

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

FERNANDO DE BRITO ALVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

É uma grande responsabilidade apresentar os anais do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II” do XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO que ocorreu em BELÉM-PA, entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019, que tentarei desincumbir com o maior esmero possível.

Existem muitas intersecções entre o Direito Administrativo e a Gestão Pública, mas gostaria para os fins a que se propõem uma apresentação resgatar uma qualquer reflexão crítica sobre o tema deve partir da compreensão de que o direito administrativo não é o direito que regula a burocracia, nem, tampouco que as relações entre o direito administrativo e a gestão pública se esgotam na implementação das metodologias do new public management.

Quanto ao primeiro aspecto, diversos autores, como Hannah Arendt (no texto ‘Da violência’), por exemplo, consideram que as burocracias plenamente desenvolvidas se constituem verdadeiras zonas de indistinção, a burocracia é a forma de poder onde todos são privados de liberdade política, do poder de agir, já que o governo de ninguém não é a ausência de governo, onde todos são igualmente destituídos de poder temos uma tirania sem tirano.

Ao contrário, o direito administrativo que emerge dos colapsos das ditaduras da segunda metade do século passado na América Latina, surge comprometido com novas concepções de gestão pública, preocupada com a promoção de uma cultura republicana e a consolidação da democracia, além da modernização do Estado, promovendo transformações verticais (nas estruturas administrativas estatais), mas também horizontais (possibilitando um melhor acesso às instituições públicas e a participação popular).

Quanto ao segundo, embora em moda na década de 1990, o new public management reduzia as relações entre o direito administrativo e a gestão pública à adoção de um modelo gerencial de estado, como se as ações do Estado pudessem ser medidas por razões privadas, e por seu potencial resultado financeiro superavitário, independentemente da implementação de políticas públicas, da promoção da igualdade, da redução da pobreza e consequentemente da consolidação da democracia.

Foi muito gratificante coordenar o Grupo de Trabalho, tendo em vista que todos os autores assumiram essa perspectiva crítica e propuseram uma reflexão sofisticada sobre os temas que abordaram.

Uma questão interessante foi a presença de estudos de caso, como foram os artigos: i) “Da revolta da vacina ao século XXI – políticas públicas para a saúde e seus enfrentamentos em relação ao combate ao *aedes aegypti*”, que faz um estudo de caso sobre as políticas de controle da dengue no município de Iporá-GO desde o ano de 2016; ii) “A nova metodologia da média regional de cargos comissionados implantada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: um reflexo da teoria da complexidade?”, que faz uma análise crítica da metodologia utilizada pelo TCE/SP a partir de um caso de Jaú-SP; iii) “Bloqueio em conta pessoal de gestor público: um estudo das possibilidades de responsabilização em tutela antecipada”, que faz a análise de decisão judicial que bloqueou conta pessoal de gestor da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará; iv) “Esvaziamento da atividade típica estatal das agências reguladoras pela delegação do núcleo intangível do poder de polícia e corresponsabilidade estatal no dano superveniente: estudo de caso da barragem de Brumadinho”, que aborda a corresponsabilidade estatal nos casos em que as agências reguladoras transferem aos fiscalizados – jurisdicionados – parcelas intangíveis de seu ciclo de polícia. É de se destacar que mesmo nas abordagens mais teóricas, foi possível perceber uma preocupação com a aplicabilidade dos institutos e a efetividade do direito.

Ademais, foram apresentadas revisões bibliográficas interessantes como: i) “Contratação irregular de servidores temporários como ato de improbidade administrativa”, que ocorre com alguma frequência em todos os rincões do país; ii) “Confidencialidade na autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, que aborda questões relacionadas às obrigações de transparência da administração pública; iii) “A importância da participação e do controle social para a republição da administração pública brasileira” sobre accountability e participação popular; iv) “Controle judicial dos atos administrativos discricionários e a separação dos poderes” e v) “A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa”, ambos sobre discricionariedade administrativa; vi) “A inovação do § 3, do art. 27 da Lei 13.303/2016: como interpretar e aplicar?” sobre a Lei das Estatais e contratos de patrocínio, e por fim, vii) “O atual desequilíbrio do pacto federativo brasileiro, os reflexos econômicos e os obstáculos para a efetividade dos direitos fundamentais sociais” sobre a evidente necessidade de se repensar o pacto federativo já que os municípios possuem inúmeros encargos além de suas capacidades financeiras de fazer frente às suas obrigações.

