperative of national security that justified the authorization** for their respective creation, with a clear definition of the resources to be used to this end, as well as the economic and financial impact of the fulfilment of these objective, measurable by means of objectives indicators;

II – adjustment of its articles of incorporation to the legal authorization for its creation;

III – **timely and updated publicizing of relevant information, especially those related to activities developed, control structures, risk factors, economic and financial data, administrators' comments on the performance, policies and practices of corporate governance, and description of the composition and remuneration of the administration;**

IV – **preparation and publicizing of a publicity policy of information**, in accordance with the legislation in force and with the best practices;

V – preparation of a policy of distribution of dividends, in the light of the public interest that justified the creation of the public company or the government controlled company;

VI – publicizing, in an explanatory note to the financial demonstrations, of the operational and financial data of the activities related to the fulfilment of the objectives of collective interest or national security;

VII – **preparation and publicizing** of a policy for transactions with related parties, **in conformity with the requirements of competitiveness, compliance, transparency, equity and commutativity**, which should be revised, at least annually and approved by the Board of Directors;

VIII – **wide publicity, to the public at large, of the yearly letter of corporate governance, which consolidates the information dealt with in item III in a single document written in clear and direct language;**

IX – yearly publicizing of an integrated report or of a sustainability report. (emphasis ours)

The provision exposed above presents valuable contents in view of the growing preoccupation of the state-owned companies, according to the legal text referred to, concerning aspects of transparency and control of their acts. One can point out, for instance, the need to publicize the information in favor of competitiveness (item VII), as well as the joint reading of items III and VIII – so as to make available to those interested information concerning risks, economic and financial data, internal control and the company's corporate governance.

Still on the subject, according to Da Silva, M. das G. and Viegas, Da Silva A. M. (2019, position 1550):

Federal Law No. 13.303/2016, answering to a constitutional determination, came to modernize the management of these companies, combining the obligations of the companies and of the Executive Power in the direction of the latter establishing the governance rules. Thus, it broadens the autonomy of these companies with a regime that combines flexibility and accountability.

The norm advanced in many aspects taking into account the reality of management and the difficulty found by the administrators.

When dealing with governance in the public sector, Fortini and Shermam (2017, p. 33) offer an interesting observation:

The World Bank, for instance, as well as OECD, possesses recommendations about governance in the public sector, including aspects such as control, organizational structures, processes and accountability. On the premise that the implementation of governance in the public sector presents complexities that are not present in the private sector (eg. the nature and type of relation established with the stakeholders or interested party), the recommendations of the World Bank seek to ensure the balance between freedom of management, accountability and the multiple interests of stakeholders.

Fortini and Shermam (2017, p. 35) also emphasize that Federal Law No. 13.303/2016: “[...] includes norms concerning governance originally conceived by private enterprise, especially in the promotion of integrity.

One can notice, thus, that the mere transposition of elements of the private world to the reality of state-owned companies, which possess some different challenges, as pointed out in the excerpt above, is not appropriate. In other words, there is a need to consider the peculiarities of state-owned companies

that, sometimes, as was made clear by the authors, are not the same of the other companies.

Still about some of the directives from foreign financing institutions, there are various contracts of state-owned companies, even prior to Federal Law No. 13.303/2016, which observe some of its specific norms. Some contracts with these characteristics will be dealt with in section 5 of the present research.

Another element that cannot go unnoticed consists in the preoccupation concerning the sustainability expressly recommended in item IX, considered above. There was already a provision concerning sustainability in Law No. 8.666/1993, article 3, when treating the observance of the *sustainable national development*. However, the law of 2016 brings a renewal of the matter (through its articles 27, paragraph 2 and 32, paragraph 1, II), motivated by the intensification of the discussions respecting the environmental area and that pervade the contracting and performance involving state-owned companies.

Article 9 foresees the adoption of a structure of risk management and internal control on the part of state-owned companies, corroborating what was expounded above. As a way of enlarging the required structuring, article 14 exposes the need to create a Conduct and Integrity Code for the state-owned companies. The scenario proves to be compliant to a greater control and monitoring of the state-owned companies' actions by competent agencies and by interested people.

Justen Filho (2018, p. 188-190) also approaches various innovations brought to state-owned companies by Federal Law No. 13.303/2016, among which the following can be pointed out:

a) the expansion of corruption fighting, for instance, through the setting of obstacles for the nomination of administrators, as recommended in article 17 of the law under study;

b) the creation of instruments related to the already praised corporate governance; reduction of bureaucratic obstructions, through the adoption of mechanisms derived from experiences of the world of private enterprise;

c) the withdrawal from the contracting regime recommended by Federal Law No. 8.666/1993, allowing for the adoption of the internal regulations of the state-owned companies, establishing their own contracting regime.

Another interesting provision is contained in article 19 of the Law, which determines the participation of a representative of the employees in the Board of Directors of the state-owned company, which points at a tendency of greater fluidity in the communications to be maintained between the state-owned company's leadership and its staff – the requirement and provision for this seat did not exist before the advent of the law under examination.

In the same spirit, in the attempt to approximate the Administration to the staff, is the provision contained in article 26, paragraph 2, of the same law, about the nomination of at least one of the members of the Statutory Audit Committee of the state-owned companies with a permanent connection with the Public Administration.

In the corporate structure of state-owned companies, according to a provision in article 24 of Law 13.303/2016, there is the need to include a *Statutory Audit Committee*, as an assistant branch to the Board of Directors, with exemplifying performance in the issuing of opinions on audit matters, supervision, monitoring of internal control and financial statements, risk assessment and exposition to which state-owned companies are subjected. An interesting parallel could be drawn between the Statutory Audit Committee and the Accounting Courts, relative to the Legislative Power, as recommended in article 71 et seq., of the Federal Constitution of 1988.

Contributing to the understanding of the context and importance of Law No. 13.303/2016, as well as of the factors that influenced its composition, one must single out Title I, Chapter III, of the legal text alluded to, which brings a provision concerning the social function of state-owned companies:

Article 27. The public company and the government controlled company will have the social function of accomplishing the collective interest or of attending to the imperative of national security expressed in the instrument of legal authorization for their creation.

paragraph 1. The accomplishment of collective interest treated in this article shall be **directed toward the achievement of economic well being and a socially efficient allocation of the resources managed by the public company and by the government controlled company**, as well as toward the following:

I – **Economically sustained extension of consumers' access to products and services** of the public company or the government controlled company;

II- **Development or use of Brazilian technology for the production and offering of products and services by the**

public company or the government controlled company, always in an economically justified manner.

paragraph 2. The public company and the government controlled company shall, in accordance with the law, adopt practices of environmental sustainability and social corporate responsibility compatible with the market where they perform.

paragraph 3. The public company and the government controlled company will be able to enter into agreements or sponsorship contracts with individuals or with legal persons for the promotion of cultural, social, athletic, educational, or technological activities, provided that they be linked to the strengthening of their brand, observing, as applicable, the bidding norms and the contracts of this Law. (emphasis ours)

According to what was exposed in the preceding section, state-owned companies should not pursue profit coolly and exclusively, this being a relevant difference in their performance vis-à-vis the other enterprises of the market. This does not mean that the state-owned company should not seek to rationalize the use of resources and to make its processes, products and services more efficient.

It is important as well for them to achieve satisfactory financial results; however, financial performance, stimulated by innovations and adjustments in the processes of state owned companies, by means of the law now under consideration, cannot ward off the recommended social function, not only in view of the article transcribed above, but of the Federal Constitution itself, which, in article 173, paragraph 1, I, provides that it is important to define the social function of state-owned companies.

Still in the universe related to the social function performed by state-owned companies, article 31 of the legal text under examination provides for the need to consider the life cycle of the contracting object, besides the observation of the constitutional principles foreseen in article 37 of the Constitution, as well as the administrative integrity, the economic viability, the sustainable national development, the connection with the invitation to bid, the competitiveness and the objective judgement.

It should be noted that the observation of the listed norms does not need to be fulfilled by the private enterprises of the market, which are not, as a rule, subjected to the controls exercised by the Accounting Courts. An eminently private enterprise does not need, for instance, in its contracting, to comply with the criterion of objective judgement for the selection of proposals presented to

them, in contrast to what is imposed as necessary in the case of state-owned companies, in consonance with the legal text brought up here.

An important point to address, motivated by the approximation promoted by Federal Law No. 13.303/2016, between the state-owned companies and the other enterprises of the market, deals with the Global Pact, proposed by the United Nations (UN), aiming at stimulating enterprises to adopt practices involving corporate social responsibility, exalting the Sustainable Development Objectives, as highlighted by Da Silva M. das G. and Da Silva A. M. (2019, positions 579-600): “The role of the Global Pact is to engage the worldwide private sector so that it may carry out actions that contribute to the achievement of the UN 2030 Agenda [...], **involving, in this effort, the state-owned companies as well.**” (emphasis ours).

In addition to the recommended social function, another essential issue to be discussed is the specification of the contracting carried out by state-owned companies: the attempt, proposed by Law No. 13.303/2016, of “modernization” of processes and rules concerning bidding in state-owned companies, which is linked to the idea of enhancing the efficiency and competitiveness in view of the other enterprises of the market, seeking to approximate the two groups of enterprises – state-owned or not – or at least reduce the abyss between them, leaving them under equal conditions.

Aiming at providing greater attraction to those interested in contracting with state-owned companies, the provisions contained in items III and V, of article 32, of Law No. 13.303/2016, are good examples. The items mentioned above honors, respectively, the parcelling of the object, as a way of attempting to include a greater number of competitors, and the policy of integrity in transactions, as a way of increasing the transparency in the processes and allowing for less dissonance in the information and greater security to the parties involved in the deal.

The aforementioned elements denote the legislator’s preoccupation in relation to a greater confidence that the transactions involving state-owned companies should convey to the society and to those that intend to contract with them, allowing for greater competitiveness and, as a consequence, potential gains in negotiations and figures involved.

Also in the field of dynamization of state-owned companies' activities and transactions, items IV, of the head of article 32, of the law, determines, in what concerns the acquisitions of common goods and services, that the preferential bidding modality to be adopted is the proclamation (according to Law No. 10.520/2002).

Nowadays, the proclamation can be carried out in electronic platforms, totally dynamic, which preclude the necessity of moving physically, since, many times, those who are interested are not in the same city of the company's head office. Various federal entities have created virtual platforms aiming at facilitating and organizing the transactions broadcast through the electronic media, among which can be mentioned, for instance, the Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo – BECSP (Electronic Trading Platform of the State of São Paulo).¹⁸³

Another novelty brought by Law No. 13.303/2016 is contained in article 34, which determines that the state-owned company keeps secret the estimated value of the contract that it intends to sign (except for the cases where the criterion of *greater discount* was adopted, according to a provision contained in paragraph 1 of this article). This did not happen before, for it was understood that state-owned companies, honoring publicity and transparency, should publish the highest values that might be spent in their contracts. .

As a result, the bidders, when negotiating with state-owned companies, already knew the highest value that they might receive; thus, there were not great incentives for the levels of the contests to become considerably below the evaluative limits concerning contracting. This scenario was quite bizarre in comparison with the one faced by the other enterprises of the market in their negotiations.

Thus, when regulating the matter, the legislator encouraged more strategic conducts concerning negotiations and expectations generated by the contests for the signing of dealings. This does not mean that the estimated value must be entirely confidential. The interested party could, justifiably and in due time, require the publicity of the estimated value, with details concerning the amount and other

¹⁸³ <https://www.bec.sp.gov.br>

information – according to the second part of the head of article 24, of Law No. 13.303/2026.

Besides this hypothesis, the information concerning the estimated values of the bidden objects by the state-owned companies must be made available to the Accounting Courts and to the internal control organs, in consonance with paragraph 3 of article 34 now under appreciation.

The federal law being discussed here deals with general norms concerning the bidding processes involving state-owned companies. However, article 40 of the legal text foresees that government controlled companies and public companies publicize and maintain in updated form the *internal* bidding and contracting *regulations* – this document must not contradict the provisions contained in Law No. 13.303/2016, and should, thus, detail internal procedural and operational aspects of the state-owned company,

Another particularity brought by the State-Owned Companies' Law is included in article 42, which discusses *specific norms for works and services* – topographically placed in Section III, Chapter I (related to bidding), included in Title II of Law No. 13.303/2016.

In this article, in its paragraph 4, there is a provision for the use of semi-integrated contracting or the definition of a basic project prior to bidding – pointing out the possibility of the alteration of the basic project in this contracting mode – in the hypothesis where there were more adequate innovations that entailed cost reduction¹⁸⁴, an element that contributes to the flexibility of the state-owned companies' contracts. In this same article, in item X, there is also the first mention in the law to the so-called “risk matrix”, whose particularities will be dealt with in a specific item in the present section.

Article 43 of the law, in its turn, deals specifically with the execution of *engineering* works and services, establishing the need for a special focus, in view of infrastructure services – such as subway works. This article provides for the admission of the following regimes, which concern the execution of engineering works and services:

a) *contract work at unit price* (item I), when there is no certainty about the amounts involved;

¹⁸⁴ Cf. according to article 42, paragraph 1, IV, in Section III, of Chapter I, of Title II. of Law No. 13.303/2016.

b) *contract work at lump sum* (item II), when the provisions relative to the amounts can be made in a safe manner in the basic project;

c) *hiring by task* (item III), for the cases that involve contracting of common short-term services, of a technical nature.

d) *full contract work* (item IV), when an undertaking is contracted as a whole, ready to be put into operation;

e) *semi-integrated contracting* (item V), in the cases in which there is the possibility of defining the amounts in the basic project, to be executed by means of different methods and technologies;

f) *integrated contracting* (item VI), for the cases in which the services and works are eminently intellectual and presuppose technological innovations or can be accomplished by distinct methodologies.

As per provision contained in paragraph 1, of article 43, all the cases must possess a basic project prior to the contracting – available to the interested parties – except in the hypothesis foreseen in item VI. Paragraph 2, in its turn, forbids the execution of the contract without the corresponding executive project under the responsibility of the party contracted, in tune with what is provided in article 44, paragraph 1, of the State-Owned Companies' Law.

It should be highlighted, however, that questionings might arise about the security concerning the contracting involving engineering works and services in state-owned companies since contracts without the executive project had been permitted.

Contents that prove to be in accordance with the greater flexibility and attractiveness of the contracts signed by state-owned companies can be found in articles 45 and 46 of Law 13.303/2016. The former expounds the possibility of establishing a variable remuneration – observing the budget limit for the pertinente contract – connected to the performance shown by the contracted party, as provided by the bid notice and the contract, through the stipulation of goals, deadlines, standards and sustainability criteria.

The latter article deals with the possibility that the execution of the contract might be carried out by different contracted parties, in a simultaneous or concurrent manner, which can, by means of a suitable express justification, provide for a greater participation of interested parties and potential earnings through economy of scale.

As an answer to the society and the entrepreneurial world, mainly in view of the recurring news of the implication of state-owned companies in corruption cases, the two articles mentioned demonstrate the legislator's intention to dynamize and modernize the contracts of state-owned companies. The aforesaid stipulation of goals, for instance, stimulates the implementation of the contracted object in a faster way, in view of the potential variable remuneration that can be settled in the agreement.

The contracts of the state-owned companies mentioned above have their contractual limits, parameterized by the bidding structure foreseen in article 51 of Law No. 13.303/2016, in consonance with the said legal article that presents the structure of the bidding modality called proclamation: judgement, qualification, adjudication and homologation.

There is, however, the possibility of inverting the phases of the procedure, according to what is recommended in paragraph 1 of the article under consideration, that is, the qualification is allowed, exceptionally, to precede the presentation of the proposals and bids, the judgement, the verification of the soundness of the proposals and the negotiation.

One gathers from the reading of paragraph 2 of the same article that the acts practiced in the bidding procedures of state-owned companies should be preferably carried out on the electronic media, which confers greater agility and modernity to the bidding of public companies and government controlled companies.

Among the criteria for the judgement of proposals, one should point out the provisions contained in article 54, items II and VII of Law No. 13.303/2016 – “greater discount” and “greater economic return”, respectively. Concerning the former, paragraph 4 determines that the discount will be applied to the lump sum or the estimated budget to be exposed in the invitation to bid.

Concerning the latter, one should point out that the provision in paragraph 6, which foresees as the aim of the criterion in question the reduction of the state-owned company's routine expenses, generating savings for the company in such a way that the bidder's remuneration will be based on the percentage of resource savings that is verified.

The criteria pointed out above showed, again, the legislator's intention to approximate the state-owned companies to the other corporations of the

entrepreneurial world, through a greater room for negotiation, stimulated by discounts and reduction targets, based on which the bidder's remuneration can be measured.

In the same vein comes the provision in article 56, item I, of Law No. 13.303/2016, which foresees that only the proposals with *uncorrectable* defects must be disqualified. Therefore, *a contrario sensu*, it is to be understood that proposals with correctable defects should be "saved" provided that the defect be corrected and the proposal proves to be advantageous to the Administration.

Following the dynamization of the contracting bases of state-owned companies comes the "permanent pre-qualification", foreseen in item I of article 63 and in article 64 of the Law of State-Owned Companies, which is open to any interested party and valid for up to one year (according to a provision in the head of article 65).

It consists in a register created prior to the bidding so as to cater with more agility to the needs of the factual cases and with the aim of identifying promptly the suppliers who have the necessary requirements for the fulfilment of the contract, whose object may be the purveyance of goods or the rendering of services, within the deadline, in accordance with the norms and in the locations previously established – according to item I of article 64. This pre-qualification can also concern goods that meet technical demands and with a quality standard established by the Administration (in consonance with item II of article 64 of Law No. 13.303/2016).

Moreover, according to article 71 of the Law of State-Owned Companies, the contracts supported by this legal instrument cannot have indeterminate duration, even if it is, trivially, more than five years – except for projects included in investment and business plans of the companies. Still, either for the nature of the business or for the practice of the sector, the contracting is not allowed a term exceeding the limit stated above – ordinarily established by this Law.

3.1 – THE NEW LIMITS BROUGHT BY LAW No. 13.303/2016

One great spirit of Law No. 13.303/2016 consists in the modeling of the contracts permeated by values and guidelines of the private world, as provided in article 68. Not by chance, the exorbitant clauses characteristic of the

administrative contracts were warded off, as a rule, by the nonconstitutional legislator on the occasion of the preparation of the law under consideration.

Article 72¹⁸⁵ of the legal text examined brings a provision about the possibility of modifying contracts only in the hypotheses in which there is agreement among the parties involved. Therefore, there was, at the present time, the removal of unilateral alterations on the part of state-owned companies, which conferred greater security on the parties that negotiate and contract with state-owned companies, considering that possible alterations can only be put into operation if all those involved in the contract consent to them.

Complementing the innovation highlighted above, there are in article 81 of Law 13.303/2016 provisions relative to alterations in contracts. From the analysis one can infer that the public administrator now has a greater discretionary margin in necessary adjustments and adaptations on the occasion of the development of contracts. One can find examples to be mentioned in items and paragraphs of the said article:

- a) for a better adequacy of the technical objectives of the contract (item I);
- b) when there is the need to alter the value of the agreement (item II);
- c) in the hypotheses in which the replacement of the guarantee of the execution proves to be pertinent (item III);
- d) in the hypotheses in which the technical analyses demonstrate the relevance of the alteration of the execution regime of the service or work that proved to be inapplicable to the particular case (item IV);
- e) when the payment form proves to be necessary in view of supervening elements (item V);
- f) when the recovery of the balance originally intended by the parties implies a necessary alteration in the contract for the reinstatement of what was agreed in the initial moment (item VI).

In view of what was expounded above, the alterations concerning the reappraisals of methods and techniques, as well as the verification of the practical ineptitude of the intended elements in the first moment of the contract, help to prove the inclination on the part of Law No. 13.303/2016 towards honoring the agreements among the involved parties, as well as the adjustments and

¹⁸⁵ Article 72. The contracts ruled by this Law can only be altered through agreement between the parties, an adjustment that results in violation of the obligation of bidding being prohibited.

adequacies resulting from the discussions and consensuses among the parties, aiming at causing the least number of conflicts that might obstruct the course and implementation of what was contracted, meeting the parties' desires and the justified appropriateness of the alterations that prove to be pertinent to the best or most adequate unfolding of the contractual terms, always in attention to the initially agreed balance, bringing, with this, a greater level of security and strength to the wishes of the parties involved.

From the reading of paragraph 1 of article 82, the possibility - not imperative – appears crystal clear of the party accepting, in the same forms already agreed, increases or reductions, within the limits imposed by the legislator – with the exceptions contained in the hypotheses of agreements among the parties provided for in paragraph 2 – up to 50%, in the cases of renovation of buildings or equipment; and up to 25% in the other hypotheses.

The legal text of 2016 is explicit about allowing the party – removing the exorbitance of the contractual clause praised in previous times -, to accept or not the accretion or suppression intended by the opposite party of the deal. Formerly, under the aegis of Law No. 8.666/1993, based on its article 65, paragraph 1, there was not a right, but the obligation to suppress or increase, within the legal limits and before the will of Public Administration, which are factors that may interfere in the compounding of values and prices proposed by the parties interested in contracting with the public powers.

According to Di Pietro (2018, p. 355-356), concerning the subject of increases and suppressions:

We have understood that only the quantitative alterations are subjected to the limits of 25% or 50% mentioned in article 65, paragraph 1 of Law No. 8.666 (...) To the power to alter one-sidedly, conferred on the Administration, corresponds the **right** of the party contracted to have the **economic and financial balance** of the contract maintained, thus considered the relation established in the moment the adjustment is signed [...] (emphasis ours)

The previous imposition relative to the acceptance of increases and suppressions on the same contracted terms proves to be discordant regarding the reality experienced by the private enterprises of the market. It does not appear as a reasonable element in relation to the present contracting of state-owned

companies, whose juridical nature is that of private law. Not by chance, the legislator foresaw the Administration's pursuit of the most advantageous proposal, warding off elements that might hinder the operationalization of the search for the best – the reason why the removal of only the uncorrectable defects was allowed (see article 56, item I, of the Law of State-Owned Companies).

Another factor that must be highlighted concerns the corporate governance practices that should permeate the activities and structures of state-owned companies (see article 9, paragraph 1), granting expansion of the transparency of their actions, further follow-up of their conducts and decisions and, consequently, allowing the society to exert greater and more effective control over the contracts led at the heart of state-owned companies.

The control to be exerted by the society, the internal agencies, the Department of Justice and the Accounting Courts, operates in tune with the provisions contained in a specific chapter designed by the legislator for the inspection to be conducted by the State and the society, including the perspectives of economic viability, legitimacy and efficacy in the application of resources, through financial, accounting, proprietary and operational angles (according to the head of article 85 of the Law of State-Owned Companies).

Moreover, facilitation was provided through the mandatory publicizing, monthly, updated, and complete, in electronic media (in the time-limit of up to two months) about the executions of pertinent contracts and budgets (see article 88 of Law No. 13.303/2016), without, however, any interference in the autonomy of the state-owned companies (article 89), nor intervention in the conduction of their public policies and in the exercise of their competences (in attention of article 90 of Law No. 13.303/2016).

3.2 – THE RISK MATRIX OF STATE-OWNED COMPANIES' CONTRACTS

An innovation brought by Federal Law No. 13.303/2016, which deserves to feature in a specific subitem, deals with the risk matrix of state-owned companies' contracts, which represent a broader group that houses the administrative contracts, signed at the heart of the indirect Administrations of the federative entities. According to De Araújo (2018, p. 746-748):

Public contract is **genus**, of which *administrative* contract is species. There is, thus, beside administrative contracts as such, contracts of constitutional law, of international law, of tax law.

[...]

If it is true that every '*administrative contract*' is a contract 'of the *Administration*', for it demands its presence in the agreement, but not conversely: not every contract '**of the Administration**' is an '**administrative contract**' [...]. (emphasis ours)

According to Zanetti (2013, v. p. 456), when dealing with the risks of private contracts:

The delimitation of the deal contents is basically in charge of the parties contracting. For private law, all are free to take risks that are considered appropriate. However, they cannot refuse, later, the consequences of their materialization. Freedom and responsibility are sides of the same coin.

In the same work, the author advances his analysis of this subject and expresses an important reservation regarding the long term contract, whose effects are postponed over the course of time. He exposes the need to consider the relevance of the elements that might cross the execution of the contracts – not all of them relevant – as well as the context and scenario of the market on the occasion of the respective signings and executions.

He concludes that the party that acts in a straightforward manner and in consonance with what was agreed cannot be punished by the juridical universe, and the freedom granted to the parties must be honored, to assume or not assume the intended responsibilities through the agreements to be signed (Zanetti, 2013, p. 461-467).

According to Da Silva, M. das G. B. and Da Silva, A. M. V. (2019, positions 1735-1745):

[...] The uncertainty of potential events is appraised from two perspectives – probability and impact. Probability represents the possibility of a certain event occurring and impact represent its consequence/effect.

[...] The concept of risk is an uncertain, future event, associated to a negative event.

The identification and allocation of trade risks pertain to private law. Law No. 13.303/2016 sought inspiration in the said area in such a way that the risk matrix was introduced in the deals of state-owned companies. In other words, once again, through elements consolidated in the framework of private law, a

dynamic attempt at approximating state-owned companies to the other companies of the entrepreneurial world.

Besides this, the idea of the risk matrix is linked to the precaution principle. According to Pedreira (2013, p. 186), when commenting on the principle mentioned above in his master thesis: “The precaution principle is based on the perception that any doubt must be considered as an authorizing factor for implementing a measure in order to ward off danger.”

The risk matrix seeks to identify factors that may trigger accountability of any of the parties involved in the deal. Therefore, there is a close relation with the principle mentioned above.

The provisions concerning contracts appear in articles 68 et seq. of Law No. 13.303/2016. In the head of article 68 there is already an important provision brought by the law in question, concerning the application of private law norms to contracts signed in the sphere of state-owned companies, under the aegis of the law at issue – one might deduce from the application of the private framework to the contracts of state-owned companies that there is no more, for example, the widespread application of the exorbitant clauses foreseen in article 58 of Law No. 8.666/1993.

In this respect, let us consider the comments by De Araújo (2018, p. 759): “Traditionally [...] the idea that the Administration is exorbitant and derogatory of ordinary law has been used to designate the clause that indicates the position of supremacy of the Administration in the Administrative contract.”

However, reading articles 82 et seq. of Law No. 13.303/2016, one notices that the administrative sanctions remain with the privileges to be applied in a unilateral way by the Administration – the consensual conduction of the course of the deals to be contracted representing an exception:

Article 82. The contracts must contain clauses with administrative sanctions to be applied as a result of unjustified delay in the execution of a contract, submitting the party contracted to a late payment penalty, in the form foreseen in the invitation to bid or in the contract. .

Paragraph 1. The penalty alluded to in this article prevents the public company or the government controlled society from rescinding the contract or applying the other sanctions foreseen in this Law.

Paragraph 2. The penalty, applied after regular administrative proceeding, will be deducted from the security of the respective contracted party.

Paragraph 3. If the fine is of higher value than the value of the security provided, besides its loss, the party contracted will be accountable for its difference, which will be deducted from the payments potentially due by the public company or the government controlled company or, yet, when appropriate, judicially charged.

Article 83. **Upon the non-execution, total or partial, of the contract, the public company or the government controlled company may, the preliminary statement guaranteed, impose the following sanctions on the party contracted:**

I – admonition;

II – fine, in the form foreseen in the invitation to bid or in the contract;

III – temporary suspension of participation in bidding and impediment to contract with the sanctioning entity for a period not exceeding 2 (two) years [...]. (emphasis ours)

Among the mandatory clauses of the contracts, above all those referring to engineering works and services, delimited by Law No. 13.303/2016, there is the risk matrix – according to a provision contained in item X, of article 69 of the State-Owned Companies' Law. This Law brings in its article 42, item X, the concept of risk matrix::

Article 42. In bidding and contracting of works and services by public companies and government controlled companies, the following definitions shall be observed:

X – risk matrix: contractual clause that defines the risks and responsibilities between the parties and characterizes the initial economic and financial balance of the contract, in terms of the financial burden resulting from events supervening the contracting, containing, at least, the following information:

a) **listing of possible events supervening the signing of the contract, which can have an impact on the economic and financial balance** of the agreement, and provision for potential necessity of the edition of an additive term when the events should occur;

b) **exact settlement of the fractions of the object in which there will be freedom on the part of the parties contracted to innovate in methodological or technological solutions**, in results obligations, in terms of alteration of solutions previously outlined in the draft or basic project of the bidding;

c) **exact settlement of the fractions of the object in which there will not be freedom on the part of the parties contracted to innovate in methodological or technological solutions**, in no

results obligations, there having to be obligation of identity between the execution and the solution pre-established in the draft or basic project of the bidding. [...] (emphasis ours)

By risk matrix is understood, in tune with the legal text reproduced above, a survey of the elements relevant to the deal to be signed, important for the maintenance of the balance originally intended and agreed on, which permits identification and mapping of the factors that will, or will not, make revisions and adjustments possible. Consequently, what is not included in the risk matrix cannot motivate alterations on the occasion of the execution of the contract.

The chart below – taking into account that the layout and the format of the cells is not unchangeable – is an example that helps to demonstrate the relation that the risk matrix seeks to identify between the chances of the occurrence of the harmful event and the respective magnitude of the consequence of the said damage: chart – Risk Matrix:

PROBABILITY	HIGH	MEDIUM	HIGH	HIGH
	MEDIUM	LOW	MEDIUM	HIGH
	LOW	LOW	LOW	MEDIUM
		INSIGNIFICANT	MODERATE	DISASTROUS
		IMPACT		

Source: <https://ferramentasdaqualidade.org/app/uploads>¹⁸⁶

¹⁸⁶ Taken from the website: <https://ferramentasdaqualidade.org/app/uploads/2019/06/figura-1-exemplo-de-matriz-de-riscos.png> (access on July 27, 2020 at 3:19 p.m.).

According to Massonetto (2015, p. 45-46), given the difficulties and the suspicions that the unfolding of the contracts involving state-owned companies entail:

[...] it is possible to draft a matrix for the recognition of the determining elements of the individual decisions in infrastructure projects that reflect on the field of juridical dogma. From the perspective of the overall structuring of the project, such matrix must indicate: (i) the characteristics of the project [...]; (ii) the corporate structure of the unit executing the project [...]; (iii) allocation of risks among the parties according to their share in the investment; (iv) the sources of the resources (funding) [...]; (v) the group of warranties [...].

It is interesting to point out that the excerpt above was extracted from a work published in 2015 – thus prior to the passing of the law under consideration, which occurred in 2016. The author's point of view helps to demonstrate the preoccupation exposed before the approval of the state-owned companies' law, having in mind the uncertainties felt by investors and by those that did business with state-owned companies in Brazil – who, before the passing of Law No. 13.303/2016 had the contracts subjected, for instance, to the application of the already mentioned exorbitant clauses, besides being submerged in seas of bureaucracy and limited by a regime farther from the private world – so that the scholar's view and that privileged by the legislator, in the law now examined, prove to be convergent.

It becomes relevant to highlight that it has not been long since Law No. 13.303/2016 – including, therefore, the risk matrixes – has been in full force in this country, since article 91, of the said legal text, granted state-owned companies a term of twenty-four months, counting from the publication of the law, on July 1st, 2016, according to article 97, in order that they should carry out the necessary adaptations, among which the approval of the Internal Regulations foreseen in article 40 of the legal text under consideration.

Thus, it was only from the middle of 2018 – nearing the twenty-four months that had been granted – that Law No. 13.303/2016 came to be applied in a complete manner, keeping in mind that, for a lengthy period, state-owned companies will still have to maintain contracts ruled by Law No. 8.666/1993, that is to say, all the agreements signed prior to the coming in force of the Internal

Regulations of state-owned companies, according to a provision in article 40, mentioned above.

Appropriately, in section 5 of the present work, some examples of contracts agreed in the sphere of the state-owned company Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/SP (the Subway Company of the State of São Paulo) will be presented, among which there will be an instance of a risk matrix designed for a specific factual situation.

3.3 – EXEMPTION FROM BIDDING AND CONTRACTING: FEDERAL LAW No. 13.303/2016

Beginning with article 28 of Law No. 13.303/2016, are the provisions referring to bidding and hypotheses of unclaimability and exemption concerning state-owned companies. As a rule, it is a duty to observe the bidding procedures – however, there are cases that are exceptions to this rule, according to provisions contained in articles 29 and 30 of the legal text, which will be presented below.

Article 29 proposes provides for an increase in the values that permit exemption from the bidding procedure, in comparison to Law No. 8.666/1993¹⁸⁷. According to the text above, the values for engineering works and services that could be exempt from bidding for state-owned companies amounted to up to R\$ 30,000.00 (thirty thousand reais); for other services and purchases, up to R\$ 16,000.00 (sixteen thousand reais). The values, updated by Federal Executive Order No. 9.412/2018, would be, respectively, R\$ 66,000.00 and R\$ 35,200.00.

¹⁸⁷ Article 24. Bidding is dispensable:

I – for engineering works and services that amount to up to 10% (ten per cent) of the limit foreseen in subparagraph “a” of item I of the previous article, provided that they do not refer to parts of the same work or service or, still, for works and services of the same nature and in the same place that can be carried out jointly and concomitantly.;

II – for other services and purchases of value up to 10% (ten per cent) of the limit foreseen in subparagraph “a” of item II of the previous article and for alienations, in the cases foreseen in this Law, provided that they do not refer to parts of the same service, purchase or alienation of greater importance which might be carried out at the same time;

[...]

Paragraph 1 The rates referred to in items I and II of the head of this article will be 20% (twenty per cent) for purchases, works and services contracted by public consortiums, government controlled companies societies and by qualified autarchies or foundations, as provided by Law, as Executive Agencies.

According to the text of Law No. 13.303/2016, engineering works and services, amounting to up to R\$ 100,000.00 (a hundred thousand reais) are exempt from bidding. For all the other services and purchases, the value that permits exemption is up to R\$ 50,000.00 (fifty thousand reais), being that in neither case the exemption values are allowed to correspond to parts of the contracted work or service, in which case a distortion of the spirit of the law would occur, according to items I and II, respectively, of the said article.

The values established by the law of 2016 represent an increase of almost fifty per cent of the values (updated) recommended by Law No. 8.666/1993. This scenario indicates a greater range of the cases that allow for exemption, enabling release concerning the bureaucracy of the bidding process, often time-consuming, which, consequently, may prove to be an obstacle to the dynamism required by the entrepreneurial world.

Article 29 contains items VII¹⁸⁸ and XVII¹⁸⁹, which do not appear in article 24 of Law No. 8.666/1993. Said items deal with, respectively, the exemption for contracting of a Brazilian institution related to the resocialization of prisoners and for the donation of movable property with the aim of serving social interests. One can notice, through the examination of the items above, that the social function of state-owned companies requires special attention, so much so that the legislator honors and stimulates the promotion of prisoners' resocialization and the donation of property of social interest.

Another most interesting content is brought in paragraph 3 of article 29 of Law No. 13.303/2016. It concerns the possibility of the limits imposed in items I and II of the head of the same article being modified – so as to show themselves to be consistent with cost variation:

Paragraph 3 The values established in items I and II of the head may be altered to reflect cost variation, by deliberation of the Board of Directors of the public company or the government controlled company, different values for each society being admitted.

¹⁸⁸ VII - in contracting a Brazilian institution regimentally or statutorily charged with research, teaching or institutional development or an institution dedicated to the resocialization of prisoners, provided that the party contracted has unquestionable ethical and professional reputation and does not have lucrative purposes.

¹⁸⁹ XVII - in the donation of movable property for ends and uses of social interest, after appraisal of its socioeconomic opportunity and appropriateness in relation to the choice of another form of alienation.

The provision in the paragraph transcribed above demonstrates the legislator's sensibility, when allowing that the Board of Directors of state-owned companies make changes in the legal limits that restrict the cases of bidding exemption – enabling the adjustment and appropriate reflection of the cost variation faced by the companies. However, this cannot represent a “blank check” since all the actions must be duly justified and are subject to the control of the Accounting Courts.

Article 30 of the Federal Law No. 13.303/2016 foresees the possibility of the contracting to be done in a direct form, that is, without following the bidding proceeding, in the hypotheses in which the required competition is impracticable. However, item II of the legal article referred to expressly prohibits the unclaimability to divulging and publicizing services.

Therefore, the cases that include acquisitions of goods or products supplied exclusively by an agent or enterprise (item I), as well as those which involve contracting of specialized technical services by professionals with specific expertise involving intellectual or artistic works, can be contracted in a direct manner (item II):

Article 30. Direct contracting will be carried out when competition is unfeasible, especially in the following hypotheses:

I – acquisition of goods, equipment, or others supplied by an exclusive producer, enterprise, or commercial agent;

II- contracting of the following specialized technical services by professionals or enterprises with notorious specialization, being prohibited the unclaimability to services of publicizing and divulging:

- a) technical studies, planning and basic or executive projects;
- b) opinions, expert examinations and appraisals in general;
- c) technical counsel or advice and financial or fiscal audits.
- d) inspection, supervision or management of works or services;
- e) support or defense of judicial or administrative cases;
- f) personnel training and development;
- g) restoration of works of art and of assets of historical value.

A significant definition of what is understood by ‘notorious specialization’ appears in paragraph 1 of the article now being discussed. The legislator believed that the professional endowed with the said notorious specialization presents an “essential” and extremely “adequate” work for the fulfilment of the object to be contracted – these reasons would justify the removal of the trivial bidding

proceeding. In tune with paragraph 3, of article 30 of the Law, all direct contracting, when appropriate, must observe:

- a) the framing of a situation of calamity or emergency (item I);
- b) the reason for the choice of the professional or enterprise (item II);
- c) the duly justified price (item III).

Thus, the hypotheses of unclaimability and exemption represent exceptional situations – emphasizing, again, that the rule is competition, through the bidding dictates. Not incidentally, there is the provision, in paragraph 2 of article 30, that permits the sympathetic accountability of those those who are responsible for direct contracting, along with the supplier or service provider who generate loss to the Administration as a result of overpricing or overbilling, verified, for example, by the Accounting Court.

After the exposition of the new limits and of the foundations of the present contracting of state-owned companies, issues will be discussed below, which involve the weight of public investment and expenditure for the implementation of infrastructure works, especially in the subway sector, conducted by state-owned companies that provide public services.

4 – THE WEIGHT OF PUBLIC INVESTMENT AND EXPENDITURE

The Brazilian State has continental dimensions and the implementation of infrastructure works proves to be a challenge, not only because of the characteristic heterogeneity of the national scenario, but also by virtue of the heavy bureaucracy that permeates the governmental and private relations.

The scope of the present section is to present the relevance that the public role exercises in the implementation of infrastructure works in the country, mainly in the subway section, led by state-owned companies that primarily provide public services, a reason that justifies the conceptualization and adequate positioning regarding the issue, carried out in a previous section of the present work.

In Brazil, for instance, the first subway company was created late, in comparison with other subways in the world¹⁹⁰, in 1968, in the city of São Paulo, in consonance with Municipal Law No. 6. 988/66 (which allowed for the creation of the Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô SP), and with Municipal Decree No. 7.489/68. The beginning of the commercial operations occurred in 1974, on the stretch between Jabaquara and Vila Mariana.

The context of the moment mentioned above is reported in an interesting way by Preston (1996, p. 646), which shows the robust performance of the State in the rendering of services and in public works in the 1970s, also as a mechanism to combat inflation, in an attempt to stabilize the economy – engulfed by various elements, such as the heavy bureaucracy, excessively centralized decisions, inadequate financial investments.

In the 1970s, central governments used public enterprise as a tool to battle the rising costs of inflation or as macroeconomic stabilization instruments. [...] However, protecting prices within the public enterprise in order to control any increase in the general price level eventually destroyed the financial position and overall efficiency of the enterprise itself. [...] They were plagued by bureaucratic interference, overly centralized decision making, inadequate capitalization, managerial ineptitude, excessive personnel costs, and high labor turnover. Faced with such difficulties, Latin American governments sought to resolve the

¹⁹⁰ The subway of London, for instance, started its operation over a century ago, in 1863 – according to the information gotten from the following website: <https://www.dw.com/pt-br/1863-londres-inaugura-o-primeiro-metr%C3%B4-do-mundo/a-297312> (access on August, 29, 2020, at 5:59 p.m.).

problems by turning back to private ownership (Preston, 1996, p.646).

It is important to stress, still in consonance with Preston's teachings (1996, p. 649), that the eventual transfer of the execution of activities to the private sector is far from signaling the absence of state action. On the contrary, governments continue to perform a significant role – however, in a new definition of attributions.

In addition, the process of valuation of the compounding between the public and private sectors is complex. It cannot be unreasonably high for it would drive off investors, but it cannot be too low either, since it would give the population the impression that the State would be practically giving away its assets.

However, we dare to disagree with Preston's understanding (1996, 663) that the State "alone" could determine the success or the failure of the efforts relative to the downsizing of the state structure through the transfer of ownership to the private sector.

The disagreement consists, in the present study's understanding, in the fact that the State "alone" would not be able to implement successful or failed undertaking related to transfers of ownership from the public to the private sector – vulgarly¹⁹¹ denominated "privatizations", since the State "alone" is able to do little in the direction of materializing its intentions. The combination of ideas and actions complementary to those of the State is extremely relevant and it would not be reasonable to imagine the solitary action of the government as the only instrument responsible for achieving the intended targets.

The excess of governmental expenditure cannot guide State practices. This was the reason why the transfer of activities and the stock compounding occurred. In this regard, praising the mandatory fiscal responsibility of the Brazilian government, Chacon de Albuquerque (2000, p. 173) points out:

Brazil can no longer live beyond its means. Excessive government spending undermined the country's reputation in the international financial markets. [...] The private sector has advanced in terms of equality. The public sector should do the same.

¹⁹¹ Vulgarly, thus, in the case of state-owned companies, there is already the nature of private legal entity, therefore, it would not be fit to speak of "privatization", but of transfer of majority ownership from the State to private entities.

To continue speaking of excessively expensive infrastructure works – such as, for instance, subway works – requires the need to expose what is understood by “infrastructure” per se, according to what Massonetto (2015, p. 35) explains:

Infrastructure is a fixed social capital, normally of a public nature, which is part of the total capital of national economies. It possesses a close relation with industrial capital, constituting important input for the increase of factor productivity, economic growth and also as part of the strategy of national development.

From the excerpt above one can gather the relevant role that infrastructure plays in the economic scene as well as in the development of a given place. In a large and dense urban center, such as, for example, the metropolitan area of São Paulo, it is impossible to dissociate among the infrastructure works those relative to the mobility of millions of passengers per day, either through subway lines, railway lines, bus lanes, airport routes or roads or highways. Besides passenger transportation, it is necessary to emphasize the importance of infrastructure for the flow of national and imported industrial products.

The role of the State is crucial for the implementation and strengthening of infrastructure, especially in unequal countries like Brazil, either for the bulky investments that prove to be indispensable or for the considerable amount of time and number of people necessary for the execution of the corresponding activities.

As Massonetto (2015, p. 39-40) points out, the public credit assumes an essential role in this scenery and new forms of regulating the financial activity have become presuppositions for public financing policies:

[...] in the context of permanent fiscal austerity, replacing the cyclical policies of the previous period, the State began to encourage mechanisms of private financing of the economic and social infrastructure, acting as a reducer of risks inherent to this activity.

Even if the models of investment and action in infrastructure areas have acquired new complementary forms in relation to those existing formerly, the State remains as an essential actor in the undertaking since it features as a public risk manager through granting of financing in more satisfactory and attractive patterns than those generally offered in the market. This is a primordial role in unstable political and economic settings, such as the Brazilian one, functioning also as a way to attract a greater number of potential investors.

For Massonetto (2015, p. 48-49), through the said risk reduction, the State minimizes the uncertainties and instabilities concerning the investments in the

infrastructure area, using the guarantee of the conclusion of the project and/or the payment. As an example, one could mention the insurance contracts which guard against the so-called acts of God and the imposition of arbitration in the necessity of conflict resolution.

Still, according to this author, it is evident that:

Public management of long-term uncertainty and of the development of a confidence state are indispensable elements for the individual risk management and for the measurement of the uncertainty subjectively grasped. (Massonetto, 2015, p. 44.)

Going further, Massonetto (2015, p. 47) also emphasizes that the access to information is an essential element for the transformation process of uncertainty into more measurable risks.

Relevant mitigation mechanisms concerning risks regarding excessive values in infrastructure work contracts will be explored in the following section.

4.1 – MECHANISMS OF MITIGATION OF PUBLIC EXPENDITURE

The financing required by infrastructure works is shown to be complex so as to ask for a project, usually denominated project finance, which must be consistent with the elements related to the financing techniques and strategies of an enterprise, according to what Nébias and Warde Jr. (2015, p. 53) expound.

The project finance appears as an interesting tool for the viability of infrastructure works. It differs from traditional financing because, while project finance is linked to the project cash flow – it is necessary to demonstrate the potential viability of the project to be financed, with the resulting generation of cash flow -, the traditional modality of financing is connected to the history of the generation of cash and profit – through analyses of accounting and financial demonstrations, according to Nébias and Warde Jr. (2015, p. 69).

A most interesting analysis is once more done by Nébias and Warde Júnior (2015, p. 57), about the importance of the project finance in times of crisis since in turbulent periods some state administrators – including for the maintenance of the circulation of the local economy – think that the continuity of investments in infrastructure works is relevant, with potential positive return to the population, being, thus, the project finance a form of State action on the economy.

In Brazil, the situation exposed above did not prove to be distant. Brazilian history portrays, especially up to the beginning of the 1990s, the intensive action

of the State on various sectors of the economy through the state-owned companies. However, said action acquired a new contour – not necessarily excluding the state-owned companies – related to the idea of the State as project financier, enhanced by the connections established by the already mentioned project finance, as Nébias and Warde Júnior (2015, p. 60) rightly observe.

However, the idea of the State as financier, according to what was mentioned above, has as one of its focuses the mitigation of risks to those that undertake in the infrastructure area. Nevertheless, even attenuated, the risks remain, among which Nébias and Warde Júnior (2015, p. 71-85) point out:

- a) the risk of the project itself, inherent to its nature and potential indebtedness level;
- b) the adequate identification of the risks that the project itself involves;
- c) the correct adoption of the contractual structure;
- d) the adequate administration of the identified risks;
- e) the risk of not concluding the financed project;
- f) the risks involving the operation phases, involving to the operation itself;
- g) the risks related to the unpredictability of the economic conjuncture of the market, to the normative regulatory local structure, to the possible political conflicts that may affect – directly and/or indirectly – the financed infrastructure work, to the possibility of events that prove to be external to the will of the parties (“acts of God”).

Nevertheless, having the above factors in mind, the State cannot concentrate in its hands all the responsibility concerning the risks of the complex infrastructure works. As said before, the State can assist in risk reduction, there being a part that must be borne by the party that carries out the activity since all the tasks entail risks – which may be considered in a better or worse way, in the case of a crisis and/or an unforeseen event.