Os autores demonstraram uma sensibilidade singular com uma reflexão crítica e a apresentação de proposições para a melhoria técnica do direito administrativo com vistas a possibilidade de no futuro termos um Estado mais eficiente, mas não menos sensível com as demandas concretas dos mais pobres.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INOVAÇÃO DO § 3, DO ART. 27 DA LEI 13.303/2016: COMO INTERPRETAR E APLICAR?

THE INNOVATION OF § 3 OF ART. 27 OF THE LAW 13.303/2016: HOW TO INTERPRET AND APPLY?

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

Resumo

Este artigo analisou a Lei nº 13.303/2016, especificamente a inovação contida no §3º do art. 27, que dispõe sobre a possibilidade da empresa pública e da sociedade de economia mista celebrarem convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica. A questão central foi defender que a restrição contida no dispositivo legal apenas estende-se aos convênios e contratos de patrocínio, e não a todos os convênios firmados pelas empresas estatais. Como resultado espera-se contribuir para a uniformização desse entendimento especialmente entre os Tribunais de Contas.

Palavras-chave: Lei das estatais, Inovações, Convênios de patrocínio, Fiscalização, Tribunal de contas

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzed the Law 13.303/2016, specifically the innovation contained in §3 of art. 27, which provides for possibility for the public company and the mixed capital company to enter into an agreement or sponsorship agreement with individuals or companies to promote cultural, social, sporting, educational and technological innovation activities. The central issue was to argue that the restriction contained in the legal provision extends only to sponsorship agreements, and not to all agreements signed by state-owned companies. As a result it is expected to contribute to the standardization of this understanding especially among the Court of Account

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State law, Innovations, Sponsorship agreements, Supervision, Court of account

INTRODUÇÃO

O presente trabalho insere-se na linha de pesquisa “Governança Pública” e concentra-se em elucidar possível dúvida acerca de como aplicar a norma contida no § 3º do art. 27 da Lei Federal nº 13.303/2016 de forma a garantir a *ratio legis*, bem como realizar concretamente os princípios da razoabilidade, da segurança jurídica e da eficiência.

O método utilizado para desenvolvimento do artigo é dedutivo, definido por Karl Popper, a partir das críticas ao método indutivo. A pesquisa é qualitativa, objetiva explicar e compreender determinado fenômeno, preocupando-se com a realidade e, não, com aspectos quantitativos. Quanto à natureza, não pode ser classificada esta pesquisa como básica, pois não gera conhecimentos novos, mas, sim, como aplicada, pois visa gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de um problema específico. Em relação aos objetivos, é possível classificar esta pesquisa como exploratória, pois pretende explicitar o problema e construir hipóteses. Por fim, em relação aos procedimentos pode-se dizer que se trata de uma pesquisa bibliográfica, feita por meio do levantamento de referências bibliográficas de material já elaborado cientificamente.

A abordagem é ancorada na doutrina, especialmente de hermenêutica jurídica (teoria científica da arte de interpretar, aplicar e integrar o Direito), mas, também, está construída sob uma perspectiva prática, em que se defende o alcance da boa governança pública, a partir da uniformização de entendimento sobre a aplicação de determinada norma.

O tema convênios ocupa área sensível na aplicação dos recursos públicos, razão pela qual os controles incidentes sobre ela devem ser objeto de constante reflexão e aperfeiçoamento em nome, inclusive, da efetivação e da eficiência de políticas públicas.

Desta forma, os objetivos do estudo são valorizar a inovação inaugurada por meio do § 3º do art. 27 da Lei nº 13.303/2016, em relação aos convênios e contratos de patrocínio firmados pelas empresas estatais, e contribuir com a sua adequada interpretação, aplicação e fiscalização.