An example of a measure to be adopted by the private sector, as a complementary mechanism to those provided by the State and as a reducer of externalities that might affect the completion of the infrastructure work, would be the contractual hedging, which implies the idea of a shield, a kind of shelter for those who protect themselves by means of structured measures that aim at safeguarding those who make use of the measures in case of contingencies.

As John Thomas Plecnik (2011, p. 929) rightly points out, “hedging” requires a certain degree of sophistication since the peculiarities of the complexities of the specific case must be known, compound with one another and taken into consideration on the occasion of the modelling and structuring of the “hedging” pertinent to the case. The forex hedge, for example, means security for those who pay a premium - analagous to the insurance contract – and that will be repaid if there is an abrupt variation in the Exchange to which the “shielded” contract is subjected, which would affect its continuity.

Another factor that cannot be neglected and is a vey significant element when attracting investors – also with the intention of helping to minimize the considerable weight of the State in the performance of the activities – is inflation, characteristic of less solid economies that are more vulnerable to political, social and economic instabilities.

The Brazilian case – although in reality less settled than that prior to the Real plan of 1994 – helps to illustrate the already mentioned reality, representing a factor to be considered when evaluating the investments made in infrastructure works in the country.

In tune with the confrontation, demonstrated by Plecnik (2011, p. 935), between new Keynesians and the Austrian School of Economics: differently from the former, for this school inflation does not consist in an increase in prices. This would be one of the reflections of inflation, which could be characterized by the increase in the demand for issuance of money, then nonexistent for the purchase of a given asset, by virtue of increase in demand, causing the decline of purchasing power of a monetary unit.

Moreover, it should be emphasized that inflation has a perverse side that generates, on the one hand, the reduction of the individual’s purchasing power and, on the other, the potential growth of the government’s wealth at the taxpayers’ expense, through the inflation tax which was evidenced by Plecnik (2011, p. 938) and consists in the sum of the decrease of the value of the monetary unit cause by inflation, with the possibility that the increase in taxation mechanisms by the State being triggered in view of the distortions caused by inflation.

From the perspective of risk reduction and of the weight of the State structure, an interesting discussion is held by Da Silva, D. T. (2015), involving the

confrontation between the “lowest cost” and the “lowest quality”, for one may think that lowest investments and, consequently, lowest costs, do not allow for the offering of a quality service and/or a product. However, this is a challenge to be faced by the actors involved since the adoption of more advanced methods, linked to technological innovations and new practices, helps to approximate the finding of balance to the pertinent equation:

To deal with the problem of providing quality service at an affordable price as well as encouraging the development of transportation activities is not an easy task and involves many choices on the part of the public power in the structuring of a model of service rendering, besides the decision about higher or lower remuneration. (Da Silva, D. T., 2015, p. 242)

In other words, the excerpt above suggests that the eminently monetary result cannot be blindly pursued when the case is providing a service or offering a product to the collectivity. Various observations must be made and taken into consideration. A quality service, as, for instance, the subway, is costly, not only from the viewpoint of the investment in technology for the construction of new lines, but also with respect to the maintenance of the structure, aiming at offering the passenger not only quality but also security.

Therefore, the moderate tariffs reflect a public policy that should permit the most general access of the population to the lines of the system. The remuneration of the company should be pursued for the maintenance and enhancement of the correspondent corporate structure. However, it cannot render the provision and access to the services impracticable.

For Da Silva D. T. (2015, p. 258), in the context presented above, the financing of the activity as a source of promotion – through loan agreements, subscription of securities, minority stock ownership of state-owned companies in creditor enterprises -, proves to be an essential tool in view of the bulky investments necessary and of the high interest rates usually practiced in the market. However, the public resources are finite, which is why allocations must be made in activities relevant to the society. (Da Silva, D. T., 2015, p. 256)

Continuing to examine Da Silva’s studies and his research on the subject, one can find the exposition of a reverse logistics concerning financing provided by the State in comparison with financing existing in the market.

[...] the higher the risks involved in the undertaking the more pronounced the presence of funding whereas it should be

exactly the existence of such risks that would make private financing more costly. Also, the systemic importance of the undertaking or the public interest in the lowering of the final price of the asset or service justify public financing in favorable conditions. (Da Silva, D. T., 2015, p. 257)

There is, however, intense criticism of the use of public resources by public companies. Nevertheless, there are reasons that justify this occurrence, among which Da Silva, D. T. (2015, p. 262-264) points out:

a) the relevance of infrastructure sectors for places, their populations and economies;

b) the extremely high cost of infrastructure works for providing services to the collectivity, which would render fund raising impracticable in conformity with the criteria ordinarily established in the private market;

c) financing fostered by the State would allow for the reduction of capital cost and, consequently, would make possible beneficial effects for the users.

Continuing the criticism of the subject, the author emphasizes the lack of regulation concerning the matter in Brazil so that the choice of financing mechanisms is made in an eminently discretionary way, permeated by the actions of political agents (Da Silva, D. T., 2015, p. 267).

Again, the view of the author mentioned above is stressed, with which the present work converges, in the sense that the model adopted for the completion of the infrastructure works in Brazil, especially since the 1990s, has been intrinsically linked to the reduction of the weight of the state machine, through alleged privatization processes that used public money and, consequently, financed by the collectivity (Da Silva, D. T., 2015, p. 276).

Following the reduction of the state structure, Scaff (2015, p. 278-279) emphasizes that the State's action penetrates in the veins indicated by the private sector and not necessarily in the veins that it does not want to irrigate and that do not want to be tackled by the private sector.

That is to say, according to Scaff, the State would perform where the private sector wants it to act, not where the private sector does not want to act. The public power acts as a breaker of barriers concerning infrastructure undertakings and works, which must refer to strategic sectors relative to the development of the place.

He also affirms that, in this scenario, the State, besides receiving guarantees, provides them as well (Scaff, 2015, p. 294), as a way of conferring greater undertaking security to those who make an agreement with the public power, in the attempt at reducing the machine and the total costs of state-owned companies.

However, at this moment, it is possible to envision a potential contradiction, as was evidenced in a previous passage of the present work, since the envisioned exoneration of the State, through greater participation of the private sector in its activities in infrastructure works, possesses as an operationalization component the injection of state financing and guarantee providing to private participants in the undertaking.

An example to be mentioned is Fondo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP – (Private Public Partnership Guarantee Fund), whose objective consists in the fulfilment of obligations assumed by partners coming from federative entities, in view of partnerships ruled by Law No. 11.079/2004 – a text that institutes general norms for bidding and contracting in Private Public Partnerships in the framework of Public Administration -, subsequently altered by Law No. 12.766/2012, according to Scaff (2015, p. 298).

A healthy characteristic of the FGP, still in Scaff's opinion (2015, p. 301), is the non-submission of its resources to the infamous system of court order (for cash payment), a factor that renders its application more attractive and feasible for private investors. However, for Scaff (2015, p. 303), this does not mean that the resources originating from the FGP are not subjected to the control of the Federal Court of Accounts since there are predominantly public funds of a federal nature in their compounding.

Another mechanism to mitigate the weight of infrastructure contracts consists in the application of a readjustment clause, including a debate about the pertinence of the insertion of elements concerning exchange correction considering that many contracts in the infrastructure area – bringing the subway scene to light – deal with the acquisition of goods and machinery coming from abroad.

The debate mentioned above proves to be pertinent since one of the preoccupations is centered on the potential difference between the offered values and those that are effectively received – many times months and even years later.

In such cases, the contractual correction generally used is not enough, which is trivially supported by indicators concerning the national scenario, usually applied after the twelfth month after the collective bargaining month of the corresponding contract.

Commonly, the market practice demands the advance payment to suppliers and/or producers. This amount spent months, or even years, before the actual delivery of the contracted supplies, which generates a cost to be charged to the cost of the deal proposal. This is, thus, the scenario that reinforces the idea, previously exposed in the present section of this work, concerning the “hedge”.

For instance, on the occasion of the conduction of the research that led to the present dissertation, the rates of foreign currencies – particularly the dollar and the euro – were in growing ascent, prompted by the COVID-19 pandemic, which provoked alterations and necessities for adjustments in the whole planet. In our country, this situation was intensified by instabilities in the political scenario. As an example, one can mention that, only in the first four months of 2020, the American dollar soared at a rate of more than 40% (Economia UOL, 2020).¹⁹²

It is, thus, fitting to reflect if the insertion of correction clauses in some contracts signed for the completion of infrastructure works, in observance of the poignant exchange rate variation, would not generate lesser spending on the part of work contracting since without the insertion of said clause, with less risk mitigation, greater values are proposed by enterprises that embed the risk of exchange rate variation in their proposals.

Therefore, one should speak again about the risk matrix recommended by Law No. 13.303/2026. In the scenario described above, the risk concerning the exchange rate variation must be taken into consideration on the occasion of the compounding of such matrix.

Overcoming possible legislative obstacles concerning the attachment of national contracts to foreign currencies – factors that will be better clarified further on – one should ponder on how it would be possible, hypothetically, to operationalize such idea in Brazil: would there be a record on the date of

¹⁹² <https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2020/04/24/fechamento-bolsa-dolar.htm> (access on April 30, 2020 at 9:46 p.m.).

contracting or contest, based on the listed price of that day and, later, the difference (up or down) of exchange conversion would be applied on the occasion of the actual delivery? What would be the procedure in cases of deliveries made in installments?

These questions do not find an outright or definitive answer and, for this reason, instigate the deepening of the present issue in this work. In infrastructure contracts, mainly those that involve – directly or indirectly – the Public Administration, there is the need for the conduction of a wide survey, as well as for the pursuit of the best possible price. The discussion touches on a provision in article 37, XXI, of the Federal Constitution – which foresees the maintenance of the conditions of the accomplished proposal:

Article 37. The direct or indirect public administration of any power of the Union, the States, the Federal District and the Municipalities shall obey the principles of legality, impersonality, morality, publicity, and efficiency, and also the following:

[...]

XXI – with the exception of the cases specified in the legislation, the works, services, purchases and alienations will be contracted by means of public bidding process that ensures equality of conditions to all competitors, with clauses that establish payment obligations, **keeping the actual conditions of the proposal**, according to the law, which will only permit the demands of technical and economic qualification indispensable for guaranteeing the fulfilling of the obligations. (emphasis ours)

Going further, Federal Law No, 8.666/1993, in its article 65, item II, subparagraph “d”, foresees the need for the maintenance of the economic and financial balance of the contracts altered by the parties:

Article 65. The contracts ruled by this Law can be altered, with due justifications, in the following cases:

[...]

II – by agreement between the parties:

[...]

d) to reestablish the relation that the parties agreed to initially between the contracted party's charges and the administration's compensation for the just remuneration of the work, service or supply, **aiming at the maintenance of the economic and financial balance of the contract**, in the hypothesis of occurring unpredictable facts, or predictable ones that have immeasurable consequences, retarding or deterrent of the execution of what had been agreed or, still, in case of *force majeure*, fortuitous event, or sovereign act, configuring extraordinary or extracontractual economic risk. (emphasis ours)

Even in the hypothesis of invoking the prerogatives of the administrative contracts by the Administration, Federal Law No. 8.666/1993 foresees the need to maintain the equation concerning the economic and contractual balance:

Article 58. The legal regime of the administrative contracts instituted by this Law confers on the Administration, in relation to them, the prerogative to:

I – modify them, unilaterally, for a better adequacy to the aims of public interest, respecting the rights of the party contracted;

[...]

Paragraph 1. **The economic and financial, and monetary clauses of the administrative contracts must not be altered without previous consent of the party contracted.**

Paragraph 2. **In the hypothesis in item 1 of this article, the economic and financial clauses of the contract shall be revised in order that the contractual balance be maintained.**

(emphasis ours)

However, one can imagine how it would be possible to maintain the conditions of the proposal in the face of unstable economic, political, social and financial scenarios. In this regard, the recent and already discussed Law 13.303/2016 brings a provision about the risk matrix concerning contracts to be signed by Brazilian state-owned companies:

Article 42. In bidding and contracting of works and services by public companies and government controlled companies, the following definitions will be observed:

[...]

X – risk matrix: contractual clause defining risks and responsibilities among the parties and **characterizing the initial economic and financial balance of the contract**, in terms of the financial onus resulting from supervening events containing, at least, the following information:

The more recent law, although focused on the state-owned companies' actions, pictures the preoccupation with risk reduction and, consequently, pursues the minimization of the potential values involved in contracts of Public Administration – indirect Administration, in the cases dealt with in the law in question.

From what was exposed above, one can infer that the alleged application of readjustment clauses does not prove feasible when used regularly in any

situation: under the aegis of Law No. 8.666/1993, the configuration of extraordinary and extracontractual economic risks is required.¹⁹³

Within the scope of Federal Law No. 13.303/2016 the importance of the adequate compounding of the risk matrix is evident. The preservation and security of the legal relations are safeguarded by the very constitutional norm highlighted above – whose text is detailed by nonconstitutional legislation, which regulate specific matters and/or relations.

It is also relevant to point out that the idea of the introduction of readjustment, in view of exchange rate variation, in national contracts, meets an obstacle brought by Federal Law No. 10.192/2001, which provides for complementary measures to *Plano Real (Real Plan)*:

Article 1. The **payment stipulations of pecuniary obligations practicable in the national territory must be made in Real**, at face value.

Sole Paragraph. **It is prohibited, under penalty of nullity to stipulate any:**

I – **payment expressed in, or linked to, gold or foreign currencies**, except as provided in article 2 and 3 of Executive Order No. 857, of September 11, 1969, and in the last part of article 6 of Law No. 8.880, of May 27, 1994;

II – **readjustment or monetary correction expressed in, or linked to, a referential monetary unit of any nature;** (emphasis ours)

By referential monetary unit – expressed in item II, of the sole paragraph of article 1 mentioned above – can be understood the currency chosen by the parties involved in the transaction to measure the amount of the obligation to be paid. However, *monetary unit of account* is not to be confused with *monetary unit of payment*, which consists in that unit with which the payment will actually be made.

¹⁹³ “When one speaks of extraordinary risk, one should take into consideration an inevitable and unpredictable event – exogenous to the agreement signed by the parties involved, which affects the harmony of the contract and makes the respective execution excessively costly. De Araújo, when dealing with the issue of force majeure – for instance – as a hypothesis that represents exclusion of state responsibility (which is not confused with a hypothesis that motivates contractual readjustment), treats it as an element totally alien to the parties’ will – a concept now brought up as a way of clarifying what is understood by something endowed with extraordinariness and which would entail readjustment hypothesis: “[...] the fact is alien to the State, verifiably irresistible, inevitable, and unpredictable.” in DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 870.

In other words, hypothetically, in a same contract, the referential monetary unit could not be the same as the payment monetary unit: one could, for instance, agree on the Euro as the account unit to measure the amount of a contract and the Real as the payment unit to be completed¹⁹⁴.

From a first reading of the excerpt of the legal text previously exposed, one can envision the impossibility of linking payments and readjustments of national contracts to foreign currencies, except for situations provided for in item I, of the sole paragraph, of article 1 of Federal Law No. 10.192/2001.

Among the exceptional hypotheses permitted are contracts, bonds, financing, and guarantees concerning foreign trade of commodities (items I and II of article 2 of Federal Executive Order No. 857/1969), exchange contracts (item III of the above Executive Order) and loan agreements and other obligations in which one of the parties (creditor or debtor) resides or is domiciled abroad (hiring contracts in the national territory excepted), as well as the agreements that entail cession, transfer, delegation, assumption or amendment (according to provisions contained in items IV and V of the Executive Order now under appreciation).

When considering infrastructure works developed in the country, which is the central focus of this discussion, the attraction of foreign investment for the execution of these works comes to mind; however, great fear besets foreign investors, either for the volatility of the national currency or for the instability of the political and social factors that permeate Brazilian history.

Therefore, in view of the normative obstacle that was presented, even if it is understood that it is not possible to include readjustment clauses linked to exchange rate variation in contracts signed in Brazil – except for the special cases pointed out above -, other adjustment mechanisms that provide the contracts with greater stability must be figured out and thought about.

An idea would be the introduction in the administrative contract of a clause that enforces a sharper analysis of the situation by the contracting power, in face of notice provoked by the party contracted, in cases that feel the effect of

¹⁹⁴ STUBER, Walter Douglas. **Os Contratos em Moeda Estrangeira ou Indexados à Variação Cambial**. Available at: <https://www.migalhas.com.br/depeso/503/os-contratos-em-moeda-estrangeira-ou-indexados-a-variacao-cambial> (access on April 24, 2020, at 10:36 a.m.).

exchange rate variation capable of jeopardizing the execution of the signed contract – apart from the hypotheses excepted that allow for the linking of the contract to foreign currencies -, when detected, for example, an oscillation of the currency above a certain percentage is detected – possibly taking as reference the value initially agreed. As the other side of the coin, the contractor power, would also have the prerogative of provoking the party contracted, in the hypothesis of the oscillation being negative, so that there would not be enrichment without cause on its part.

In addition to possible introductions of rules related to the idea exposed above, it would be necessary to indicate in detail, in the invitations to bid and contracts, the goods, equipment and services that would come from abroad and be nationalized in Brazil, as well as which would be the currency adopted as reference for quotation in the international market for the respective acquisitions and, consequently, the corresponding values in the local currency (Real). And, finally, which would be the exchange rate or conversion measures on the effective date adopted, which could be, for instance, the date of the presentation of the proposal.

Another point that deserves to be evaluated in the balancing of the weight of the expenses on the infrastructure contracts consists in the distinction between exchange rate variation and readjustment – factors not to be confused.

Exchange rate variation is linked to oscillation of the value of a currency vis-à-vis another considered as paradigm. Therefore, in a national contract, with components coming from abroad for its adequate execution, the readjustment clause should include the potential oscillations in exchange rate variation in the market during the period in which the contract is in force.

Readjustment, in its turn, is related to the idea of indexation of a value to a cost variation index, according to Justen Filho (2009, p. 130). The author also stresses the distinction in what respects the concept of “revision.”

The recomposition of the economic and financial equation can be done in different ways, whose choice depends on the particular circumstances.

[...]

The readjustments of prices involve a contractual provision of indexation of the remuneration due to a private party at a certain

index, so as to promote their periodical alteration, according to the variation of the said index.

[...]

The revision of prices involves an analysis done ordinarily and extraordinarily, destined to reestablish the original relation between charges and advantages. It consists in a comparison between the existing situations in two distinct moments.

Thus, the commonly existing contractual provision related to the readjustment through inflationary index would ward off a differentiated correction linked to the exchange rate variation of a currency. There should not be, ordinarily – independently from normative obstacles -, a contract with double incidence, that is, readjustment of values and of exchange rate variation.

The issue that demands reflection is the pertinence of the linking of the value of a contract to the oscillation of a paradigm foreign currency as a potential source of greater fund raising and reduction of uncertainties for the investor in the Brazilian market.

The argument that exchange rate oscillation during the execution and effectiveness of a contract automatically causes unbalance of the economic and financial equation should not necessarily subsist, above all after the system of bands, adopted by the Brazilian Federal Government until 1999, was replaced by the floating exchange system.

There was much discussion at the end of last century and the beginning of this one about the abrupt removal, by the Brazilian government, of the system of exchange bands mentioned above, which consisted in the establishment of limits within which currency can vary, according to parameters given by the country's monetary authority – in Brazil's case, Banco Central Brasileiro (Brazilian Central Bank, which corresponds to the American Federal Reserve)

As Professors Prates, Cunha and Lélis¹⁹⁵ (2008, p. 1-2) teach, when discussing the handling of exchange rates in the country:

The managed exchange policies (fixed exchange rate or exchange bands), which prevailed [...] in the 1990s, had the merit of ensuring the stability of the nominal exchange rate, one of the key-prices of capitalist economies, but they revealed themselves extremely susceptible to the appreciation of the real

¹⁹⁵ PRATES, Daniela M.; CUNHA, André M.; Lélis Marcos T. C. **A gestão do regime de câmbio flutuante no Brasil**. Available at: <http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807211144430-.pdf>, (access on September 16, 2020, at 3:10 p. m.).

exchange rate and to aggressive speculations, which culminated in successive exchange-rate crises in the second half of that decade, among which the Brazilian crisis of 1998-1999.

[...]

The floating exchange regime was instituted in January 1999 by the Brazilian Central Bank (BCB), after the speculative attack that, in the previous months provoked a great loss of reserves and led Brazil to call for financial help from the IMF.

The assertion concerning the exchange rate oscillation cannot be considered a “blank check”, so as to produce, of its own, revision of contracts and their respective clauses in face of alleged economic and financial unbalance. The Federal Court of Accounts has a valuable judgement, No. 3.282/2011, reported by Justice Augusto Nardes, recorded on December 7, 2011, where there is the exposition of the understanding of the non-acceptance – in the case then analyzed by the Accounting Court – of the exchange rate variation as a factor of contract unbalance, according to the excerpt below:

[...] Faced with this scenario, if the party contracted did not monitor the movements of the exchange rates or did not take steps to protect the value of the contract, it was evidently by decision of the leadership. It was not up to the public administration to interfere in financial decisions and administrative measures which are of exclusive responsibility of the private segment, especially in contracted enterprises. They had a long period to observe the behavior of the dollar market, approximately four years, for possible contracting of a **hedge** operation, reducer of loss, as can be seen in the chart. (TCU. 2020)¹⁹⁶ (emphasis ours)

In a floating regime, the exchange rate variations are predictable and, therefore, avoidable, compounding the ordinary risk of the entrepreneurial world. The analysis of the behavior of the exchange market is part of the measurement of the risks regarding the deals, not being pertinent to speak of the already mentioned sovereign act – according to what is taught by Meirelles (2016, p. 270):

Sovereign act is every state determination, positive or negative, general, **unforseen** and **unpredictable**, which substantially encumbers the execution of the administrative contract. This encumbrance, constituting an extraordinary and extracontractual administrative risk, provided it is intolerable and obstructive of the

¹⁹⁶ Obtained at TCU's site:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/3282%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=23f9df70-a290-11ea-89e8-7307e59cd0bc> (access on February 12, 2020, at 6:21 p. m.)

execution of the adjustment, charges the contracting Public Power to compensate entirely the losses borne by the other party [...]. (emphasis ours)

Therefore, one cannot accept that the zeal and the prestige that the balance of the economic and financial equation of a contract should possess might function as shield mechanisms against the entrepreneurial speculation over exchange rates and pertinent variations during the effectiveness of a contract.

In other words, it is not justifiable to attempt to protect a party contracting in view of the potential gain that it intended to get by virtue of exchange speculation and, in case of failure, tries to attribute the loss, reputedly caused by the exchange rate variation adopted by the State, to the Public Administration, blurring the often speculative nature of the actions of the Administration's parties contracting.

It would be fit to mention the application of the theory of the unforeseen – regarding the contract's economic risk, according to Di Pietro's teachings (2018, p. 368-369) about the aforementioned theory:

It is argued, in favor of the theory, that, if on the one hand the occurrence of exceptional circumstances does not free the private entity from the obligation of complying with the contract, on the other hand it is not fair for it to answer alone for the losses suffered. To avoid the interruption of the contract, the Administration comes to its rescue, participating as well in the increase in charges [...].

In Brazilian law, this theory has been accepted by doctrine and jurisprudence [...].

[...] the demands are clear that they **are unpredictable facts, or predictable ones with immeasurable consequences**; that these facts delay or prevent the execution of the contract and configure and extraordinary or extracontractual economic risk. (emphasis ours)

Continuing the discussion, it becomes evident that, to begin with, what should be analyzed is not the potential for altering the contractual clause concerning readjustment of values, but rather the detection of the configuring of the actual impact on the economic and financial balance of the contract, caused by exchange rate oscillations observed in the financial market.

In other words, the party contracted is not discharged from demonstrating the occurrence of the extraordinary risk – allied to unpredictable and inevitable

events, unrelated to the will of the involved ones – which entails the unsustainability of the continuity of the contract execution, in view of the excessive rising encumbrance.

Thus, the unexpected and unpredictable variation of currency (actually verified and not speculated by the party contracting) may prompt the revision of the contract readjustment clause. Therefore, the exchange rate variation of a foreign currency per se is part of the ordinary risk of a contract and of the business world.

In this context, it is also important to point out the principle of objective good faith, which should permeate all contractual relations. Thus, the speculative activity of part of the entrepreneurial world seek the contracting State's help in cases of failure of their predictions and intentions – the State plays the role of a part in the contract, not that of an insurance company.

Besides that, there are other mechanisms authorized by the legal system in force that allow for the prediction of possible waves and trends in a floating regime in the foreign currency market, including the business risk that may be, for instance, mitigated by the exchange rate hedge previously mentioned in the present work.

Nevertheless, in the present context of downsizing of public expenditure, attracting a greater number of investors and, consequently, greater amounts to be invested in infrastructure works, proves to be an interesting conduct for the expansion of projects and executions in the area and for the reduction of the Administration's direct investments. In this way, it is a plausible debate that needs to be developed the one that reconsiders the possibility of linking an administrative contract to the exchange rate variation of a certain foreign currency.

There is provision in the legal system concerning bids carried out in the international sphere, according to provision contained in article 42 of Federal Law No. 8.666/1993. However, said provision deals specifically with bids that occur in areas external to the country and does not contemplate the negotiations led in Brazil, including those relative to infrastructure works that require the attraction of international investors, as a way of raising the resources necessary for the implementation of the intended activities since the national resources are limited for the enlargement of public investments in works.

Let us imagine, for instance, a contract to be executed in our country, having in the compounding of the product to be supplied items produced in Brazil and items coming from abroad. And, in the metro-rail context, it is not difficult to imagine that the infrastructure works require the use of a variety of parts, services, goods, and equipment coming from many different places.

The legal system must provide answers that contemplate the creativity and innovations brought by the market. In what concerns fund raising, Brazil competes with other emerging economies; the often foreign investors travel through the most attractive economies of the market from the viewpoint of the potential financial return of the investment.

Accordingly, it is necessary to revise the national norms that refer to contracting in Brazil, especially those relative to infrastructure works (mainly in the metro-rail branch) – the focus of the present work – favoring the debate about the relevance of value correction in a contract, linked to the exchange rate variation of a foreign currency chosen as pertinent to the contract, either for the origin of the products and/or the nationality of the contracting investor.

However, pricing of items of the same contract in different foreign currencies does not seem reasonable. In this sense, it would be necessary to adopt a specific foreign currency. This possibility – not only in international bids, recommended by article 42 of Federal Law No. 8.666/1993 – would possibly enlarge the spectrum of external investments in contracts in the country since it would safeguard, from the financial viewpoint, the foreign investor from the economic and political oscillations in Brazil.

To try to unravel the secret, the puzzle, and the problem of the lack of balance of the present conjuncture, enhanced by the COVID-19 pandemic and linked to the performance of the state-owned companies that provide public services, as well as to the interests of investors and parties contracted, many times of foreign origin, instigates the confrontation, not necessarily antagonistic, with the yearnings and needs of the consumer population that uses the services.

The central focus of the present work resides in the observation of the Brazilian scenario. However, it is necessary to mention, for instance, the demonstrations that occurred in Chile, in 2019, initially in view of the increase in the price of subway tickets in Santiago. The insurgences of the Chilean population cannot be considered a mere coincidence with those that were seen

in São Paulo, in 2013, because of the rise of bus ticket prices from R\$3.00 to R\$3.20. According to the international news:

In the Chilean case, in spite of the popular demonstrations having been triggered by the announcement of an increase in the price of metro tickets, it was the low public social protection network, which has taken retired citizens to poverty, that fueled the social uprising.

But there are common elements [...] in the Latin American scenario, which has contributed to the presence of the citizens in the streets.

They are aspects that help to explain as well the giant protests against the President of Ecuador, Lenin Moreno, which made him transfer the capital of the country from Quito to Guayaquil around a month ago, the closure of the Peruvian Congress by President Martín Vizcarra, a month and a half ago, and the negative electoral results for the incumbent governments both in Argentina, where the center-right Mauricio Macri will be replaced by Peronist Alberto Fernández, and in Uruguay, where the second round points at a defeat of the candidate of the left front of President Tabaré Vasquez. (British Broadcasting Corporation – BBC, 2019)¹⁹⁷

Considering what was exposed, one can understand that contract values variations, among other elements, in the contracts of state-owned companies that provide public services, causes an impact on contracting that involves products and/or services and/or foreign investors. For this reason, in the following section, case studies will be presented and detailed, which pertain to the state-owned company called Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô – SP – (the Subway Company of the State of São Paulo), in public contracts that may have had an impact in view of value variations felt in the course of their respective effectiveness and executions.

¹⁹⁷ <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50386894> (access on March 13, 2020, at 8:54 p. m.).

5 – UNBALANCE IN CONTRACTUAL VALUES AND ITS CONSEQUENCES – CASES IN SÃO PAULO SUBWAY COMPANY

Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô – SP) is a good example of a state-owned company – a type of public company – which provides public services in the area of mass transportation of passengers over subway rails in São Paulo.

Among its numerous contracts, six will be analyzed through the invitations to bid and contract drafts: three of them prior to Law No. 13.303/2016 and three others subsequent to the effectiveness of said law so as to permit the confrontation between the scenarios before and after the legal effect of the law under analysis.

It is important to point out that all the drafts are public and were duly made available to those who might be interested. Moreover, the contests are administrative processes before the Accounting Court of the State of São Paulo (in physical and electronic versions, depending on their format), not protected by secrecy – at least until the moment of the conduction of the researches for the present work.

Yet, no value judgement will be made on the convenience and timeliness of the contracts per se, nor on their execution – the analyses are focused, in an academic perspective, on a better understanding of the contractual mechanisms that present themselves before the heterogeneity of the market and of the needs imposed by the legislation, the society and the competent state agencies.

The order of exposition and assessment of the invitations to bid and contractual drafts will respect the chronology of the publicizing of draft consultation by interested parties, which enables one to follow the development of some clauses in the course of time as well as the legislative alterations concerning state-owned companies' contracting.

Therefore, let us begin with the analysis of the invitation to bid and contractual draft for bid No. 41377213, whose object was the provision of services for the modernization of trains, with the development of an executive project and the supplying of equipment for the fleet of Line 1 – Blue. The corresponding documents are contained in the proceeding that transacts before the Accounting Court of the State of São Paulo, under the number TC 24699/06/09.

Further on there will be the exposition of the documents pertinent to bid No. 41299294, whose object was the provision of specialized technical engineering services for the development of executive projects for civil works and technical follow-up of stretches of Line 5 – Lilac. The respective documents are contained in the proceeding that transacts before the Accounting Court of the State of São Paulo under the number TC 26981/026/11.

Next, the draft for bid No. 4110213 will be discussed. Its aim consisted in the implementation of a Monorail system as an extension of Line 2 – Green, including the project, the civil works, the manufacturing, the supplying of the system and rolling stock, contemplating a fleet of fifty-four trains. This extension had its denomination altered later to the present one: Line 15 – Silver. The respective documents are contained in the proceeding that transacts before the Accounting Court of the State of São Paulo under the number TC 36384/026/10.

At last, three invitations to bid and contractual drafts concerning bids that occurred under the aegis of Federal Law No. 13.303/2016 will be analyzed:

The first one of them concerns bid 10004721, whose object refers to the execution of remaining finishing works in stations of Line 15 – Silver, of the Monorail of São Paulo Subway, besides the implementation of a cycling lane and works for the adaptation of the road system. The respective documents are contained in the proceeding that transacts before the Accounting Court of the State of São Paulo under the number TC 12761.989.19-3.

Following, the documents relative to bid No. 10002680 will be analyzed, having as object the development of an executive project for the supplying and implementation of platform doors, test simulators, and monitoring centers for subway lines of Companhia do Metrô de São Paulo. The respective documents are contained in the proceeding that transacts before the Accounting Court of the State of São Paulo under the number TC 17124.989.19-5.

The last draft and the last invitation to bid concern bid No. 10014557 and deal with the conception of an electronic monitoring system in Lines 1 – Blue and 3 – Red, both of Metrô – São Paulo. The respective documents are contained in the proceeding that transacts before the Accounting Court of the State of São Paulo under the number TC 7539.989.20-2.

Through the analyses of these relevant contractings, expounded above, for the provision of quality public mass transportation over rails – undertaken and

published by Companhia do Metrô de São Paulo – there will be an attempt to establish the guiding principle that will support the verification of the impact caused by value changes and other readjustments in contracts through comparisons among contractual clauses.

It is important to take into consideration, as well, the evolution of the legislative and social contexts that permeated the preparation of the drafts under appreciation, from a critical perspective. The users of public services, for instance, do not have their income linked to the same readjustment indexes as those of the administrative contracts.

Let us emphasize, again, that the scope of the present work is not focused on the analysis and value judgement of discussions possibly held in Accounting Courts, in the Judiciary, or in the arbitrational sphere. The focus is academic and concentrates on publicized documents – invitations to bid and drafts for the respective contracts from the angle of the research, which tries to approach the clauses and items that can impact contracting and investment.

5.1 - CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID No. 41377213

The bid whose documents, invitation to bid and contractual draft are now being analyzed dates from the year 2009, having the companies been allowed to consult them in March of the same year. Considering the time of bidding, it is evident that the bid under examination was under the aegis of Law No. 8.666/1993. Even after some years of its publication, the examination of the foreseen clauses proves to be interesting since a preoccupation with the potential impact that value variation could cause to the balance and execution of contracts can be identified in it.

The bid now in question dealt with the modernization of trains – an object that represents a relevant conduct since passengers would begin to be carried in trains of larger dimensions, air-conditioned and equipped with more advanced technology – elements that could provide greater comfort and security to customers.

The type of bid at issue was “lower price”, without this implying in disregard of the quality of what should be supplied, there being requirements to be fulfilled in order that the interested parties could be considered qualified to participate in the contest – according to items 8 and 10 of the invitation to bid – and be judged

technically capable of the task, as is stated in subitem 10.5 of the invitation to bid. The bidding modality used was competition.

The pivotal point of the case in question lies in item 7.3 of the invitation to bid, which deals with the contents of the commercial proposals, more specifically about numbers V.1 and V. 1.1, maintaining the numbering of said document:

7.3 The prices contained in the Commercial Proposal shall:

I) be mandatorily quoted in Real (R\$).

II) The effective date of the prices contained in Volume 2 – Commercial Proposal must be the first day of the month/year of the submission of the Documents and Proposals.

III) include all the taxes, charges, fees, and other costs of any nature inherent to the compliance with the conditions provided in the Contract Draft, being sure that any divergence from the correct indication of its composition is of entire responsibility of the BIDDER, who shall bear the resulting burdens.

IV) strictly refer to the quantity and the respective unit fixed for each item for the purpose of submission of the proposal.

V) lump sums must correspond to concluded services, that is, supplying of subsystems installed on the train and able to operate in the premises of COMPANHIA DO METRÔ, being that in the execution any and all expenses of direct costs, indirect costs, levies, taxes, insurance, and others, even when not expressly mentioned, will be included.

V.1) When the contract is signed, besides other legal provisions, if an economic and financial unbalance of the proposal occurs, in the hypotheses foreseen in article 65, II, “d” of Federal Law No. 8.666/1993, the situation will be analyzed by COMPANHIA DO METRÔ.

V.1.1) “Predictable fact”, “with consequences that prevent the execution of what was settled”, for the purposes mentioned in article 65, II, “d”, corresponds to the exchange rate variation of imported goods/equipment prices, when this (the variation) exceeds 10% (ten per cent) up or down. (emphasis ours)

In this invitation to bid there is evident preoccupation with exchange rate variation and its impact on the economic and financial equation and potential execution of the contract. Item V.1 expressly provides for the possibility of the parties, in mutual agreement, trying to reestablish the contract balance when they verify that it has been damaged, supported by article 65, item II, letter “d”, of Law No. 8.666/1993:

Article 65. The contracts ruled by this Law may be altered with due justification, in the following cases:

[...]

II – by agreement between the parties:

[...]

d) to **reestablish the relation that the parties agreed to initially** between the contracted party's charges and the administration's compensation for the just remuneration of the work, service or supply, **aiming at the maintenance of the economic and financial balance of the contract, in the hypothesis of occurring unpredictable facts, or predictable ones that have immesurable consequences, retarding or deterrent of the execution of what had been agreed or, still, in case of *force majeure*, fortuitous event, or sovereign act, configuring extraordinary or extracontractual economic risk.** (emphasis ours)

The invitation to bid under appreciation, in point V.1.1, of item 7.3, specifies and makes clear, for all interested parties, that exchange rate variations, involving imported goods and equipment, which move within a 10% range, up or down, would be considered predictable facts – therefore, exogenous to the legal prediction stated above, which foresees, among the requirements, the unpredictability or the predictability with immesurable consequences, in this case, out of the established range of 10%, up or down.

The bidding provision, that includes the exchange rate variation in a spectrum of 20% on the whole does not represent an offense to the legal provision that prohibits the linking of national contracts to foreign currencies – according to what was already presented through mention of Executive Order No. 857/1969 – point I, of item 7.3 of the invitation to bid transcribed above determines that the prices would necessarily be quoted in Brazilian currency (Real).

Moreover, point III, also of item 7.3 of the invitation do bid mentioned before, foresees the elements that should be encompassed by the respective commercial proposals, among which the potential exchange rate variation.

The preoccupation about the possible impact that the exchange rate variations imposed on imported products and equipment may generate demonstrates a sensitive point that contracting involving Public Administration, direct or indirect, must observe very carefully, since contracts that are not executed or that are delayed contradict the intention of the signed agreement, with high monetary expenditure, greatly affecting the efficiency principle, recommended by article 37 of the Federal Constitution, as well as the interests of the collectivity, who desire to receive and benefit from the services provided.

Let us point out as well subitem 9.2 of the invitation to bid of 2009¹⁹⁸, which stresses the possibility of the existence in the proposals of obvious material errors to be corrected, in honor of the best proposal offered to the Administration, a possibility defended by the legislator as well, years later, by means of Law No. 13.303/2016, in its article 56, item I¹⁹⁹, which foresees the disqualification of the bids or proposals in the hypotheses in which the defect proves to be uncorrectable – in the same direction that subitem 9.4.1²⁰⁰ of the invitation to bid already presented years before.

An interesting element to be emphasized is the provision contained in subitem 11.2 of the already mentioned invitation to bid, which foresees the possibility of the company requesting, at any moment, additional probatory information and explanations, besides the possibility of making visits to the places where the qualified bidders carry out the activities that are the object of the contest.²⁰¹

The aforementioned provision in the invitation to bid allowed the Administration full access to the premises of the qualified companies, serving also as an auxiliary mechanism to the safeguard of the contract to be signed, through the possibility of verifying *in loco* the structures necessary for the execution and security of the object to be contracted.

Still in the field of the prerogatives granted to the contracting Public Administration, one can find clause 4.4 of the draft of the aforesaid contract²⁰², which foresees the possibility of the extension of the agreement in the hypotheses and limits foreseen in Law 8.666/1993, which, in its article 65, confers on state-owned companies the prerogative of the unilateral invocation of the formerly

¹⁹⁸ 9.2 COMPANHIA DO METRÔ will be able to correct evident material errors, appearing in the proposals, prevailing, in any hypothesis, the unit value(s) offered. Invitation to bid No. 41377213 of 2009.

¹⁹⁹ Article 56. After the judgement of bids and proposals, the verification of their effectiveness will be carried out, proceeding to the disqualification of those that:

I – contain uncorrectable defects:

²⁰⁰ 9.4.1 Those that present insufficient and/or inconsistent data, which make the analysis by COMPANHIA DO METRÔ difficult or impossible.

²⁰¹ 11.2 COMPANHIA DO METRÔ will be able to request, at any time, other information and proof of the documents presented, as well as pay visits to the premises of the PROPONENT and to the places where it had executed services similar to those that are the object of this Competition.

²⁰² 4.4 The deadlines of the presente contract could be extended within the limits and hypotheses established in the bidding law in force.

demonstrated exorbitant clauses, absolutely removed from the ordinary contracts.

Clause 4.5 of the contract draft²⁰³ follows the same line of one-sidedness when determining that the contracted company should present the revision of the schedule in case of extension. However, this scenario is deeply removed from the idea recommended at present by Law No. 13.303/2016 – whose models follow those of private law, according to a provision in its article 68 – about the consensus that the parties involved in a contract must reach, mainly in the hypotheses of alterations and adjustments.

Other points of the contract draft to be highlighted are number 8.1 et seq., which deal with issues concerning the readjustment of the contract, with the application of arithmetical formulas and parameters, supported by Brazilian official indexes: índice de Preços ao Consumidor – IPC (Consumer's Price Index), calculated by Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FINE (Economic Research Institute Foundation); Índice Geral de Preços – IGP (General Price Index) and Índice de Preços por Atacado (Wholesale Price Index), both calculated by Fundação Getúlio Vargas – FGV (Getúlio Vargas Foundation).

Among the responsibilities attributed to the company to be contracted, there is a provision, in clause 13.3 of the contractual draft²⁰⁴, dealing with the necessity of correction and possible expenses for adjustments resulting from information and data supplied, even if approved by the state-owned company, excepting the hypotheses whose information would have been supplied by the party contracting. The provision alluded to prompts the reflection concerning the risk matrix, recommended by Law No. 13.303/2016 and that will be explored in the last two subsections of the present section.

Another point of the contractual draft under discussion that provokes thought, in view of the present Law No. 13.303/2016, which encourages the debate and the consensus between the parties involved, is contained in subitem

²⁰³ 4.5 In the case of extension of the deadline of the effectiveness of the contract, the Party Contracted is required to submit, in up to 10 (ten) days counting from the signing of the respective amendment, the revision of the bar schedule.

²⁰⁴ 13.3 The Party Contracted will be accountable for any differences, errors or omissions in the designs or other information that it supplies, whether these designs or information have been or have not been approved by COMPANHIA DO METRÔ, as long as such differences, errors or omissions are not due to information supplied, in writing, by COMPANHIA DO METRÔ, with the exception of technical or specific data from Systems/Equipment, for which the Party Contracted is responsible independently from information by COMPANHIA DO METRÔ.

13.4.1²⁰⁵, which determines that only by means of prior assessment carried out by the state-owned company the authorization for corrections and revisions or replacement of elements of a project could be obtained.

Besides, on reading the provisions contained in clauses 15.1 et seq. of the contract draft, concerning “supervision and inspection”, the severe position of the state-owned company in face of the party contracted is evident, in tune with what is recommended by Law 8.666/1993. Examples of this severity can be found in the clauses reproduced below:

15.1. Even though the PARTY CONTRACTED is solely and exclusively responsible for the execution of the object of this contract, the COMPANHIA DO METRÔ will be able to, without this in any way restricting the fullness of this responsibility, exert the widest and most complete supervision, directly or by means of agent-employees expressly designated and, to this effect, the PARTY CONTRACTED and possible subcontracted ones are notably obliged to:

15.1.1. Render accounts and information requested by COMPANHIA DO METRÔ or by the agent-employee designated by it, ensuring access, **at any time**, to the documents relative to the services executed or being executed, as well as access to the places where the project is being prepared and the components/goods that are object of this contract are being produced, either in its premises or in the premises of third parties contracted by the PARTY CONTRACTED;

15.1.2 Answer promptly to the claims, demands or observations of COMPANHIA DO METRÔ or the agent-employee designated by it, reworking or correcting, when it is the case and at their own expenses, the parts that verifiably do not comply with the specifications and technical norms demanded in this contract;

15.13. Stop any service or execution, which, verifiably, is not being carried out in accordance with the good technique, or that put at risk the public security or third party's assets, independently of request from COMPANHIA DO METRÔ.

15.1.4 Notify, in writing, the supervision team of COMPANHIA DO METRÔ, within 24 (twenty-four) hours of any unusual occurrence or accidents that happen in the service sites, independently from verbal reporting, which must be immediate.

²⁰⁵ 13.4 The PARTY CONTRACTED must carry out, without delay, revision of the project or replacement of its system, equipment, accessories, or products, without onus to COMPANHIA DO METRÔ, by reason of systematic defects and anomalies resulting from faults in the project, in software, in the manufacturing process, materials, and labor, which may occur in the system, equipment, accessories, and products.

13.4.1 The corrections can only be made with previous analysis, approval of the documentation and authorization by COMPANHIA DO METRÔ.

15.1.5 **Replace, when requested** by COMPANHIA DO METRÔ, any employee who, verifiably jeopardizes the smooth technical or administrative progress of the services, independently from his/her hierarchical level.

15. 1.6 COMPANHIA DO METRÔ will still be able to:

15.1.6.1 **Demand**, of the PARTY CONTRACTED, strict obedience to the contractual specifications and norms;

15.1. 6.2 Reject or stop the execution of inadequate services and **demand** that they be redone in the extension that it considers necessary;

15.1.6.3 Disallow the use of goods, equipment, work methods, or executive processes that are, in its view, in disagreement with the demands and technical and administrative standards stipulated in the present Contract.

15.1.6.4 Examine, **when judged adequate**, the documents that refer to the regular acquittance by the PARTY CONTRACTED before the Previdência Social (Social Security). (emphasis ours)

The illustrative use of the expressions “widest and most complete”, “at any time”, “promptly”, “when requested”, “demand” and “when judged adequate” appears to be distant – not necessarily in a negative manner, since the safeguard of the Administration and its contracts is important – from the idea brought by Law No. 13.303/2016, which sought to approximate the contracts of state-owned companies of the agreements established by the rules of Private Law (see, again, the content of article 68 of the Law of State-Owned Companies).

It is important to verify if it would be suitable, under Federal Law No. 13.303/2016, to speak of ‘unilateral discontinuation of the contract’, foreseen in clause 18.1²⁰⁶, or of ‘without unilateral rescission’ found in clause 23.1²⁰⁷, both in the contract draft now being commented on (then under Federal Law No. 8.666/1993).

The items of the invitation to bid and the clauses of the contract draft now under appreciation help to understand the context of a period – as, for example, item 7.3 of the invitation to bid, exposed in the opening part of the present analysis, which showed, in an express manner, the relevance that the issue of

²⁰⁶ 18.1 COMPANHIA DO METRÔ can order the suspension, total or partial, of the execution of services by means of a written notice to the PARTY CONTRACTED, in at least 15 (fifteen) days in advance.

²⁰⁷ 23.1 It is a reason for for rescission of the present contract, unilaterally by COMPANHIA DO METRÔ, if, by an act of the PARTY CONTRACTED, any of the occurrences listed below, or any of the other foreseen in the law, is verified.

the contractual variation could bring to the state-owned companies' contracts, still under the aegis of Federal Law No. 8.666/1993. They are valuable as elements that may serve for the comparison with the other bids that will next have their invitations and contract drafts analyzed.