Para isso divide-se o artigo em 05 seções, a partir dessa introdução. Na primeira seção apresenta-se a Lei das Estatais, fazendo breves comentários sobre o contexto de sua edição e principais novidades; na segunda, o foco específico é discorrer sobre a inovação contida § 3º do art. 27 da Lei Federal nº 13.303/2016, regulamentado pelo art. 44 do Decreto Federal nº 8.945/2016 e os problemas de sua aplicação; na terceira seção, apresentam-se breves notas acerca da interpretação e da aplicação das normas jurídicas; na quarta, apresenta-se interpretação e aplicação do § 3º do art. 27 da Lei Federal nº 13.303/2016, a partir da análise e utilização dos parâmetros e códigos da hermenêutica jurídica. Finalizada a fundamentação teórica, são expostas na quinta seção, as conclusões, nunca com a intenção de exaurir o tema, mas, apenas com o fito de contribuir com a discussão.

1 A LEI DAS ESTATAIS: BREVES COMENTÁRIOS

Após cerca de 18 anos de tramitação no Congresso Nacional (decorrente do Projeto de Lei do Senado nº 555, de 2015, renumerado na Câmara dos Deputados para PL 4918/2016), foi editada a Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, com o objetivo de regulamentar o art. 173, § 1º da Constituição Federal de 1988, alterado pela Reforma Administrativa do final da década de noventa (EC nº 19/1998), e que fixava a necessidade de edição de lei que disciplinasse o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorassem atividade econômica de produção ou comercialização e bens ou prestação de serviços.

A nova Lei dispõe sobre o estatuto jurídico, o regime societário e a função social da empresa pública e da sociedade de economia mista. Estabelece as disposições aplicáveis a

esses entes e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, no que tange às licitações, aos contratos e as formas de fiscalização do Estado e da Sociedade. Fixa normas sobre o regime societário, licitações, contratos e controle das empresas públicas.

A incidência da citada legislação é ampla; abrange toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos¹.

Aqui vale o registro feito por Fabrício Motta (2018) ao rememorar que a criação de empresas estatais teve lugar junto à necessidade de se buscar o capital e a experiência de gestão privada, conjugando-se esforços e recursos em uma figura societária que, nos dias atuais, seria, em linhas gerais, a sociedade de economia mista:

(...) a sociedade anônima de economia mista foi criada pelo Estado Nacional da época mercantilista, entre o final do século XVI e começo do século XVII. Essas companhias têm sua origem remota nas grandes companhias coloniais, sobretudo na Inglaterra e na Holanda, que mantinham vínculo próximo com o Estado absolutista. O Estado incentivava e conferia às companhias privilégios, monopólios e diversas atribuições administrativas, sendo que nas terras conquistadas apareciam como verdadeiros órgãos administrativos. A idealização das sociedades anônimas, no período, atendia à necessidade de aliar o capital comercial e o capital de financiamento que permitissem a busca de novas fontes de suprimento para os mercados europeus. (MOTTA, 2018, p. 01)

A despeito das diferenças que podem ser apontadas entre empresas públicas e sociedades de economia mista, ambas as entidades possuem vocação para o atendimento de interesses da coletividade, seja pela prestação de serviços públicos, seja pela geração de renda resultante da exploração de atividades econômicas. Pode-se dizer com isso que as empresas estatais perseguem finalidades próprias que são definidas em lei, mas, também, que devem atuar de forma a proporcionar efeitos positivos para a sociedade.

Nesta linha, a lei das estatais destaca a função social das empresas públicas e das sociedades de economia mista, reforçando os valores constitucionais da eficiência, transparência, controle, moralidade e impessoalidade. Além disso, incorpora aspectos do direito privado e do direito público, disciplinando a administração das empresas estatais

A Lei nº 13.303/2016 regulamenta a Constituição em relação à: (I) função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (II) sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (III) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (IV) constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e (V) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilização dos administradores.

¹ Estatal é gênero do qual decorrem basicamente duas espécies: empresa pública e sociedade de economia mista. São chamadas genericamente de estatais porque o controle acionário das mesmas pertence ao Estado, embora ambas possuam personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada em lei. Empresa Pública é a entidade com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade do ente público será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Porém não é permitida a participação de pessoas jurídicas de direito privado (particulares). Por sua vez, Sociedade de Economia Mista é a entidade criada sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta. Ou seja, diferentemente da Empresa Pública, o capital social é aberto admitindo participação privada.

Além disso, estabelece uma série de mecanismos de governança corporativa², tais como a prestação de contas (*accountability*), a transparência (para que os investidores saibam a efetiva situação da empresa e tenham meios de mensurar os riscos dos investimentos que pretendem fazer), a equidade (na composição por meio da arbitragem de eventuais interesses divergentes entre acionistas, membros do Conselho de Administração e dirigentes) e o *compliance* (edição de códigos de ética e de integridade organizacional).