5.2 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID No. 41299294

The present case has, besides the party contracted, three actors involved: the State of São Paulo, represented by Secretaria dos Transportes Metropolitanos – STM (State Secretariat for Metropolitan Transports), in the capacity of executor of the project; Companhia do Metrô de São Paulo (The Subway Company of the State of São Paulo), in the capacity of subexecutor of the project; and Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID (Inter-American Development Bank – IDB), with headquarters in Washington D.C., U.S.A., as financier of the Programa de Investimentos nos Transportes Metropolitanos de São Paulo (Investments in São Paulo Metropolitan Transports Program).

The object of the contracting consisted in engineering services, of a specialized technical character, aiming at drawing up an executive project for civil works for a maintenance and parking yard for train compositions of Line 5 – Lilac. The bid modality chosen for this case was “calling for tenders”, access to the invitations to bid of the respective lots having been allowed in May 2010.

In view of the context of the time in which it is inserted, the present case is submitted to the rules foreseen in Federal Law No. 8.666/1993. It is interesting, however, to point out that, from the perspective of the present Federal Law 13.303/2016, in its already mentioned article 44, paragraph 1, the contracting now under discussion would not prove pertinent since the drawing up of the executive project represents obligation as charge of the party contracted.

Moreover, since an international organization is the financier of the project, one can infer that the pertinent norms of article 42, paragraph 5, of Law No. 8.666/1993 will be applied:

Article 42. In the competitions in international spheres, the invitation to bid must adjust to the directives of monetary policy and foreign trade and meet the demands of the competent agencies.

Paragraph 5. **For work execution, service providing or asset acquisition with resources originated from financing or**

donation from official agency of foreign cooperation or multilateral financial organism of which Brazil is part, the respective bid could admit the conditions resulting from agreements, protocols, conventions or international treaties approved by the National Congress, as well as the norms and procedures of those entities, including the criteria for the selection of the most advantageous proposal for the administration, which could contemplate, beside the price, other evaluation factors, as long as demanded by them for obtaining the financing or donation and that do not clash with the objective judgement principle and that they be object of motivated order from the agency executor of the contract, an order that must be ratified by an immediately superior authority. (emphasis ours)

Therefore, it is thought-provoking to analyze the present case from a little different perspective from that considered as standard by Federal Law No. 8.666/1993, since the legal passage transcribed above allows for the application of specific rules posed by the financing bank of foreign origin.

It is worth noting, for instance, in the provisions in Section 2 – “Instructions to Consulting Companies” – which are similar to an extensive guide, with clarifying contents and involve contracting that include the financing by IDB and do not deal specifically with the bidding now in question. Its subitem 1.6, so as to enlighten the interested parties discusses what is understood by “conflict of interests”, conflicting activities”, conflicting works”, conflicting relations”, and unfair advantages”.

The understanding, in the body of the official document, consistent with the above expressions, demonstrates the international financier’s intention of warding off any doubts concerning the interested parties in signing the agreement with the Public Administration. One might, perhaps, adduce that the values relative to idoneous and straightforward practices in the negotiation and signing of contracts with the public sector would already be included in the principles that govern the Public Administration having as its stronghold the already mentioned article 37 of the Federal Constitution.

However, the document now under scrutiny details the contents of the activities and works that it understands as conflicting, minimizing potential discussions and insurgences in this respect. Coincidentally, maybe not by chance, Federal Law No. 13.303/2016, published years later, brought in its core

predictions relative to integrity and ethics policies (see, for instance, article 9, paragraph 3).

Further on, still talking about Section 2, but now of subitems 1.7 to 1.9, still of “Instructions to Consulting Companies”, there are explicit approaches to “fraud and corruption”, elements that help to demonstrate the marked preoccupation with this subject. This issue will also be reinforced by the legislator, long after, on the occasion of Federal Law No. 13.303/2016, in consonance with its provisions in item I, paragraph 1, of article 9, and item II of article 18.

Item 1.8, of the document referring to the bid under assessment determines that the financing bank could “demand” the verification of the accounts of those that submit proposals or carry out the contract, through an audit selected by the international financing institution:

1.8 The Bank will have the right to demand that the financed contracts by loan or donation from the Bank include a provision determining that the Consultants allow the Bank to examine their accounts and records related to the submission of Proposals and the execution of the Contract and submit them to auditing by auditors appointed by the Bank. For the purposes of this policy, the Bank will have the right to demand that the Consultants: (i) keep all the documents and records related to the project financed by the Bank for a period of five (5) years after the end of the work; (ii) request the submission of every document necessary for the pertinent investigation and the readiness of the individuals, employees, or agents of the company that have knowledge of the project financed by the Bank to answer the Bank’s inquiries. If the Consultants refuse to comply with the Bank’s request, the Bank could take, at its sole discretion, appropriate measures against the said Consultants. (emphasis ours)²⁰⁸ .

The predictions regarding the definitions pointed out above, although they do not bring thoroughly innovative elements in face of the patterns adopted by Brazilian society point at the importance of the issues that touch on the discussions that might arise on account of the contract that one intends to sign, making the lowest margin of interpretation possible and, consequently, a lower margin of discussions and potential delays caused by debates in the

²⁰⁸ By ‘consultants’ is understood, as provided in letter “c”, of the part “definitions”, of Section 2 – Instructions to Consulting Companies: public or private entity, comprising association, partnership, or consortium, which is able to provide or actually provides services to the party contracting, in consonance with the obligations contained in the respective contract.

administrative and judicial areas, involving the materialization of the object to be contracted.

Likewise, aiming at reducing questionings concerning values in foreign currencies, item 3.6 (Price Proposal), of Section 2, dictates:

3.6 In the preparation of **Price Proposals** [...] If necessary, these prices must be dismembered by activity and, **if necessary, by expenses in foreign and national currencies**. All the activities and items described in the Technical Proposal must be quoted separately; **it is supposed that the activities and products described in the Technical Proposal, but not quoted, are included in the prices of other activities or items**. (emphasis ours)

Therefore, there is the possibility that the proposal be composed of values in national and foreign currencies, which would help to minimize possible questionings concerning uncertainties that could be alleged based on values in foreign currencies and, consequently, affect the execution of the contract. In the same direction, that is, about the possibility of the values being expressed in foreign currencies, item 3.8 deals with the taxes:

3.8 **The consultants may express the price for their services in up to three currencies of free convertibility**, separately or together. The party contracting may demand that the Consultant declare the portion of its price that represents the cost in the currency of the country of the Party Contracting and thus indicate it on the Data Base. (emphasis ours)

Complementarily, there is the provision in letter “a”, of subitem 6.1, of Section 6, annex I, part II – of the “General Conditions of the Contract”.

6.1 Price estimate, maximum amount:

(a) In appendix D there is an **estimate of the price of Services payable in foreign currency**. In appendix E there is an **estimate of the price of Services payable in national currency**. (emphasis ours)

On the contrary, one can identify, beginning with item 5.1 (Evaluation of the Proposals), of Section 2 (Instructions to Consulting Companies) under study, some criteria for the selection of proposals – which can be used – containing different nomenclatures from those commonly found in items I to IV, all of paragraph 1 of article 45 of Federal Law No. 8.666/1993 (respectively: lowest price; best technique; technique and price; and higher bid or offer); SOF (Selection with Fixed Budget); SBQ (Selection Based in Quality); SBQC

(Selection Based on Quality and Cost); and SBMC (Selection Based on the Lowest Cost)²⁰⁹.

Among the criteria generically exposed in the document, there is a parallel with some of the types of bidding established in Law No. 8.666/1993:

- a) the best technique has a relation with SBQ;
- b) technique and price with SBQC;
- c) the lowest price with SBMC.

The Selection with Fixed Budget (SOF), in its turn, is related to the choice of the proposal with the highest score, within the limits of the fixed budget (see item 5.8). It should be pointed out, however, that the selection criteria adopted in this case had been that of Selection Based on Quality and Cost (SBQC), which does not allow – except in extraordinary cases – for price negotiation, according to provision in item 6.3, of Section 2, which includes general instructions for companies.

In Section 6 of the documentation regarding the contest under review there is the standard contract draft for lots 2 and 8 that contemplates the providing of technical services that feature as the object to be contracted. The standard contract is composed of four elements:

- a) the Contract Term, which is subscribed by the parties;
- b) the General Conditions of the Contract;
- c) the Special Conditions;
- d) the Appendixes.

Further, according to explanation in the preface to the standard contract, the Executions Based on Time are those in which there is no possibility of determining the duration and effective amount of the services so that the remuneration of what had been produced occurs by means of unitary values, for a fixed period.

It is interesting to observe the clause mentioned in subitem 1.11.2, of the General Conditions of the Contract, which deals with measures that can be taken by IDB if the occurrence of any fraud or corruption act is identified in the contracts in which it participates:

²⁰⁹ These expressions were taken, respectively, from letters “q”, “r”, “t”, and “u”, of the part “Definitions”, of Section 2 (Instructions to Consulting Companies) of the Invitation.

- a) discontinuance of financing of a proposal to be adjudicated or of a contract already adjudicated;
- b) suspension of disbursement;
- c) cancellation of payments;
- d) issuance of reprimands;
- e) declaration of ineligibility for the signing of agreements in which the IDB participates;
- f) infliction of sanctions;
- g) eventual submission to the competent authorities.

About the infliction of sanctions, there is the possibility of its enforcement occurring in a cumulative way and it can be enforced in the modality of penalty that the Bank considers appropriate for the actual case. The enforcement of the sanction, however, cannot be arbitrary nor unreasonable. The International Bank went further and created, as was exposed in the subitem now at issue, an administrative procedure for the reception of charges of fraud and corruption.

The precepts stated above demonstrate the preoccupation that, over a decade ago, that is, long before the publication of Federal Law No. 13.303/2016, the International Bank showed, in an emphatic manner, with the soundness of the acts of all the participants in the contracts financed by the Bank – that could be audited by order of IDB (according to the provision contained in the letter “a”, of subitem 1.11.2, of the General Conditions of the Contract).

Still related to the impact that the contracts could have to address, there is, in item 2.7, of the General Conditions of the Contract, an exposition about the issue involving the understanding of the term “*force majeure*” (Acts of God): an inevitable or unpredictable occurrence that greatly affects the continuity and materialization of the agreed obligations in the contract. Therefore, the understanding contained in the document at issue, according to IDB’s directives, does not prove to be in opposition to that exposed in the previous section of the present work.

It should be emphasized, in the present case, that in the hypothesis of the verification of an event characterized as *force majeure*, which may cause the impossibility of the compliance with the obligations by the party contracting, for a period of more than sixty days, one of the provisions that authorizes the early

termination of the contract, in obedience to the provision in letter “f”, of subitem 2.9.1, of the General Conditions of the Contract.

It is worth remembering that the lack of financial health and/ or the non-observance of the agreed payment schedule cannot serve as support for the invocation of *force majeure*, according to a provision in subitem 2.7.1, letter “c”, of the already mentioned General Conditions of the Contract.

Another element that should also be noted relates to subitem 3.1.2, of the General Conditions of the Contract, which deals with the commitment to be made by the party contracting about informing the party contracted, which might be a foreign company, of the uses and customs characteristic of the national entrepreneurial reality, honoring transparency and cooperation for the harmonious course of the implementation of the object of the contract, in tune with subitem 7.1, of the General Conditions of the Contract under analysis.

Yet as a way of settling discussions and impact on the contract, the payments to be made in national or foreign currencies, according to a provision in part III (Specific Conditions of the Contract), in annex I, Section 6 (Standard Contract), specifically in subitem 6.1, letter “b”, of the General Conditions of the Contract (part II of the same annex), provides that the values related to foreign currencies may not, optionally, have stipulated maximum limit, as well as suffer increase in view of the values that impact on the readjustments that come to be applied to the payment amounts in these currencies.

Concerning the annual readjustment incident on payments in national currency there is, according to a provision contained in item 6.2, letter “a”, number 1, of the Specific Conditions of the Contract, application of an equation containing the sectoral economic index, calculated by Fundação Getúlio Vargas (Getúlio Vargas Foundation). Should there be any alteration resulting from a determination originating from the Federal Government, there is stipulation that the parties agree beforehand about it, in such a way that one can perceive the spirit of cooperation that can be established among those involve in the business.

Number 2.i (also item 6.2, letter “a”, mentioned above) deals with payments in foreign currency to foreign Consultants, establishing that the indexes to be applied to the same readjustment equation foreseen for payment in local currency, consist in “sectorial indexes equivalent to the costs to be incurred in each foreign currency as indicated by the Consultant in their Proposal”.

Number 2.ii, following, foresees payment cases in foreign currency to local Consultants in the hypotheses that represent the need to meet their expenses in foreign currency, a scenario in which the payments will be converted to Reais, based on “the selling exchange rate of the currency published by Banco Central do Brasil (Brazilian Central Bank) prevailing on the last work day” preceding the completion of the payments of the pertinent invoices.

Finally, another point to be stressed, as a way of enhancing the interest of companies willing to sign contracts with state-owned companies, including foreign companies, is contained in subitem 7.2 of the General Conditions of the Contract, which enforces on the parties involved the notion of the impracticability of all the emergent conjunctures on the occasion of the execution of the contract being examined in detail and regulated, and all those involved must pull together for possible trimmings and adjustments aiming at a balanced execution of the object.

Thus, only in specific cases, about which it was not possible to find a common denominator, there would be allocation of a possible discussion in the arbitral field, including the possibility of the performance of international arbitrators, allowing for a greater approximation to the aspirations of international investors, who may feel insecure about the local bureaucracy for resolution of conflicts, according to what is detailed in item 8.2, from part III (Specific Conditions of the Contract), annex I, Section 6 (Standard Contract).

5.3 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID No. 41880213

Another international contest to be observed – whose invitation to bid was published in Diário Oficial do Estado de São Paulo (Official Diary of the State of São Paulo), on July 13, 2010 – concerns the project, manufacturing and implementation of a monorail *system*. An innovative object in the field of national mass transportation, the monorail presents, as one of its main characteristics, the overhead transit of wagons – borne by suspended external beams and pillars.

The type of bidding was “lowest price”, according to what is foreseen in item 1.5, of the First Part – Specific Conditions, of the documents of the competition, the execution regime being that of “full contract work”, according to the item following the one mentioned.

Among the first items of the documents under consideration, item 3.1, which prescribes the impossibility of foreign companies, which do not carry out activities in Brazil, participating in isolation in the competition then publicized, without there being the withdrawal of the external investor, honoring, however, the company that carries out activities in Brazil, since it generates jobs and contributes to the advancement of the country's economy.

In the Second Part, General Conditions, in item f.2, there is an express provision concerning the prices to be presented by the proponents. Subitem f.2.2 expatiates about the possibility of presenting proposals in local and foreign currencies for, respectively, targets of national and foreign origin that indicate the possibility of compounding values with elements of different origins.

Further on, in the Third Part, Contract Draft, there is in item 7, subitem 7.1, "B", the provision for payments made abroad – through exchange agreement, given that item 7.3 of the draft must be appreciated in tandem. Thus, one can infer the importance that exchange rate variation could have in the case under scrutiny, there being, thus, the need to pay attention to the potential impact that the contract might suffer in view of possible variation levels, without the argument representing a "blank check", on the contrary, being summoned only on specific occasions that extrapolate speculations and risks concerning the entrepreneurial world.

Not by chance, clause 9 deals with "readjustment and exchange". It is interesting to point out that the equations regarding readjustment are different for "project", "civil works", "systems", "general services" and "integration", respecting the peculiarities of each of the groups and devising a greater approximation of the maintenance of the desired balance during the unfolding of the contract.

Still, point 9.1.2, of the draft, expatiates specifically about the agreed numbers based on an external currency. The following point (9.2) foresees the acceptance of supervening norms eventually edited on the theme, which theoretically minimizes potential discussions about alteration caused by modifying legislation incident on the norms then settled. Moreover, clause 9.3 of the draft expatiates about the readjustment of prices of events previously defined in the contract, a factor that brings greater control over the hypotheses which the readjustment can incur.

9.1.2 PRICES AGREED IN A FOREIGN CURRENCY

Prices agreed in a foreign currency will be paid in the currency indicated in the Price Clause.

9.1.2.1 The foreign suppliers must indicate the sectorial indexes that reflect the variation of the input (labor and materials) and the indexes on the effective date in the proposal.

9.2 In the hypothesis of legislation conflicting with what is provided in item 9.1 and subitems be edited, the parties agree as of now with its adaptation to the pertinent legal provisions.

9.3 The price readjustment dealt with in the previous subitem will be imposed only on events that are established, in the contract, for compliance following the date of its application.

In clause 9.7 of the contract draft, there is an interesting content, which foresees the possibility of the parties involved in the contract (the party contracting and the party contracted) establishing together a new readjustment index if the substitute index is not legitimized. There is a relation between this clause, the consensual spirit that guides the business actors, and what was recommended years later by the legislator, with the edition of Federal Law No. 13.303/303/2016:

9.7 If a substitute index is not formalized, COMPANHIA DO METRÔ and the PARTY CONTRACTED will define, by mutual agreement, the new indicator, if the legislation so permits.

There is yet another provision, in clauses 9.8 and 9.9 of the contract draft, which establishes the operational form in which the price readjustments will occur, respectively, relative to the payments made in the country and abroad – possibly reducing the number of eventual questionings over the matter.

Among the obligations and responsibilities foreseen concerning the party contracted, clauses 15.3, 15.4 and 15.8 deal with, respectively:

- a) the impact of the works on the neighborhood;
- b) environmental aspects and their management;
- c) the prohibition of the use of certain materials in the works, such as, for instance, asbestos.

The points highlighted in the paragraph above help to demonstrate that the contracts carried out at the heart of state-owned companies, especially those that provide public services, according to what was expounded previously in the present work, should not have profit as their exclusive focus, having the need to mitigate the impact suffered by the neighborhood as a result of the works, as well as mitigate the impact on the environment, which is in harmony with the

preoccupation emphasized by the legislator, years later, in relation to the aforementioned points, through the already mentioned Federal Law No. 13.303/2016, in its articles 27, paragraph 2; 31, paragraph 1, IV; and 45.

5.4 CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID No. 100004721

The contest to be appreciated had the respective invitation to bid published in Diário Oficial (Official Diary), on December 20, 2018. The object to be executed concerns remaining finishing works in some stations of Line 15 – Silver, of Companhia do Metrô de São Paulo (Jardim Planalto, Sapopemba, Fazenda da Juta e São Mateus), as well as the implementation of a cycling lane and the adequacy of the road system.

As provided in item 1.1 of the invitation to bid, the bidding under assessment will have the ruling limited by Law No. 13.303/2016. As a consequence, item 1.4 of the invitation to bid foresees the confidential character of the budget estimated by the state-owned company according to the innovation brought by article 34 of the law of 2016²¹⁰. It should be noted that the confidentiality concerns the budget, which does not include quantities and other information that permit the formulation of proposals by the bidders:

1.4 The value of the budget estimated by COMPANHIA DO METRÔ for this bidding is **CONFIDENTIAL** until the signing of the contract, in accordance with the modality of dispute adopted. (emphasis ours)

About the subject involving the confidentiality of the estimated budget, there was an interesting debate resulting from the judgement by the plenary of the Federal Court of Accounts No. 1502/2018, in the proceeding No. 005.633/2018-4, reported by Justice Aroldo Cedraz. The understanding adopted provoked discussion in view of the regulation foreseen about the matter, in the head of article 34 of Federal Law No.13.303/2016, now under scrutiny, and which caused reflection about the issue:

35. Therefore, in the bids in the modality proclamation, the budgets estimated in worksheets with quantities and unit

²¹⁰ Article 34. **The estimated value of the contract to be signed by the public company or by the government controlled company will be confidential**, allowing the party contracting the decision, by means of justification in the preparation phase foreseen in item I of article 51 of this Law, of publicizing the estimated value of the bidding object, **with no prejudice of the release of the detailing of the amounts and other information necessary for the production of the proposals.** (emphasis ours)

prices – and, if it is the case, the maximum unit prices and lump sums – do not constitute mandatory components of the invitation to bid; they must, however, be inserted in the records of the respective bidding process. It will be up to the managers/criers, in the actual case, the evaluation of the opportunity and convenience of including such budgets – and the maximum prices themselves, if the option was their fixing – in the invitation to bid, **informing, in this case, in the very invitation to bid, their availability to the interested parties and the means to obtain them.**

35.1 It is obvious that, in the hypothesis that the benchmark price is used as a criterion for price acceptability, publicizing in the invitation to bid is mandatory. And it could not be otherwise. Any rule, criterion, or hypothesis for disqualifying a bidder must be made explicit in the invitation to bid, in accordance with article 40, X, of Law No. 8.666/1993. (emphasis ours) (TCU)²¹¹

The criterion for judgement of the bidding, according to item 1.9, of the invitation to bid, is the “lowest price”, and the modality of dispute, in tune with item 1.10 of the invitation to bid, is the close type, the bidders’ proposals remaining confidential until the timely moment of the corresponding openings.²¹²

The prices to be offered must necessarily be quoted in the national currency (Real), according to item 7.5.2.1 of the invitation to bid. In the price, the hypotheses concerning the risk matrix must also be contemplated, in tune with item 7.5.2.4 of the invitation to bid – therefore, the importance of the matrix for the contracts supported by Law No. 13.303/2016 becomes evident since its provisions will interfere in the values to be included in the contract that will be signed.

²¹¹ Available at:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1502%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIAD O%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Df also (access on April 15, 2020 at 9:23 p.m.).

²¹² About the subject of the closed dispute – which gained relevance in the national juridical scenario on the occasion of the publication of Federal Law No. 12.462/2011, which instituted the Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Differentiated Contracting Regime), which was focused on contracting for the 2014 FIFA World Cup and for the 2016 Olympic Games - there is an interesting commentary by Jurist César A. Guimarães Pereira, in an article titled *PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DA LEI N 12.462: LICITAÇÕES EM FORMA ELETRÔNICA E OS MÉTODOS DE DISPUTA ABERTO E FECHADO (BIDDING PROCEDURE IN LAW No. 12.462: BIDS IN ELECTRONIC FORMAT AND OPEN AND CLOSED DISPUTE METHODS)*: “In the closed dispute mode, the envelopes containing proposals must be submitted sealed, and must be opened in a public session and classified according to their advantageousness.” Available at https://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf (access on April 16, 2020 at 8:45 p.m.).

Continuing the discussion about the risk matrix, annex 9-F, of the contest, which accompanies the contract draft pertinent to the bidding now reviewed (see annex 10 of the present dissertation), should be observed. In that annex, the worksheet containing the details of allocation of the relevant risks is described with a direct reference to article 42, X, of Federal Law No. 13. 303/2016:

Article 42. In bidding and contracting of works and services by public companies and government controlled companies, the following definitions shall be observed:

[...]

X – risk matrix: contractual clause that defines the risks and responsibilities between the parties and characterizes the initial economic and financial balance of the contract, in terms of the financial burden resulting from events supervening the contracting, containing, at least, the following information:

a) **listing of possible events supervening the signing of the contract, which can have an impact on the economic and financial balance** of the agreement, and provision for potential necessity of the edition of an additive term when the events should occur;

b) **exact settlement of the fractions of the object in which there will be freedom on the part of the parties contracted to innovate in methodological or technological solutions**, in results obligations, in terms of alteration of solutions previously outlined in the draft or basic bidding project.

c) exact settlement of the fractions of the object in which there will not be freedom on the part of the parties contracted to innovate in methodological or technological solutions, in no results obligations, there having to be obligation of identity between the execution and the solution pre-defined in the bidding draft or in the basic bidding project.

The risk matrix of the contract in question is divided in four columns: 1) Item; 2) Description of the risk; 3) Action; 4) Allocation. The first column contains the number of the identified risk; the second column details the envisioned risk; the third column deals with the conduct to be adopted if the risk described is identified, aiming at resolving or mitigating it; the fourth column identifies which party signing the contract, if it is implemented, will be considered responsible for the potential risk.

Thirty-four risks, summarized below, were charted for the contract now being analyzed. Some of them were combined with the sole objective of facilitating the academic exposition in the present work, according to information

taken from the aforementioned risk matrix pertaining to the bidding documents of the case:

- a) non-submission of documents;
- b) delay in obtaining and requesting licenses; as well as in the execution of the object of the contract;
- c) errors, alterations, and omissions in technical documents;
- d) non-compliance with deadlines;
- e) climactic conditions;
- f) impacts on and interferences in operational activities and/or commercial premises of the party contracting and/or concessionaires;
- g) delay in the submission of projects;
- h) delay in the approval;
- i) faults and errors in executive procedures, materials, or equipment;
- j) alterations in execution conditions without previous revision of executive procedures;
- k) losses and damages resulting from inadequate storage of goods and equipment;
- l) stoppage of works;
- m) financial difficulties;
- n) non-extraordinary variation of the price of input that compound costs, including labor;
- o) extraordinary price variation, resulting from unpredictable facts or, if predictable, with immesurable consequences, besides the hypotheses of *force majeure*, sovereign act and fortuitous event, which actually affect the execution of the contracted services;
- p) supervening identification of errors and omission on the technical premises;
- q) losses resulting from faults in security;
- r) accountability in the civil, administrative, environmental, criminal, and tax spheres;
- s) insurance coverage;
- t) geologic identification different from that foreseen in the projects, as well as identification of pre-existing faults and structures;

- u) rearrangement of the interferences until then not identified in the phase of the drafting of the projects;
- v) interferences and/or damages suffered by neighboring buildings resulting from the execution of the contract;
- w) alterations in external norms and requirements to be observed;
- x) suspension of the contract, as well as reduction of the workload.

It should be noted here that in the part of the invitation to bid where there is the allocation of the risk, there is no simultaneous assignment to the party contracting and the party contracted since the focus is identifying and concentrating a certain risk on a certain party involved in the deal, so that the conflicts and possible discussions about the issue may be reduced, and uncertainties of possible events concerning foreseen risks may be minimized.

The document that describes the items that compound the Risk Matrix of the Invitation to Bid for Bidding contract No. 10004721, of 2018, now under consideration, referring to works in Line 15- Silver, of Companhia do Metrô de São Paulo can be seen in the annex to the present dissertation (Annex 9F).

As examples let us mention the risks foreseen in the “pairs” (as the sides of the same coin – similar situations, from distinct angles) concerning items 16/17 and 20/21: the items deal with the risks of stoppage of works for different reasons; however, the risks foreseen in numbers 16 and 20 deal with hypotheses allocated to the party contracted and the cases included in numbers 17 and 21 deal with risks allocated to the party contracting.

An interesting provision is contained in item 22 of the risk matrix, which allocates to the party contracted the possible financial difficulties of the party contracted and of the subcontracted ones, not being possible to transfer the risk factor to the party contracting.

Items 23 and 24 of the pertinent risk matrix show preoccupation about the possible impact of price variation. The former deals with variation cases related to ordinary and trivial events of the market, the risk being allocated to the party contracted. The latter deals with extraordinary and unpredictable situations – or, if predictable, which exceedingly affect the execution of the contracted object – the risk being allocated to the party contracting. In other words, if there is any discussion about the alteration of prices, one must verify if the variation resulted

from any ordinary or extraordinary element so that the allocation of the respective risk stands clear.

Additionally, there is in the aforementioned matrix an important observation that determines that the predictions contained in the risk matrix do not imply the exclusion of responsibilities and commitments foreseen and undertaken by the parties involved through the invitation to bid and/or the contract:

The absence of a specific mention in this risk matrix **does not release the** parties from the responsibility for the onuses resulting from the commitments and obligations undertaken in the invitation to bid and in the contract (including the annexes that compound it). (emphasis ours)

Analyzing the documents of the bidding now under consideration, according to a provision in item 9.3 of the invitation to bid, first there is the judgement of the proposals – taking into account the lowest value – and, later, the qualification of the best classified bidder, according to a provision in item 12.1 of the invitation to bid in question. Thus, the possibility of inverting the phases of the bidding procedure, allowed by article 51, paragraph 1, of Law No. 13.303/2016, had not been foreseen in the present case.

Following the same principle as the legislator's, through article 56 of Law No. 13.303/2016, which envisioned greater optimization of the acts, trying to make the most of them to the full, there are provisions in subitems 9.3.1 to 9.3.7 of the invitation to bid:

9.3 The verification of the proposals concluded, they will be classified considering the lowest value, verifying, subsequently, the effectiveness of the proposals, **furthering the disqualification of those that:**

9.3.1 contain uncorrectable defects;

9.3.2 **disobey technical specifications** contained in the present invitation to bid;

9.3.3 present **prices clearly impracticable**;

9.3.4 do not **have its practicability demonstrated**, when demanded by COMPANHIA DO METRÔ;

9.3.5 **present disconformity with other demands of this invitation to bid, except when it is possible to accommodate to its terms before the adjudication of the object without damage to the attribution of isonomic treatment among the bidders**;

9.3.6 **present alternative proposals, that is, more than one offer** presented by the same BIDDER with optional technical conditions and prices;

9.3.7 the Worksheet fo Services and Prices is not duly filled out **in its entirety**, in accordance with the model attached to this invitation to bid; (emphasis ours)

One notices the attempt to “rescue” the proposals, with a view to guarantee the most advantageous contracting. For example, the defect must be uncorrectable for the disqualification of the proposal (9.3.3); and item 9.3.5 contains a provision that allows for the restoration of the presented proposal provided that the adjustment be possible before the adjudication foreseen in item 14, of the invitation to bid, as long as the isonomy among the participants in the contest is not damaged.

The disposition to honor the good proposal, in attention to the least formalities, in spite of not meaning that they have not been totally averted, since the respective procedure must be observed, helps to design greater approximations to the contracts of the eminently private business world. .

In addition, it permits the best proposal, in a more cooperative spirit, to be agreed between the parties of the contract. And the spirit alluded to must also permeate the negotiations foreseen in item 11 of the invitation to bid, between the proponent – holder of the best proposal – and the contracting state-owned company.

It is worthy to point out item 15.2 of the invitation to bid, which foresees the possibility of applying the penalty of suspension of contracting with the party contracting, for up to two years, to the participant that causes disturbance and/or delay to the smooth progress of the contest.

The sanctions system is perhaps an inheritance of the application of unilateral elements conferred by Federal Law No. 8.666/1993 since the exorbitant application remains under the aegis of Law No. 13.303/2016, only in relation to sanctions, but with preliminary statement being ensured, according to a provision in article 83 of the law of 2016 and item 15.2.2 of the invitation to bid now under appreciation.

Still, to confer greater security on the contracting at issue, clause 8.4 of the contract draft foresees a formula for the updating of payments eventually made behind schedule due to facts attributable to the state-owned company.

Further on, in clause 9 of the contract draft, there is a provision concerning the readjustment, in the hypotheses in which its application proves to be

pertinent, a periodicity of twelve months having to be observed. An important point to be highlighted concerns the possibility of the potential readjustment be imposed on events foreseen in the contract, in consonance with clause 9.2.1 of the contract draft.

Supporting the collaborative idea between the contracting and contracted companies, commended by the recent legislator, there is an observation about the previous bidding (No. 418880213) – still under the aegis of Federal Law No. 8.666/1993 -, which corresponds to clause 9.4.1, of the contract draft now being analyzed – during the effectiveness of Law No. 13.303/2016 -, since it deals with the possibility of the parties involved in the signing of the agreement defining, together, an eventual new readjustment indicator, in the hypothesis that the indicator then used proves to be no more applicable, and if there is not a substitute index that has been formalized subsequently.

There is, in the contract draft, a relevant provision brought by Law No. 13.303/2016, to be found in clause 12, about the already alluded to and detailed risk matrix, which must include, in a binding way, the hypotheses of risks that can motivate the readjustment of the economic and financial balance of the contract:

12.2 The risk matrix characterizes the initial economic balance fo the contract, distributing risks and onuses, including financial ones, between the parties. Whenever the conditions of the contract and of the risk matrix are observed, the economic and financial balance is maintained, **the parties renouncing the plea for rebalance related to the assumed risks.** (emphasis ours)

Next, not by chance, there is clause 12 of the contract draft, which deals with the economic and financial balance of the contract:

13.1 The economic and financial unbalance of this Contract is considered characterized when either of the parties suffers the financial effects, positive or negative, of an event whose risk had not been allocated to it, effects that are prohibitive of the continuity of the execution of its contractual obligations or that delay their fulfillment, in a harmful way to the purpose of the contract. (emphasis ours)

The claim for rebalance must be supported by provision contained in the matrix, as a risk that had not been imputed to the party that will request the revision of the equation aiming at the balance, provided that the emergence of the fact that prevents or obstructs the adequate course of the contract's execution

is verified. That is to say, it is not any fact or act that might give cause to the request for revision – detailed with pertinent probative documentation – there being contractual provision of time lapse for the submission of such request.

13.3 THE CONTRACTED PARTY, to plead for the restoration of the economic and financial balance of this Contract, must present to COMPANHIA DO METRÔ a reasoned request, demonstrating and justifying the occurrence of any fact that may characterize the unbalance, on the 30 (thirty) days following the occurrence, the request having to be accompanied with all the documents that prove the suitability of the claim, including as regards:

13.3.1 Exact identification of the event which gives cause to the rebalance request, accompanied with evidence that the risk was allocated to COMPANHIA DO METRÔ, as provided by this Contract;

13.3.2 Proof of the expenses, direct or indirect, effectively paid by the PARTY CONTRACTED, resulting from the event that gave rise to the claim;

13.3.3 The COMPANHIA DO METRÔ may, according to the claim's complexity, duly justified by the PARTY CONTRACTED, grant additional period for the submission of the documentation mentioned in item 13.3 (emphasis ours)

Clause 13.3.3 helps to reinforce the required collaborative spirit brought by the legal text of 2016, regarding the so-called state-owned companies' law, since it contains permission, if the hypothesis demands, for the deadline for the submission for the claim for rebalance be extended, pursuing the real maintenance of what is necessary for the clear completion of the contracted object – without burdening any of the parties in excess.

According to clause 13.7, foreseen in the contract draft, the party contracting has equal prerogative related to the balance that must exist between the parties in the agreement, recommending the value of equality of conditions – bulwark of Private Law, which limits the relations parameterized by Federal Law No. 13.303/2016, based on its article 68:.

13.7 COMPANHIA DO METRÔ detains equal right to rebalance of the Contract and will plead and inform the PARTY CONTRACTED, in the form and, in so far as pertinent, in accordance with what is provided in this clause.

The maintenance of the economic and financial balance is very important for the course of the contract and, consequently, for the execution of the required

object. For instance, the impact that the price variations cause on the contracts must be seen with great sensibility, since possible delays can give rise to the nonfulfillment of objectives foreseen in pertinent schedules, as well as cause the delay of delivery of products and services awaited by the population in the capacity of users.

Another innovative clause in number 14.2, to be found in the contract draft now under analysis, which deals with the training that the party contracting will give to the party contracted and, if it is the case, to the subcontracted ones as well, about the Conduct and Integrity Code – in consideration of provisions in articles 9, paragraph 1, VI, and 32, V, both of Law 13.303/2016.²¹³ Maybe it is fitting to make a reflection on what would be the impact that this would possibly cause on contracts.

However, one can imagine that the dissemination of values that guide the party contracting, exposed in a clear manner, can contribute to a mild and less turbulent course of the contract, having in view that the room for manoeuvres and actions of the state-owned company would be demonstrated in the Conduct and Integrity Code to be shared.

Still within the spirit of cooperativeness spirit announced before, praised by Law No. 13.303/2016, there is another example in subclause 15.1.9, of the contract draft, which recommends that the party contracted be obliged to make corrections, adjustments and and repairs, by virtue of vices and defects resulting, for instance, from comissive or omissive conducts that, in an involuntary way, cause damage to the state-owned company and/or third parties, without this automatically implying alteration of the deadlines established in the contracts.

²¹³ Article 9. The public company and the government controlled company will adopt structure rules and risk management and internal control practices that include:

[...]

paragraph 1. A Conduct and Integrity Code must be produced and publicized, which will provide for:

VI – provision for periodic training, at least annual, about the Conduct and Integrity Code, to employees and administrators, and about the policy of risk management, to administrators.

[...]

Article 32. In the bids and contracts that this law deals with the following directives will be observed:

[...]

V – observation of the policy of integrity in the transactions with interested parties.

It is believed that the clause in question tends to help the minimization of potential discussions that would seek to establish the allocation of responsibility in the face of certain emerging facts during the unfolding of the contract:

15.1.9 THE PARTY CONTRACTED is required to repair, correct, remove, reconstruct, or replace, at its own expense, totally or in part, without causing any changes in the contractual deadline, the object of the Contract in which vices, defects or incorrections resulting from involuntary action or omission, negligence, malpractice, imprudence, or use of inadequate material or material of inferior quality are detected. The PARTY CONTRACTED will also be accountable for damages caused directly to third parties or to COMPANHIA DO METRÔ, without prejudice to the provisions in the Clause Administrative Sanctions of this Instrument. (emphasis ours)

Another factor that hypothetically helps to reduce the discussion about supervening elements concerning the object to be contracted and, consequently, confer more stability on the contract with the least chances of impact on the allegation of damages previously reputed as unknown, can be found in subclause 15.1.14 of the contract draft under analysis since the party contracted confirms that it had researched the data and objects referring to the contract on the occasion of its signing:

15.1.14 THE PARTY CONTRACTED confirms having signed the Contract based on an adequate examination of the data relative to the object of this Contract, supplied by COMPANHIA DO METRÔ, and based on the information that the CONTRACTED PARTY may have obtained by means of a visual inspection of the site of the works and other data made available. THE CONTRACTED PARTY acknowledges that any negligence in learning about all these data and information should not lighten its responsibility for estimating adequately the difficulty of the cost of executing the object of this Contract successfully. (emphasis ours)

The reduction of the impact, mentioned above, must also refer to the environmental area, in tune, as well, with the legislation that regulates the contract (article 32, paragraph 1, I and II, of Federal Law No. 13.303/2016²¹⁴). In

²¹⁴ Article 32. In the bids and contracts that this Law deals with the following directives will be observed:

[...]

paragraph 1. The bids and contracts ruled by this Law must respect, especially, the norms related to:

I – final provision environmentally adequate concerning solid waste generated by contracted works;

this respect, subclause 15.5.1, of the contract draft of the bidding now analyzed prescribes:

15.5.1 The PARTY CONTRACTED assumes total responsibility for onuses resulting from the environmental legislation in force and its updating, and for avoiding, mitigating, or repairing negative environmental damage and impact that may be caused as a result of the execution of the Contract's object, being all the costs resulting from the fulfillment of this obligation included in the total value of the Contract. (emphasis ours)

Still as a source of reduction of the impact felt by the parties, as well as that generated by the execution of the contract, there are in clause 15.8, of the contract draft, measures to be adopted aiming at minimizing the interference by the works in the neighborhood, attending to provisions in article 32, paragraph 1, but, in this specific case, in its item IV, of Federal Law No. 13.303/2016²¹⁵. The action for the mitigation being commented on will happen in an integrated and cooperative way with the party contracting – with conjunction of forces for the mildest possible equalization of the questions – according to the following provisions, in the following excerpt, taken from the contract draft:

15.8.3 The PARTY CONTRACTED must always perform together with the community relations area of COMPANHIA DO METRÔ (ASSISTANCE TO THE COMMUNITY COORDINATION), **aiming at synergy of the actions** and preservation of the company's reputation. (emphasis ours)

A most important element in the contract draft of bid No. 100004721 concerns the contractual alterations foreseen in clause 27, which prescribes consensus between the parties involved in the agreement – which also honor the rules of Private Law, which foresees proximity between the signing parties, in accordance with the previously mentioned article 69 of the state-owned companies' law of 2016, for the completion of the intended alterations:

II – mitigation of environmental damages by means of restrictive measures and environmental compensation, which will be defined in the environmental licensing procedure;
²¹⁵ Article 32. In the bids and contracts that this Law deals with the following directives will be observed:

[...]
paragraph 1. The bids and contracts ruled by this Law must respect, especially, the norms related to:

[...]
IV – evaluation of the impacts on the neighborhood, as provided by urban legislation.

27.1 The contract may be altered, by agreement between the parties, in the following cases:

27.1.1 when there is alteration in the project or in the specifications, for a better technical adequacy to its objectives.

27.1.1.1 the basic project may be altered since the superiority of the innovations is demonstrated, in terms of cost reduction, increase in quality, reduction in the execution deadline, and facility of maintenance or operation.

27.1.2 when alteration of the contractual value resulting from quantitative increase or reduction of its object is necessary, within the limits allowed by the REGULATION OF BIDS, CONTRACTS AND OTHER ADJUSTMENTS OF COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ;

27.1.3 when the replacement of the guarantee of the contractual execution is appropriate;

27.1.4 when the alteration of the regime of execution of the work or service is necessary, as well as the alteration of the manner of supply, as a result of technical verification of the inapplicability of the original contractual terms;

27.1.5 when the alteration of the payment form, by imposition of supervening circumstances is necessary, maintaining the updated initial value, being prohibited the anticipation of the payment, without the correspondent compensation of asset supply or execution of work or service;

27.1.6 to re-establish the relation that the parties agreed initially between the charges of the PARTY CONTRACTED and the compensation of the COMPANHIA DO METRÔ for the fair remuneration for the execution of the contracted object, aiming at the maintenance of the initial economic and financial balance of the Contract, in the hypotheses of supervening unpredictable facts, or predictable ones, but ones of incalculable consequences, retarding or deterrent of the execution of what had been agreed or, still, in case of *force majeure*, fortuitous event, or sovereign act, configuring extraordinary or extracontractual economic risk. (emphasis ours)

One can infer, on reading clause 27.2 of the draft now being discussed, the possibility (not obligation) of acceptance of accretion and suppression, within certain limits established by the legislation, observing the same contractual parameters:

27.2 The PARTY CONTRACTED may accept, under the same contractual conditions, accretions or suppressions that are made to works, services or purchases, up to 25% (twenty-five per cent) of the updated initial value of the Contract and, in the particular case of restoration of buildings or equipment, up to the limit of 50% (fifty per cent) for the accretions.

As a way of opening wide the difference concerning the point raised above, which represents an advancement for the equalization between the parties

involved in contracts with state-owned companies, granting greater security in the face of eventual unilateral measures on the part of the Indirect Administration and, consequently, reducing the impact potentially caused by the respective contracts, let us see, below, a worksheet comparing Federal Laws No, 8.666/1993 and No. 13.303/2016, as to the specific theme of the contractual suppressions and accretions.

One can verify the alteration of the bias imposed, in an exorbitant way, by the legislator, concerning this subject, ceasing to represent something applied one-sidedly by the state-owned company, and fostering the building of consensus between the parties involved, guided by a spirit of negotiation and cooperation envisioned by the more recent law, as is shown by the comparison in the chart below:

Federal Law No. 8.666/1993	Federal Law No. 13.303/2016
<p>Article 65. The contracts ruled by this Law may be altered with due justifications, in the following cases:</p> <p>Paragraph 1. The party contracted is <u>required</u> to accept, under the same contractual conditions, the accretions or suppressions that are made to the works, services, or purchases, up to 25% (twenty-five per cent) of the updated initial value of the contract and, in the particular case of restoration of buildings or equipment up to the limit of 50% (fifty per cent) for the accretions. (emphasis and underlining ours)</p>	<p>Article 81. The contract signed under the regimes foreseen in items I to V of article 43 will count on a clause that establishes the possibility of alteration, by agreement between the parties, in the following cases:</p> <p>Paragraph 1 The party contracted <u>may</u> accept, under the same contractual conditions, the accretions and suppressions that are made to works, services, or purchases, up to 25% (twenty-five per cent) of the updated initial value of the contract and, in the particular case of restoration of buildings or equipment up to the limit of 50% (fifty per cent) for the accretions. (emphasis and underlining ours)</p>

Another example is to be found in the consensual field, in clause 27.3 of the contractual draft, which provides for the possibility of establishing unit prices

when they had not been stipulated in the contract until then, by means of a consensus between the parties involved:

27.3 If unit prices had not been contemplated in the Contract, they will be settled by means of agreement between the parties, with respect to the limits established in this clause.

In face of what was exposed above, through the analysis of the documentation referring to the bidding in question, one can verify an intense effort to guarantee the minimization of discussions about when one or the other of the parties of the agreement must, or must not, be accountable for various elements resulting from the contract, which could cause increase in the values involved, as well as delay in the conclusion of what was agreed on.

Among the questions posed, are those concerning price variation, according to items foreseen in the aforementioned risk matrix, which confers greater security on the relations and means fewer abrupt surprises related to the expectations the parties might have concerning the business.

5.5 – CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID No. 10002680

The contest to be analyzed includes an international competition for the installation of platform doors in stations of Companhia do Metrô de São Paulo, resulting from the need to increase the security measures for the protection of passengers and employees of this state-owned company, which provides public mass transportation services for people, therefore, an object of great importance. The invitation to bid was made available since the beginning of the month of September of 2018.

In the initial part of the documentation, more specifically in item 5.1 of the invitation to bid, there is, for instance, the commitment that the bidder must make – in respect of the soundness of the bidding process – through the establishment of the prohibition of communicating with, discussing with, or informing other participants and/or interested parties about the contents of the proposal that would be submitted.

Further on, still in the same item mentioned, the need is expressed of conducts that restrain fraud, corruption, as well as the practice of any act harmful act to Public Administration, which attests to the capillarity of the spirit that permeates the content of Federal Law No. 13.303/2016, which sought to

approximate the contracts of state-owned companies to those of the eminently private world, which establish more cooperative conducts, removing the praised supremacy of the Indirect Administration's interests in view of the interests of the private entities that sign contracts with it.

There is, as well, an explicit provision concerning the removal of manipulation or fraud that affect the economic and financial contractual balance – according to item 5.1, IV, “g”, of the invitation to bid. Evidently, in previous contracts such conducts were equally prohibited. However, in the present moment, one fights for clarity and purity, in the whole bidding process, with emphatic measures relative to the conducts of all those involved in the process.

In item 5.4 of the invitation, referring to the prices of the contract, there is a provision in subitem 5.4.2.1 – about the possibility of remittance of amounts abroad, that could only be imposed on items effectively quoted in a foreign currency, in tune with the Price Worksheet.

This is an attractive element for investors, in the hypotheses in which there are supplies and/or services coming from abroad, which appear as such on the Price Worksheet, taking into account that possible exchange rate variations imposed on items quoted in foreign currencies – since they do not render the continuity of the contract impracticable – could, in face of circumstances to be verified, be protected in relation to the ordinary oscillations of the exchange market.

As a way of equalizing the proposals, the invitation to bid – in its clause 7.6 – makes it clear to the interested parties, settling, hypothetically, questionings concerning the matter, that the values presented in foreign currencies in the Worksheet will be burdened as a result of the amounts relative to the remittance of values abroad, since the value of a product/service executed abroad may have a quite reduced price compared with that executed here and on which the tax burden is considerable.

Still aiming at clarifying questions relative to the proposals in foreign currencies, item 5.4.9 of the invitation to bid referred to above, provides for the need of the proponent to indicate the readjustment indexes – that have to be accepted by the contracting state-owned company. This reduces, for instance, possible discussions about the need of approval of the index proposed by the bidding party, since the invitation makes said necessity clear, from the beginning,.