Com efeito, no momento político conturbado em que a Lei nº 13.303/2016 foi editada (após *impeachment* da Presidenta Dilma Roussef e no curso de investigações acerca de corrupção em estatais brasileiras) a preocupação com a governança pública foi intensificada, a fim de diminuir possíveis falhas de integridade na conduta de dirigentes das empresas públicas.

Nesta perspectiva, das novidades da nova lei destacam-se as vedações e impedimentos para a escolha de membros do conselho de administração e cargos de diretoria, dando ênfase à experiência e formação técnica e proibindo taxativamente as indicações políticas para os referidos cargos. Essa mudança visa garantir que os administradores das estatais possuam competência e isenção para dirigi-las, evitando o aparelhamento partidário das estatais por meio de indicações políticas em flagrante sistema de clientelismo, forjado na troca de favores e interesses entre o governante e o indicado para o cargo.

Assim, de acordo com a Lei nº 13.303/2016, só podem ser indicados para membros do Conselho de Administração e para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, cidadãos de reputação ilibada e notório conhecimento, que tenham, alternativamente (art. 17, I): a) dez anos de experiência profissional no setor público ou privado da área de atuação da estatal ou em área conexas; b) quatro anos de três possibilidades: b1) em direção ou chefia de empresa de porte ou objeto social semelhante ao da estatal; b2) em cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior no setor público; ou b3) de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da estatal; ou, ainda c) quatro anos de profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da estatal; e, cumulativamente (art. 17, II e III): formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado e não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade.

É vedada a indicação para o Conselho de Administração e para a Diretoria (art. 17, §2º): (1) representante do órgão regular ao qual a estatal está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo – ou de parentes consanguíneos ou afins em até o terceiro grau deles³; (2) de pessoa que atuou, nos últimos 36 meses, como participante da estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; (3) de pessoa que

² De acordo com Irene Nohara (2016): “A governança corporativa foi um tema cuja discussão se intensificou nos Estados Unidos na década de oitenta, com reflexos na década de noventa. Isso se deu inicialmente pelo ativismo societário de fundos de pensão, com destaque para o Calters (na crítica à oposição dos diretores à aquisição da Texaco pela Chevron), insatisfeitos com a concentração decisória dos diretores-presidentes de companhias, que tinham acentuada influência nos Conselhos de Administração. O ativismo societário veio a reivindicar mais poder aos acionistas minoritários, mas não impediu a ocorrência de escândalos como a falência do banco Barings, em 1995, e, mais recentemente, as fraudes ocorridas na Euron, que, nos Estados Unidos, em 2002, estimularam a criação da Lei Sarbanes-Oxley – SOX, diploma responsável pela intensificação de bons padrões de governança corporativa no gerenciamento de risco das sociedades”.

³ Podem ser dispensados esses requisitos previstos se forem atendidas as seguintes exigências: (a) o empregado tenha ingressado na estatal por meio de concurso público; (b) o empregado tenha mais de dez anos de trabalho efetivo na estatal; e (c) o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da estatal, comprovando sua capacidade de assumir as responsabilidades para os cargos a que forem indicados.

exerça cargo em organização sindical; (4) de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, com fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da estatal ou com a própria empresa ou sociedade.

Em relação ao controle, a lei determina que as estatais devem adotar regras, estruturas e práticas de gestão de risco e controle interno sobre as ações de seus administradores e empregados pela atuação contínua do controle interno, pela verificação do cumprimento das obrigações e de gestão de riscos (art. 9º, I, II e III).

Além disso, a lei prevê que deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: (I) princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; (II) instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; (III) canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; (IV) mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; (V) sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; e (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. 9º, §1º).

O novo sistema de controle interno das estatais deve ser formado por órgãos e unidades com autonomia e independência, como a Auditoria Interna (vinculada ao Conselho de administração), o Comitê de Auditoria Estatutário e o Conselho Fiscal.

No que tange à transparência e à ampliação do acesso à informação sobre as atividades das estatais, a Lei prevê, pormenorizadamente: 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 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; e IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade (art. 8º).