If the state-owned company providing public services rejects what was stated above, subitem 5.4.9.1 foresees which might be the applicable indexes to proposals quoted in foreign currencies, thus minimizing the universe of possibilities of readjustments, reducing the spectrum of uncertainties concerning the theme:

5.4.9 The PROPONENTS that quote their proposals in foreign currencies must indicate, in the submission of the Commercial Proposal, the indexes “L”, “M”, and “N”, to be applied according to the readjustment formula contained in the Readjustment Clause that is part of the Contract Draft – in the Second Part of this invitation to bid, being assured that COMPANHIA DO METRÔ will have the right to accept or not accept the indicated indexes, when the contract is issued.

5.4.9.1 In the hypotheses of COMPANHIA DO METRÔ rejecting the readjustment indexes proposed by the bidder, then at its exclusive discretion, COMPANHIA DO METRÔ will adopt: (i) for prices quoted in US\$ (American dollars) or CAD\$ (Canadian dollars) and other currencies from countries of the Americas, with the exception of Brazil: the variation of the index for Consumer Prices of the United States of America; (ii) for prices quoted in ¥ (Yen) and other currencies from Asian countries: the variation of the index for Consumer Prices of Japan; (iii) for prices quoted in € (Euro), £ (Sterling Pound) and Sw Fr (Swiss Franc) and all other currencies from other countries of Europe, Africa and Oceania: the variation of the index HICP – Harmonized indices of Consumer Prices, published by Eurostat.

Another interesting element to be analyzed concerns the emphatic exposition about the necessity of the feasibility of the proposed prices, that is, they must be real prices that effectively manage to accomplish the contracted object, according to subclause 7.4.1 of the invitation to bid – at the risk of disqualification of the proposal, in consonance with clause 7.5, IV, of the invitation. Thus, the submission of values often overly low and unreal is discouraged since this is a scenario that would cause tumult and delays in the accomplishment of what is intended.

Concerning the indication of the currency, about the prices, clause V of the contract draft in question, provides that the election should occur at the moment of the formalization of the contract. This is a very important fact, emphasizing that it is an international competition – since the possibility of indicating the currency ruling the prices potentializes the competitiveness between national and foreign companies, and also helps to foster a greater attraction of foreign investors having in mind projects and works to be undertaken in Brazil.

With the aim of bringing greater security to the contract, clauses 5.5.2 and 5.2.2.1 of the contract draft establish provisions for the economic and financial balance of what had been signed, expatiating about the predictability of facts, with consequences deterrent of the equated continuity of what had been agreed, to the hypotheses that exceed exchange rate variation by ten per cent, up or down. Thus, an interesting parallel is established with what was prescribed, some years before, in the documentation relative to bid No. 41377213, analyzed in subsection 5.1 of the present work²¹⁶.

Subclause 8.1.1, of the aforementioned contract draft, provides that the payment will necessarily be made to Brazilian companies in the national currency – which would not confront the provision in article 318 of the Civil Code²¹⁷, nor the already mentioned Executive Order No. 857/1969.

However, the scenario permits a reflection about how it would be if national investors in infrastructure works in the country could be remunerated in a foreign currency. Quite probably, new companies would establish activities in Brazil and would be interested in participating not only in international contests – which possess some specific rules – but also in the wide range of national contests spread around the country, which greatly needs infrastructure works, according to what was exposed in section 4 of the present work.

There is also a readjustment provision, in clause 9, of the aforementioned contract draft, with detailed prediction of cases involving items quoted in foreign currencies. All this demonstrates attention to the peculiarities deriving from discussions about the possibility of applying foreign quotations – which doubtless requires the application of a specific formula, aiming at guaranteeing the balance and isonomy between the values quoted in national and foreign currencies.

There is also, in subclause 9.1 of the invitation to bid draft, the permission for some components of the readjustment formula for items quoted in foreign

²¹⁶ 5.5.2 The contract signed, besides the other legal provisions, in the case of economic and financial unbalance of the proposal, in the hypotheses in article 64, 11, “d” of Federal Law No. 8.666/1993, the situation will be analyzed by COMPANHIA DO METRÔ.

5.5.2.1 It is considered a “predictable fact”, “with consequences deterrent of the execution of what was agreed”, for the effect mentioned in article 65, 11, “d”, of Federal Law No. 8.666/1993, the exchange rate variation of prices of imported equipment/materials, when this variation exceeds 10% (ten per cent) up or down.

²¹⁷ Article 318. The conventions for payment in gold or in foreign currencies, as well as for compensating the difference between the value of the foreign currency and the national one, with the exception of the cases foreseen in special legislation, are null.

currencies to be defined by the company that does the respective quotation – expecting acceptance by the state-owned company.

However, the possibility for the company that quoted the item in a foreign currency choosing some of the components of the readjustment formula, even the state-owned company not having accepted its effective application, demonstrates greater approximation of the burdens of the roles of those involved in the business, as well as the strengthening of the trust and cooperation ties that must be established between the parties, as proposed, always in tune with previous exposition in the present work, by Federal Law No. 13.303/2016. In this same respect, one finds provisions 9.4 and 9.4.1 of the contract draft, concerning the eventual joint definition of the substitute index in the hypothesis that the index then in force stops being applicable.

Another important factor of the contract draft that must be highlighted, also as a way of minimizing possible impact generated by contracts, concerns the need of the party contracted to study and effectively analyze, in a thorough manner, the documentation supplied, aiming at reaching an understanding of the object of the contract, so as to agree and not claim, in the future, unawareness and/or ignorance about the content made available to it for the smooth compliance with the contractual agreement signed:

11.2.2 To take responsibility for the study of all the documents pertaining to the contract as well as for all the elements supplied by COMPANHIA DO METRÔ for the execution of this instrument, the allegation of ignorance of those not being accepted, on any account.

There is, in the contract draft, a specific clause (number 11.3) concerning the obligations relative to environmental issues, a factor that demonstrates great preoccupation with the matter, emphatically praised in article 27, paragraph 2, of Federal Law No. 13.303/2016. According to the text of subclause 11.3.1, the party contracted takes on the obligation and the responsibility resulting from the mitigation, repair and prevention of all the environmental damages that can be caused by the execution of the object of the contract under analysis:

The PARTY CONTRACTED is bound to:.

11.3.1 Take on all responsibility for the onus resulting from environmental legislation and for avoiding, mitigating or repairing the environmental damages that can be caused by the execution of the object of the contract, all the costs resulting from the

fulfillment of this obligation being included in the total value of the contract.

11.3.1.1 Only the onuses that the contract has, expressly and determinedly, attributed to COMPANHIA DO METRÔ, if there are any, are excluded from the obligation above, being maintained the responsibility of the PARTY CONTRACTED for all the other onuses resulting from the environmental legislation.

Concerning the application of administrative sanctions, there are different provisions in the contract draft – let us compare two versions of clause 13.4, trying to observe and consider the peculiarities of distinct situations of companies so as to seek an approximation to a greater balance.

In this case, there is specification for payment of fines by companies that had quoted their proposals with items in national currency (Real) and by companies that had quoted their proposals in foreign currencies; in the former case, the updating of the amount will be done through the Consumer Price Index of the Municipality of São Paulo, calculated by Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Economic Research Institute Foundation): in the latter case, the updating of the value of the fine will be done through an index to be appointed by the party contracted, to be accepted by the contracting state-owned company – or, in case of refusal, through an index determined by the party contracting.

Item 13.4 below is applicable in case of formalization of contract with a Proponent that has quoted its proposal with items on the Worksheet of Services and Prices in Reais.

13.4 Non-payment of a fine within the agreed deadline will imply the updating of the value to be paid, based on the variation of IPC – Índice de Preços ao Consumidor do Município de São Paulo (Consumer Price Index of the Municipality of São Paulo) published by Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE (Economic Research Institute Foundation), calculated “*pro-rata tempore*” since the due date until the actual date of payment, according to formulas foreseen in the Clause – Payment of this contract.

Item 13.4 below is applicable in case of formalization of contract with a Proponent that has quoted its proposal with items on the Worksheet of Services and Prices in a foreign currency.

13.4 Non-payment of fine within the agreed deadline will imply the updating of the value to be paid, based on the variation of Index “L” (an index to be indicated by the PARTY CONTRACTED and be accepted by the COMPANHIA DO METRÔ, or the index

defined by the company in case of rejection of the proposed index), calculated “*pro-rata tempore*” since the due date until the actual date of payment, according to formulas foreseen in the Clause – Payment of this contract.

There is also, in the section related to administrative sanctions, in clause 13.10 of the contract draft, a provision for a Conduct and Integrity Code of the contracting state-owned company, as well as the respective access link and correspondent content so that the sharing of the subject proves to be beneficial, allowing for a better tuning between the parties of the contract. The values and guidelines that conduct the actions of the company provider of public services are exposed in a still more explicit way, restraining any acts that go against the administrative principles and those of the company, as well as any conducts that prove to be antagonistic to what is prescribed through the contracting undertaken by the company pertaining to the indirect Administration of the state government.

A differentiated treatment is also found in clause 14 of the contract draft, which brings provisions for the guarantee for the execution of the contract. There is specific content for Brazilian and foreign companies that operate in Brazil and another applicable to foreign companies that operate abroad.

There is, thus, an attempt to manage specific cases that require differentiated actions. It would make no sense, for instance, in demanding a *Performance Letter of Credit (Performance Bond)*, foreseen in point 14.1.2 of the contract draft, of a company that operates in this country.

Appropriately, let us emphasize that the contract now under analysis, as well as the one that will be presented next, do not possess as one of their annexes a risk matrix since, in tune with the understanding in articles 19 and 153, of the second revision of the Regulation of Bids of Companhia do Metropolitano de São Paulo, in contracts and other adjustments of the state-owned company provider of public services, formulated as a result of the edition of Federal Law No. 13.303/2016, the risk matrix will be centered, as a rule, in an explicit way, in contracts that refer eminently to engineering works and services. (Companhia do Metropolitano de São Paulo)²¹⁸

²¹⁸ Information taken from the electronic site of Companhia do Metropolitano de São Paulo: <http://www.metro.sp.gov.br/negocios/pdf/REGULAMENTO%20DE%20LICITA%C3%87%C3%95ES%20CONTRATOS%20E%20DEMAIS%20AJUSTES%20DA%20CIA%20DO%20METR%C>

5.6 – CRITICAL ANALYSIS – DOCUMENTS OF BID NO. 10014557

The invitation to bid and respective documentation for the contest to be analyzed are available at the electronic site of the contracting state-owned company since July 2019. The contracting has as its object the conception of a system of electronic monitoring of Lines 1, 2, and 3 of Companhia do Metrô de São Paulo. Let us emphasize, appropriately, that it is a bid financed by the Inter-American Development Bank.

One of the interesting aspects of the present contest concerns its object, which is related to the facial monitoring of the passengers of subway lines. This feature fosters the reflection about questions related to security, privacy and organization of the flow within the subway system. However, this appealing subject is beyond the scope of the present work.

Besides, the invitation to bid was launched under the aegis of Federal Law No. 13.303/2016. In the beginning of Section I of the documentation analyzed, which deals with Instructions to Bidders, from now on indicated here as IAL (Instruções aos Licitantes), in its point 3 – applicable to contracts signed in consonance with Policy GN-2349-7 – as well as in item 3, there is great preoccupation with the themes of fraud and corruption, so that there is the decision that all participants observe high degrees of ethical behavior, having to denounce any acts – even if merely suspected – that appear as fraud and corruption.

There is also, in the same Section I, provision for the possibility of recording the prices, with specific entries, for assets manufactured in the buyer's

3%94%20-%20REV.2%20- 20para%20publica%C3%A7%C3%A3o.pdf (access on July 16, 2020 at 12:18 p.m.):

Article 19. The contracts that adopt either the semi-integrated contracting regime or the integrated contracting regime referred to, respectively, in items V and Vi of article 18, will be restricted to engineering works and services and will observe the following requirements: I- the invitation to bid must contain:

[...]

d) RISK MATRIX

Article 148. The following are necessary clauses in the contracts:

XI – RISK MATRIX, in the case of contracts related to engineering works and services, in integrated and semi-integrated contracting, foreseen in clause defining risks and responsibilities between the parties and characterizing the economic and financial balance, including the hypothesis of variation of currencies and the maximum limit in percentage, which will be considered the motive of price rebalance.

Article 153. The Risk Matrix foreseen in item XI of article 148 could be included in contractual instruments for engineering works and services and for other types of object, its pertinence and desirability evaluated by CIA. DO METRÔ.

country and, for assets manufactured outside the buyer's country (according to subitem 14.6, letters "a", "b", and "c"), which means greater approximation with the reality faced by the parties contracted – that need national and foreign products for the execution of their tasks. In this respect, item 34, of Section I, proves pertinent, since it stipulates – for purposes of comparison and evaluation – the need to convert all the values to a sole currency (Real – according to IAL 34.1, of Section II, which deals with the Bidding Data).

It is interesting to point out that the inclusion of subclause 43.5.3, II, according to a provision in Section II (relative to Bidding Data), in the part referring to IAL 43, which foresees the possibility that foreign companies, not established in this country, submit declaration of non-existence, in their country of origin, of documentation usually demanded of participants established in Brazil. This proves the effort to allow the participation of a greater number of interested parties in the contest. It also shows great trust in the foreign participant that is not established in this country.

43.5.3 Certificates and notes, as below:

[...]

II- DOCUMENTATION REQUIRED OF FOREIGN COMPANIES NOT ESTABLISHED IN BRAZIL:

For foreign Companies not established in Brazil the required documentation is constituted by the same documents listed in items 1 to 4, where applicable and that exists in the country of origin of the company, being established that in the hypothesis that the country does not possess the required document, the company must submit a document issued by it declaring the non-existence of the document in question, observing the same numbering order. The documentation must be duly translated into Portuguese.

Following the idea of cooperation, subitem 4.5, "a", of Section VII, determines the intolerance of losses caused to one of the parties involved in the deal, by virtue of delays or negligence by the party.

In addition, the attempt at solving conflicts amicably and informally (in tune with subitem 10.1) must be made between the participants in the deal, as emphasized in clause 10, of Section VII, which deals with solutions of controversies. In case of impracticability, the arbitration channel will be followed, according to provision in subitem 10.2.

With the intention that the parties may solve conflicts that peradventure occur during the execution of the contract, subitem 37 deals with the possibility

of restrictions to foreign trade. Once duly proved the existence of external forces to the supplier's will and, its contractual obligations fulfilled, it will be exempt from delivering the product or service, giving rise to the hypothesis of rescission of the contract.

In Section VII – that approaches the Special Conditions of the Contract – subitem 16.5 contains provisions for quotation of the proposal in Reais or in foreign currencies, which permits one to infer the possibility of submitting proposals in other currencies besides the national currency, opening the access to external participants and, consequently, potentially attracting a greater number of interested parties so as to widen the possibility of obtaining a more advantageous result – catalyzed by competitiveness, quality, and value.

In the wake of the provisions pointed out in the previous paragraph, with the possibility of dealing with contract signing that involves companies that operate in and out of Brazil, there is subitem 18.1, of Section VIII – relative to Special Conditions of the Contract – which deals with the guarantee of execution of the contract and contains provisions specifically applicable to companies that operate, respectively, in and out of Brazil – as, for example, the mention of Performance Bond, which is pertinent to the latter.

It contains also, as a document relative to the contest now being examined, the detailing of the “Formula for Price Readjustment”, highlighting the observation in letter “a” concerning the provision for the hypothesis of the possible adoption of a foreign currency for valuations, an occasion when there will be the application of the “correction factor” so as to remove incongruous readjustments. It must be stressed, also, that there will be no readjustment on the price amounts, possibly checked and paid to the supplier, when they have the nature of advance payment.

In the appendix to the documentation for the contest are the “General Instructions for the Implementation of the Contract” and, in its item 1.2, specific provisions relative to obligations concerning environmental issues that the contract to be signed includes.

The contracted party, according to item 1.2.1, takes responsibility for the mitigation, for the repair, not less important to avoid the occurrence of such damages – such facet is in accordance with that prescribed by the legislator in article 32, II, paragraph 1, II, of Federal Law No. 13.303/2016.

Finally, let us emphasize that the contract draft itself, foreseen in Section IX, item 1, of the documentation concerning the contest in question is lean and refers – as integral parts – to the contents of preceding sections, among which the ones discussed above.

5.7 – FINAL CONSIDERATIONS ABOUT THE CONTRACTS ANALYZED

Six invitations to bid and contract drafts of Companhia do Metropolitano de São Paulo were analyzed, three of them prior to Federal Law No. 13.303/2016 and three subsequent to the publication of this legislative text. The idea of presenting and analyzing the contest documents, in balanced numbers (before and after the law of 2016), aimed at allowing for the identification of the evolving scenario brought by the norm under study about the contracting of state-owned companies.

One of the most recurring words that appear in the documents of the different contests is the term “cooperation”, which must be deepened between the parties involved in business with state-owned companies and, consequently, was encouraged and honored by the legislator.

All should gain, within the limits established in the contract, with the fulfillment of the agreement. There is in Brazil, in some cases, mistrust involving contracting with direct and indirect Public Administration – episodes of corruption and embezzlement are reported by the press – and it must be so since freedom is one of the strongholds of a democratic society.

It should be believed that Federal Law No. 13.303/2016 strove to contribute to the sedimentation of a less pugnacious spirit between the parties involved in business with state-owned companies, so as to join efforts for the achievement of the contracted objects and, consequently, reach the main goal of the agreement: to offer the population the product or service that has been contracted, within the deadline, with the foreseen values and the expected quality.

Not by chance, throughout the analysis of the contests, the evolution of the methods for the resolution of possible conflicts that may appear during contracting became evident – with more dynamic solutions, to be employed by the parties, and less contentious ones (and, as a consequence, potentially less time-consuming and less costly).

This does not mean that there was not, before Federal Law No. 13.303/2016, preoccupation with the adequate achievement of the contracted object, as well as with the discussions involving conflicts between the parties – on the contrary, there was already an interest in the adequate fulfillment of the object and in its delivery for the use of the final recipients.

However, the law of 2016 brought in a more emphatic manner and in an completely evident way the need for the observation of these more dynamized resolution points; distancing from informal adjustments, deviations, exchange of wills, not accepted since long ago, but, at present, still less tolerated.

Even before the advent of Federal Law No. 13.303/2016, contracts ruled by the permissive article 65, III, letter “d”, of Federal Law No. 8.666/1993, already foresaw the possibility of the parties involved trying to re-establish the balance of the elements of the agreement – as, for example, the economic and financial equation. This can be demonstrated through the analysis of contest No. 41377213, presented in item 5.1 of this section.

Besides this, norms of international financing organisms could, in certain cases, be applied and contained specificities in relation to the general rule prescribed by Federal Law No. 8.666/1993. This could be noted on the occasion of the analysis of contest 41299294, dealt with in item 5.2 above.

However, analyzing the subsequent contests, one can notice that the Federal Law of 2016 opened the possibility of more dynamic and less contentious resolutions between the parties, in a stratified manner – not restricted, for instance, to contests with specific rules of financing international entities.

Moreover, a significant alteration can be observed concerning the authoritative role of the contracting Indirect Administration in what respects the unilateral demands that it could make of the contracted party. Outrageous expressions such as “at any time”, connected with the demands, the authoritarianism, and the onesidedness, when it was reputed convenient by the party contracting – as was demonstrated in the contracts prior to Federal Law No. 13.303/2016 -, lost strength since the contracts signed after the edition of said law seek to bring a more parsimonious character to those involved, also aiming at potentially reducing conflicts, which can be catalyzed by the poignant unbalance formerly existing between the parties.

The documentation analyzed in item 5.3, of the present section – also permeated by the special norms of the foreign financing bank -, helps to exemplify, among other elements, through the possible joint establishment of readjustment indices in specific hypotheses, the foreshadowing of the consensus spirit, which was later introduced in the national legal system, through Federal Law No. 13.303/2016, in relation to state-owned companies' contracting.

This Law, whose application was exemplified through the last three contests analyzed, helps to demonstrate the intention to approximate state-owned companies to companies of the exclusively private world – by means of, for instance, the employment of easier contracting mechanisms. As an example, one can mention the disqualification of proposals only in hypotheses that contain uncorrectable defects, according to provision in article 56, II, of the law being commented on – elements that were noticed in contracts subsequent to the edition of Federal Law No. 13.303/2016 and of poignant instruments of corporate governance.

The risk matrix, dealt with in item 5.4 of this section, pertinent to contest 10004721, represents great evolution in the restriction of risks in contracting of state-owned companies and, consequently, contributes to the reduction of the number of potential discussions and conflicts – with great chance of delaying the execution of the contract.

What was felt through the analyses was mainly the greater balance that the positions taken by the parties in the contracts began to enjoy after the effectiveness of the law of 2016. A clear example of this new scenario lies in the contrast between article 65 of Federal Law No. 8.666/1993 and article 81 of Federal Law No. 13.303/2016: before, the party contracted was (within certain limits) “obliged” to accept increases and suppressions; at present, the acceptance is optional.

In addition, through the analyses of the documents contemporary to the effectiveness of Federal Law No. 13.303/2016, it is possible to verify the strength imposed by the legislator on the actions that must restrain fraudulent, manipulative, and discordant conducts concerning cooperative practices that must be respected between the parties involved in business with state-owned companies –a scenario that can be observed, for instance, in the documentation

brought up in item 5.5 of the present section, in which contest No. 10002680 was analyzed.

There is also preoccupation with mitigation and possible minimization of impact resulting from works undertaken as a consequence of the signing of contracts. In other words, the objectives to be pursued do not concern exclusively profit and/or potential financial results that the contracts might generate.

It was pointed out and it is important to reaffirm that state-owned companies that provide public services have functions that go beyond financial and economic return. The object of contest No. 10014557, analyzed in item 5.6 of the present section exemplifies a service that does not seek profit, but rather the improvement of the security and of the services provided for the users.

The contests analyzed possess many complex and costly activities – which, many times, cannot be usually performed by companies that exist in the market. The main objective should consist in the offer of quality services and products to the collectivity, not meaning, however, that the results and financial costs should not be considered; on the contrary, one of the great challenges nowadays is to reconcile, in a well-balanced manner, the adequate provision of quality public services, whose demand is growing, to a great number of users, through rationalization and optimization of financial and available material resources.

6 – CONCLUSION

The world is constantly changing. Who would imagine that the planet would practically stop in the beginning of 2020 because of a pandemic? And what would this have to do with the present dissertation? The answer, in spite of seeming strange at first, is: it has much to do.

The scenario imposed by the pandemic opened wide the fact that the threads that permeate humankind – in its various facets – are interwoven. Brazil is not outside a massively globalized reality and state-owned companies are not immersed in a bubble of comfort and stability.

Since the major premise proposed before in this work corresponds to Law No. 13.303/2016 and the minor premise to the universe of state-owned companies that provide public services, especially those of the subway sector and, even more specifically, Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô/SP, after the comparisons and analysis that were carried out here, the conclusion is that the syllogism proved to be true.

This is so because, after the conduction of the studies and the development of the present dissertation, the understanding is consolidated in relation to the need for adjustments and transformations in part of the activities developed and performed by state-owned companies, an even greater challenge for those that provide public services since they have the enormous task of balancing the equation of increasing the services – on an acceptable quality level – with rationalization of investments and financial expenses.