Além disso, a Lei estabelece que a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão: I - divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores; e II -

adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei (art. 12).

E há ainda a obrigatoriedade de as empresas públicas e sociedades de economia mista disponibilizarem para conhecimento público, por meio eletrônico, informação completa mensalmente atualizada sobre a execução de seus contratos e de seu orçamento, admitindo-se retardo de até 2 (dois) meses na divulgação das informações (art. 88).

Quanto à eficiência, destacam-se as inovações relativas ao regime jurídico licitatório absorvidas de outros diplomas já publicados como a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), a MPE (LC nº 123/2006) e o RDC (Lei nº 12.462/2011), em que pode-se citar: a) a inversão das fases em relação à rotina estatuída pela Lei nº 8.666/93; b) o desaparecimento das modalidades previstas na Lei Geral de Licitações; c) a criação dos modos de disputa aberto e fechado; d) a remuneração do contratado vinculada ao desempenho contratual; e) os regimes de execução por contratação integrada e por contratação semi-integrada; f) a obrigatoriedade de elaboração de matriz de risco para contratação de obras e serviços de engenharia; g) o aumento dos limites para contratação direta em razão do valor do objeto e a possibilidade de alteração destes valores pelo conselho de administração; h) os novos critérios de julgamento das propostas; i) os procedimentos auxiliares da licitação.

Com relação aos contratos, a lei das estatais determina que se aplique o regime de direito privado, fazendo com que desapareçam as cláusulas exorbitantes típicas dos contratos com a Administração, inclusive o de alterar unilateralmente os contratos. Nesse sentido, a lei indica a busca de soluções consensuais, que não gerem prejuízos para nenhuma das partes contratantes.

Feitos esses breves comentários acerca da Lei nº 13.303/2016 e das principais alterações na fixação de parâmetros de organização e de atuação das empresas estatais, passar-se-á à análise específica da inovação contida no § 3º do art. 27, e sua controvertida aplicação, objeto desta pesquisa.

2 A INOVAÇÃO DO ART. 27 DA LEI 13.303/2016 E A CONTROVÉRSIA DO § 3º

O Capítulo III da Lei nº 13.303/2016 trata da função social da empresa pública e da sociedade de economia mista, dispondo que:

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.

A ideia de função social da empresa está ligada à superação da concepção puramente individualista da propriedade. A noção de função social buscada no Capítulo III da Lei nº

13.303/2016 está associada ao objetivo que deve orientar a própria criação das estatais, qual seja: o alcance do bem-estar econômico e a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos (públicos ou privados), bem como a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores a produtos e serviços das empresas e o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para a produção dos produtos e serviços ofertados. Além disso, as empresas estatais têm no bojo de sua responsabilidade social, o dever de adotarem práticas de sustentabilidade ambiental.

(...) o exercício da função social pela empresa estatal traduz-se no cumprimento do objetivo constante e expresso na lei que autorizou a sua criação, que é justamente o seu objeto social, não sendo exigido, nem tão pouco permitido que a estatal ultrapasse esse limite. Afinal, a empresa estatal é, em essência, função social, pois é constituída com uma finalidade específica e concreta (determinado interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional). (TONIN, 2016, p. 280)

Já o § 3º do art. 27 trouxe uma importante inovação relacionada à responsabilidade social, qual seja, a de permitir a celebração de Convênios e Contratos de Patrocínio pelas empresas estatais com pessoas físicas ou jurídicas para a promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que vinculadas ao fortalecimento de sua marca.

Essa restrição tem como principal objetivo vincular os Convênios e Contratos de Patrocínio ao fortalecimento da marca das estatais, dando mais eficiência e eficácia ao referido ato administrativo, considerando, dentre outros, o princípio da especialidade administrativa destas instituições.

De acordo com Dotti (2017, p. 01):

A natureza jurídica do patrocínio é a de negócio jurídico bilateral atípico (art. 425 do Código Civil). A atipicidade decorre da inexistência de moldura delineada em lei para sua contratação em razão do exercício da autonomia de vontade dos sujeitos na consecução de finalidades lícitas, contudo, distintas e opostas. A parte denominada patrocinada se obriga a veicular a marca da outra parte, denominada patrocinadora, em determinado projeto/evento que se encarregará de promover para atender a objetivos culturais, esportivos, educacionais, sociais ou de inovação tecnológica. O patrocínio materializa-se por meio de apoio financeiro, que entidade, pública ou privada, destina a ações de terceiros para agregar valor à marca e/ou divulgar produtos, serviços, programas, projetos, políticas e ações do patrocinador.