The search for approximation of state-owned companies to the other companies of the market aims at, among other things, learning and grasping lessons in governance, transparency and productivity instruments – and Federal Law No. 13.303/2016, in one way, consists in an instrument that narrows the abyss between those that praise state-owned companies and those that fight for an increase in the privatization of their activities, which began to have an appearance closer to that of the private world.

The greater speed in contracting and greater agility in negotiations, as well as potentially greater returns and the exploration of often vacant gaps are the emblems of the significant changes that state-owned companies must face and are facing.

After the exposition of the legal system of the Brazilian state-owned companies, comparing foreign Latin American regimes – even in a brief fashion, since this was not the main focus on the research -, one concludes for the importance of state-owned companies, especially those that provide public services, in countries that perform their activities in realities with so many social and economic inequalities, such as the countries in Latin America.

In the course of this work, when developing the study and analysis of Federal Law No. 13.303/2016, although there are critical comments to the context of its appearance and content, the introduction of instruments was identified, which allow for granting greater agility to state-owned companies and their contracting, among which can be pointed out: the increase in parameters of rectitude and ethics, in tune with the internal policies concerning the integrity of conducts and actions; the focus on the proposal that presents greater advantage and, in this respect, the possibility that interesting proposals should not be rejected because of defects that can be corrected; and, greater approximation between the parties involved in the deals, through the establishment of a greater balance between their wills.

There is great approximation, concerning this last aspect, respecting the law that rules the eminently private world, conferring greater security on the actors involved in state-owned companies' contracting, which, before the publication of the law of 2016 could largely invoke the application of exorbitant clauses.

Next, the excessive weight of the investments required by infrastructure works was demonstrated – especially in the subway sector -, with significant public expenses for the performance of tasks. One concludes for the importance of the State's actions, in view of the bulky investments necessary for the execution of works.

However, the conclusion is also that the contemporary state action does not happen in a solitary manner any more; in other words, there is a growing importance of the establishment of partnerships and alternative financing sources, as a way of attenuating the considerable weight of public investment.

Notwithstanding, the State continues to play an important role in investments in infrastructure works, having in view that it identifies and enhances the places where the allocation of public resources and/or the searches for

applications of investments will occur – this exercise should not consist in the public use of state-owned companies.

The analysis of contests – prior and subsequent to the publication of Federal Law No. 13.303/2016 – carried out in the last part of this dissertation – allowed for the conclusion that there was, through the law of 2016, a greater balance between the parties involved in the deals, as well as the attempt at a greater approximation between the worlds of state-owned companies and the other companies in the market, since one of the keynotes of the legislative text analyzed above consists in the increase of discretionary competences, in greater choice and negotiation margins and in the removal of exorbitant prerogatives that previously characterized the contracts of state-owned companies.

Still in view of the relatively recent period of the effectiveness of the law of the state-owned companies (since July 2016) and the more recent deadline (since July 2018, according to article 91 of the law under consideration) for the confection of internal regulations and other adaptations of state-owned companies, there are not a great number of examples of contracts that could be examined in detail – so, a choice of contests with extremely singular objects was made, from which it was possible to infer that there is much to come from the application of the legislative text that is the object of this research.

Federal Law No. 13.303/2016 represents a relevant advancement for the actions of state-owned companies – it established important alterations in negotiations, in choice of proposals, in contracting, and in business management per se, through more specialized governance practices, as well as greater control of resources, projects, investments, and expenses, focusing on the health, sustainability, and permanence of the business. For this purpose, adjustments, often harsh, must be made. Two recurrent words were stressed in the pandemic scenario experienced recently. They are: adaptation and re-invention.

Finally, the conclusion is that state-owned companies must strictly seek adaptations and re-inventions, in an extremely competitive world, connected and incessantly thirsty for products and services – as far as possible – less costly, faster and of greater quality. State-owned companies play an essential role as promoters and assistants of the State, in catalyzation and capillarity in supplying deep and deficient gaps, which characterize the yearnings of such unequal societies as the Brazilian one. The challenge is not to pursue numbers and results

blindly – which, nevertheless cannot be disregarded, but have to be equalized, observing the essential social role that state-owned companies, especially those that provide public services, play in the life of entire populations, particularly those in greatest need.

10- ANEXO: DOCUMENTO COMPLEMENTAR À ANÁLISE DO EDITAL PARA O CONTRATO DA LICITAÇÃO N. 10004721 DA COMPANHIA DO METRÔ DE SÃO PAULO

ANEXO 9F - MATRIZ DE RISCO			
Objetivo: Descrição e alocação dos riscos principais, em atenção à Cláusula 42, inciso X da Lei Federal nº 13.303/16.			
ITEM	DESCRIÇÃO DO RISCO	AÇÃO	ALOCUÇÃO
1	Não disponibilização de documentos de domínio da COMPANHIA DO METRÔ em tempo para início dos serviços, quando necessários à obtenção de licenças para execução e/ou aprovação dos serviços junto às repartições competentes (Prefeitura, Concessionárias, Corpo de Bombeiros e outros órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal).	Revisão dos prazos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
2	Atraso na obtenção de licenças necessárias para execução e/ou aprovação dos serviços junto às repartições competentes (Prefeitura, Concessionárias, Corpo de Bombeiros e outros órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal).	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
3	Atraso na solicitação, pela contratada, quando da necessidade de obtenção de licenças diretamente pela	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para	CONTRATADA

	COMPANHIA DO METRÔ no curso da execução do contrato, considerando os prazos de análise e concessão dos órgãos responsáveis.	COMPANHIA DO METRÔ.	
4	Ocorrência de erros, omissões, alterações e/ou discrepâncias, nos documentos técnicos fornecidos pela COMPANHIA DO METRÔ aplicáveis ao contrato, sendo os fatos geradores comprovados pela contratada que efetivamente afetaram a execução dos serviços.	Revisão do objeto contratual por aditivo com possibilidade de adequação dos prazos, assegurando-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pelos impactos efetivamente comprovados.	COMPANHIA DO METRÔ
5	Descumprimento dos prazos estabelecidos nos documentos contratuais aprovados pela COMPANHIA DO METRÔ.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
6	Condições climáticas que interfiram na execução dos serviços, cuja intensidade, duração e quantidade seja superior ao valor máximo de precipitação com tempo de recorrência de 5 anos.	Revisão dos prazos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
7	Ocorrência de caso fortuito e força maior (enxurradas, incêndios, desabamento, dentre outros).	Revisão dos prazos, objeto e do equilíbrio econômico-financeiro por impactos efetivamente comprovados pela	COMPANHIA DO METRÔ

		Contratada, por meio de aditivo contratual.	
8	Impacto por convivência/interferência com as Atividades Operacionais ou Espaços Comerciais da COMPANHIA DO METRÔ e/ou outras concessionárias, bem como com as atividades de outras contratadas, desde que especificados nos documentos fornecidos pela COMPANHIA DO METRÔ.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ, e ressarcimento dos prejuízos causados nas atividades operacionais/comerciais.	CONTRATADA
9	Impacto por convivência/interferência com as Atividades Operacionais ou Espaços Comerciais da COMPANHIA DO METRÔ e/ou outras concessionárias, bem como com as atividades de outras contratadas, não especificados nos documentos fornecidos pela COMPANHIA DO METRÔ, desde que devidamente comprovado pela Contratada e que implique em alterações na execução dos serviços.	Revisão dos prazos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
10	Atraso na entrega de projetos e documentos técnicos elaborados pela Contratada.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA

11	Atraso da COMPANHIA DO METRÔ na aprovação e/ou entrega dos projetos e documentos técnicos elaborados pela Contratada, conforme prazos definidos no cronograma ou contrato, quando comprovado, pela Contratada, que efetivamente afetaram a execução dos serviços.	Revisão dos prazos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
12	Falhas ou erros no procedimento executivo ou em materiais/equipamentos empregados pela Contratada, durante a fase de testes das instalações e/ou comissionamento dos sistemas.	Assunção de todas as consequências e custos decorrentes e recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
13	Modificações das condições de execução dos serviços sem a prévia revisão dos procedimentos executivos.	Assunção de todas as consequências e custos das modificações e possíveis necessidades de retrabalho, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
14	Perdas e/ou danos pelo acondicionamento inadequado de materiais e equipamentos da Contratada ou da COMPANHIA DO METRÔ até a transferência da guarda do bem para a COMPANHIA DO METRÔ por meio de	Assunção de todas as consequências e custos causados pelo acondicionamento inadequado, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA

	Termo de Aceitação Provisória - TAP.		
15	Aglomeração, mobilização e/ou tumulto no canteiro de serviços ou próximo ao local de execução da obra, provocado por empregados, prepostos ou subcontratados da contratada.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
16	Paralisação da obra por reivindicações ou greves da força de trabalho da Contratada ou suas Subcontratadas.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
17	Paralisação da obra por reivindicações ou greves da força de trabalho da área operacional da COMPANHIA DO METRÔ ou greve geral que impossibilite a execução dos serviços, quando comprovado, pela Contratada, que efetivamente afetaram a execução dos serviços.	Revisão dos prazos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
18	Atrasos de qualquer natureza, provocados pela Contratada na execução do escopo contratual que impeçam a instalação de equipamentos e/ou execução de serviços pela COMPANHIA DO METRÔ e/ou outras contratadas.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ. Ressarcimento de eventuais custos da COMPANHIA DO	CONTRATADA

		METRÔ nos demais contratos.	
19	Atrasos de qualquer natureza, provocados pela COMPANHIA DO METRÔ e/ou outras contratadas que impeçam a instalação de materiais, entrega de equipamentos e/ou execução do escopo pela Contratada, quando comprovado pela mesma que efetivamente afetaram a execução dos serviços.	Revisão dos prazos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
20	Paralisação da obra, interrupções e/ou embargos promovidos por concessionárias ou órgãos da administração pública municipal, estadual ou federal, inclusive por decisões judiciais, quando causados por culpa da Contratada.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
21	Paralisação da obra, interrupções e/ou embargos promovidos por concessionárias ou órgãos da administração pública municipal, estadual ou federal, inclusive por decisões judiciais, por motivos que não possam ser imputados ou evitados pela Contratada.	Revisão dos prazos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
22	Dificuldade financeira da Contratada e/ou subcontratada com	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na	CONTRATADA

	consequências no andamento dos serviços.	execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	
23	Variação ordinária dos preços dos insumos que formam a composição dos custos, inclusive mão de obra.	Assunção pela contratada dos eventuais custos adicionais sem prejuízo no cumprimento do contrato.	CONTRATADA
24	Variação extraordinária de preços por conta de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, quando comprovado pela Contratada que efetivamente afetaram a execução dos serviços.	Revisão dos valores contratuais por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
25	Constatação superveniente de erros, ou omissões, nas premissas técnicas, econômicas ou financeiras adotadas pela CONTRATADA quando da elaboração de sua proposta, no momento da licitação do objeto do presente Contrato, ou nos levantamentos que as subsidiaram, inclusive aqueles necessários para aferir os dados e projetos divulgados pela COMPANHIA DO METRÔ.	Assunção de todas as consequências e custos causados pelo erro de estimativa, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA

26	Atrasos e prejuízos decorrentes de falhas na segurança no local de realização das obras/serviços e canteiros.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
27	Incidência de responsabilidade civil, administrativa, ambiental, tributária e criminal por fatos que possam ocorrer durante a execução deste Contrato, causados pela Contratada e/ou subcontratadas, incluídos os custos gerados por condenações ou pelo acompanhamento de ações judiciais.	Assunção dos prejuízos e recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
28	Ocorrência de eventos cuja cobertura securitária seja aceita por instituições seguradoras no mercado brasileiro poderá incorrer em custos e/ou atrasos, independentemente de a CONTRATADA ter contratado tais seguros.	Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ.	CONTRATADA
29	Verificação de situação geológica divergente da prevista nos projetos das estações, entregues pela COMPANHIA DO METRÔ, desde que devidamente comprovado pela Contratada e que	Revisão dos prazos e custos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ

	implique em alterações na execução dos serviços.		
30	Remanejamento de interferências não identificadas na fase de elaboração dos projetos do edital e/ou exigências de adaptação do projeto de remanejamento original das redes, apontados pelas Concessionárias após a apresentação da proposta.	Revisão dos prazos e custos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
31	Verificação de patologias pré-existentes de estruturas civis e/ou acabamentos, hidráulica, comunicação visual e paisagismo, além daquelas já indicados na documentação fornecida pela COMPANHIA DO METRÔ, desde que devidamente comprovado pela Contratada e que implique em alterações na execução dos serviços.	Revisão dos prazos e custos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
32	Ocorrência de interferência nas condições de uso e/ou danos nos imóveis lindeiros em razão da execução do escopo contratual, com ou sem interdição dos mesmos e, independentemente de prejuízo à continuidade das obras.	Dever de reparar/indenizar os danos aos lindeiros. Recuperação dos atrasos mediante esforço adicional na execução das atividades, sem custos adicionais para COMPANHIA DO METRÔ, quando afetar o cronograma das obras.	CONTRATADA

		Contratação da modalidade de seguro pertinente para cobertura desse risco (Seguro de Responsabilidade Civil – Obras Cíveis).	
33	Alteração de Normas e Requisitos de Órgãos Externos (acessibilidade, AVCB, ambientais, etc.) após a apresentação da proposta, desde que devidamente comprovado pela Contratada e que implique em alterações na execução dos serviços.	Revisão dos prazos e custos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
34	Suspensão do contrato e/ou diminuição do ritmo de trabalho por determinação da COMPANHIA DO METRÔ.	Revisão dos prazos e eventuais custos por meio de aditivo contratual.	COMPANHIA DO METRÔ
OBSERVAÇÕES			
1	A ausência de menção específica nessa matriz de riscos não exonera a responsabilidade das partes pelos ônus decorrentes dos compromissos e obrigações assumidos no edital e no contrato (incluindo os anexos que o compõem).		
2	Para solicitar a revisão dos prazos em função de ocorrência de condições climáticas, a contratada deverá apresentar laudo de demonstrando o histórico de precipitação relativo aos último cinco anos para área afetada, de modo a comprovar a excepcionalidade da ocorrência e permitir a aferição dos impactos. A não apresentação deste documento, bem como a constatação de condições climáticas dentro da normalidade, implicarão em assunção dos riscos pela Contratada.		

Fonte: Edital para o contrato da Licitação N. 10004721 de 2018, referente às obras da Linha 15 – Prata, da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô/SP).

10.1- VERSÃO EM INGLÊS DO ANEXO: DOCUMENTO COMPLEMENTAR À ANÁLISE DO EDITAL PARA O CONTRATO DA LICITAÇÃO N. 10004721 DA COMPANHIA DO METRÔ DE SÃO PAULO (7 - TRANSLATION INTO ENGLISH OF THE ANNEX: COMPLEMENTARY DOCUMENT TO THE ANALYSIS OF THE INVITATION TO BID FOR BIDDING No. 10004721, OF COMPANHIA DO METRÔ DE SÃO PAULO)

ANNEX 9F – RISK MATRIX			
Objective: Description and allocation of the main risks, in compliance with Clause 42, item X, of Federal Law No. 13.303/2016			
ITEM	RISK DESCRIPTION	ACTION	ALLOCATION
1	Non-submission of documents on COMPANHIA DO METRÔ domain in time for the beginning of the services, when necessary for licenses for the execution and/or approval of services by the competent government offices (Municipality, Concessionaires, Fire Department and other agencies of the federal, state or municipal public administration).	Revision of deadlines by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
2	Delay in obtaining the necessary licenses for the execution and/or approval of services by the competent government offices (Municipality, Concessionaires, Fire Department and other agencies of the federal, state or municipal public administration).	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED

3	Delay by the part of the party contracted in requiring that COMPANHIA DO METRÔ obtain the necessary licenses, directly, in the course of the execution of the contract, observing the deadlines for analysis and granting of licenses by the responsible agencies.	Making up for delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
4	Occurrence of errors, omissions, alterations and /or discrepancies in technical documents supplied by COMPANHIA DO METRÔ pertinent to the contract, being the generating facts proved by the party contracted which actually affected the execution of the services.	Revision of the object of the contract by means of amendment with the possibility of adjusting the deadlines, ensuring the maintenance of the economic and financial balance by impacts actually proved.	COMPANHIA DO METRÔ
5	Non-compliance with deadlines established in contractual documents approved by COMPANHIA DO METRÔ.	Making up for delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
6	Climactic conditions that interfere in the execution of the services, whose intensity, duration and quantity is superior to the maximum	Revision of deadlines by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ

	precipitation amount with five-year recurrence time.		
7	Occurrence of fortuitous event and <i>force majeure</i> (floods, fires, landslides, among others).	Revision of deadlines, of the object, and of the economic and financial balance by impacts actually proved by the Party Contracted through amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
8	Impact by interaction/interference with Operational Activities or Commercial Sites of COMPANHIA DO METRÔ and/or other concessionaires, as well as with the activities of other parties contracted, if specified in the documents supplied by COMPANHIA DO METRÔ.	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ, and compensation of the losses caused in operational/commercial activities.	PARTY CONTRACTED
9	Impact by interaction/interference with Operational Activities or Commercial Sites of COMPANHIA DO METRÔ and/or other concessionaires, as well as with activities of other parties contracted, not specified in the documents supplied by COMPANHIA DO METRÔ, if duly proved by the Party Contracted, which may cause alterations in the execution of the services.	Revision of deadlines by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ

10	Delay in the submission of technical projects and documents produced by the Party Contracted.	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
11	Delay by COMPANHIA DO METRÔ in the approval and/or submission of technical projects and documents produced by the Party Contracted, according to deadlines defined in the schedule or the contract, when proved by the Party Contracted, which actually affect the execution of the services.	Revision of deadlines by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
12	Faults and errors in the executive procedure or in materials/equipment used by the Party Contracted, during the testing phase of the facilities and/or commissioning of systems.	Taking up of all consequences and costs resulting from making up from delays through extra efforts in the execution of activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
13	Alteration of the conditions of execution of services without previous revision of executive procedures.	Taking up of all consequences and costs resulting from alterations and possible need for rework at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
14	Losses and damages through inadequate packaging of materials and equipment of the Party Contracted or of COMPANHIA DO	Taking up of all consequences and costs caused by inadequate packaging at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED

	METRÔ up to the transfer of the custody of assets to COMPANHIA DO METRÔ by means of a Termo de Aceitação Provisória – TAP (Declaration of Temporary Acceptance)		
15	Crowding, mobilization and/or uproar in the service site or in the place where the work is executed, provoked by employees, representatives, or subcontracted companies of the party contracted.	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
16	Stoppage of the work through claims or strikes by the workforce of the Party Contracted or its subcontracted companies.	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
17	Stoppage of a work through claims or strikes by the workforce of the operational area from COMPANHIA DO METRÔ or general strike that prevent the execution of services, when proved by the Party Contracted that they actually affected the execution of the services.	Revision of deadlines by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
18	Delays of any nature, caused by the Party Contracted, in the execution of the object of the contract, which prevent the installation	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED

	of equipment and/or the execution of services by COMPANHIA DO METRÔ and /or other Parties Contracted.	Compensation of possible costs for COMPANHIA DO METRÔ in the other contracts.	
19	Delays of any nature, caused by COMPANHIA DO METRÔ and/or other Parties Contracted, which prevent the installation of materials, the delivery of equipment and/or the execution of of the object of the contract by the Party Contracted, when proved by it that they actually affected the execution of the services.	Revision of deadlines by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
20	Stoppage of the work, interruptions and/or embargos promoted by concessionaires or agencies of the federal, state or municipal public administration, including by judicial decisions, when the Party Contracted is guilty.	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
21	Stoppage of the work, interruptions and/or embargos promoted by concessionaires or agencies of the federal, state or municipal public administration, including by judicial decisions, for reasons that cannot be attributed to or avoided by the Party Contracted.	Revision of deadlines by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
22	Financial difficulty of the Party Contracted and/or	Making up for the delays through an extra effort in	PARTY CONTRACTED

	its subcontracted companies with consequences to the progress of the services.	the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	
23	Ordinary variation of prices of input that form the compounding of costs, including labor.	Taking up by the party contracted of all possible costs without prejudice to the fulfillment of the contract.	PARTY CONTRACTED
24	Extraordinary variation of prices due to unpredictable facts, or predictable ones but with inestimable consequences, or, yet, in case of <i>force majeure</i> , fortuitous event, or sovereign act, when proved by the Party Contracted that they actually affected the execution of the services.	Revision of contractual values by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
25	Supervening verification of errors or omissions in the technical, economic, or financial premises adopted by the Party Contracted on the occasion of the production of the proposal, at the time of the bidding of the object of the present Contract, or in the surveys that supported them, including those necessary for checking the data and projects published by COMPANHIA DO METRÔ.	Taking up of all consequences and costs caused by estimation errors at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED

26	Delays and losses resulting from breaches in the security in the places/sites of execution of works/services	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
27	Incidence of civil, administrative, environmental, tax, and criminal liability for facts that may occur during the execution of this Contract, caused by the Party Contracted and/or its subcontracted companies, including costs generated by convictions or by the accompaniment of lawsuits.	Taking up of losses and making up for delays through extra efforts in the execution of activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
28	Occurrence of events whose insurance coverage is accepted by insurance institutions in the Brazilian market that may incur costs and/or delays, even if the Party Contracted has purchased such insurance.	Making up for the delays through an extra effort in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ.	PARTY CONTRACTED
29	Verification of geologic situation differing from that foreseen in the projects of the stations, handed over by COMPANHIA DO METRÔ, if duly proved by the Party Contracted and which implies alterations in the execution of the services.	Revision of deadlines and costs by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ

30	Rearrangement of non-identified interferences in the phase of production of projects, invitations to bid and/or demands for adaptation of the project of the original rearrangement of the networks pointed out by the Concessionaires after the submission of the proposal.	Revision of deadlines and costs by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
31	Verification of pre-existing pathologies in civil structures and/or finishes, hydraulics, visual communication, and landscaping, besides those already indicated in the documentation supplied by COMPANHIA DO METRÔ, if duly proved by the Party Contracted and which implies alterations in the executions of the services.	Revision of deadlines and costs by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
32	Occurrence of interference in the usage conditions or damage to adjacent buildings resulting from the execution of the object of the contract, with or without their interdiction and independently of prejudice to the continuity of the works.	Duty to repair/compensate the damages to the adjacent buildings. Making up for delays through extra efforts in the execution of the activities at no additional costs for COMPANHIA DO METRÔ, when it affects the work schedule. Contracting of the type of insurance pertinent for coverage of this risk (Liability Insurance – Civil Works)	PARTY CONTRACTED

33	Alteration of Norms and Requirements of External Agencies (accessibility, AVCB – Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros [Fire Department Inspection Report], environmental, etc.) after submission of the proposal, if duly proved by the Party Contracted and which implies alterations in the execution of the services.	Revision of deadlines and costs by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
34	Suspension of the contract and or reduction of the work rhythm by order of COMPANHIA DO METRÔ.	Revision of deadlines and possible costs by means of amendment to the contract.	COMPANHIA DO METRÔ
OBSERVATIONS			
1	Lack of specific mention in this risk matrix does not exempt the parties from responsibility for the onuses resulting from the commitments and obligations assumed through the invitation to bid and the contract (including the annexes that compound them).		
2	To request revision of deadlines by virtue of the occurrence of climactic conditions, the party contracted must submit expert report demonstrating historical data on precipitation in the affected area relative to the last five years, so as to prove the exceptional nature of the occurrence and to allow for the measurement of the impact. The failure to submit this document, as well as the verification of normal climactic conditions, will imply the taking up of risks by the Party Contracted.		

Source: Invitation to Bid for Bidding Contract No. 10004721 of 2018, concerning works for Line 15 – Silver, of Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô/SP).