Antes da edição do Estatuto das Estatais, as referidas entidades celebravam diversos instrumentos de patrocínio não vinculados diretamente à sua marca, o que gerava diversos questionamentos, especialmente pelos Tribunais de Contas, quanto à ausência de conexão clara entre o patrocínio e os objetos sociais da estatal.

Pode-se dar como exemplo os patrocínios a times de futebol e a shows quando a empresa não possui qualquer aproximação com tais eventos patrocinados. Com a edição da nova lei, a intenção foi a de evitar esses excessos, que destoavam e que podiam estar vinculados ao desvio de recursos públicos.

Ocorre que, nem todas as estatais estão entendendo esse dispositivo como restrito aos convênios de patrocínio, e tem estendido para todo e qualquer convênio firmado pelas estatais, o que tem ocasionado muitos problemas operacionais.

Um exemplo de que o impasse gerado pela dúvida interpretativa do § 3º do art. 27 da Lei nº 13.303/2016 tem causado transtornos na prática e que podem atingir à população são os convênios entre as empresas de saneamento estaduais e os municípios e em que atuavam, e que deixaram de ser firmados em razão de o objeto não se enquadrar naqueles estipulados no dispositivo, mesmo havendo interesse recíproco.

Na Bahia, a Embasa é empresa que tem como obrigação o fornecimento de água tratada encanada e a coleta e o tratamento do esgoto sanitário. Na execução dessas atividades, muitas vezes, precisa escavar vias urbanas para obras de implantação, ampliação ou manutenção dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Como,

incontestavelmente, é obrigação destas empresas a recomposição dos pavimentos danificados pelas intervenções realizadas, antes da edição da norma, eram firmados convênios entre a Embasa e os Municípios, viabilizando o repasse de valores pela Embasa aos Municípios, a fim de que estes usassem a verba recebida para contratarem, da melhor forma e respeitando a Lei de Licitações, a execução do serviço padronizando o pavimento escavado. Frise-se, ambos os partícipes *in casu* não tinham qualquer interesse lucrativo com o objeto pactuado.

No entanto, após a entrada em vigor da Lei das Estatais, esse tipo de convênio deixou de ser celebrado devido ao entendimento de que o § 3º do art. 27 da Lei nº 13.303/2016 se dirige aos convênios de forma geral, e não apenas aos convênios de patrocínio.

Eis a controvérsia jurídica que precisa ser dirimida, elucidando-se o caso.

3 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Para resolver a controvérsia apresentada no item 2 em relação a como interpretar e aplicar o § 3º do art. 27, da Lei nº 13.303/2016, é preciso analisar o texto do dispositivo, sem descuidar da finalidade da norma em que está inserido, razão pela qual o trabalho fará neste ponto breves incursões nas áreas da introdução ao estudo do direito, teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica, a fim de construir bases teóricas que possam servir à construção de solução para o problema.

3.1 A linguagem como essência do Direito

Numa das inúmeras tentativas doutrinárias de definir o direito, utiliza-se Gregório Robles (2005, p. 2), que parte da ideia de que “*direito é texto*”; texto produzido e reproduzido pelo homem, que, historicamente, constrói os significados das coisas através de seus sentidos, e não de seus instintos.

A prova palpável de que direito é texto está em que todo ordenamento jurídico é suscetível de ser escrito, isto é, de ser convertido em palavras. Até mesmo as normas que não nascem escritas, aquelas que são consuetudinárias, têm essa característica. O direito é a linguagem verbalizada suscetível de ser escrita. (ROBLES, 2005, p. 2)

Para o citado autor, a palavra texto quer dizer qualquer manifestação humana oral ou escrita da língua, que é composta de signos. O conjunto dos signos (um aperto de mãos, um beijo, a comunicação dos surdos e mudos) - que são entendidos a depender da relação que travem com o objeto (semântica), com outros signos (sintaxe) ou com o sujeito que os emprega (pragmática) - compõe a linguagem. Aliás, como Edvaldo Brito (1993) defende, pode-se dizer que toda ação humana é manifestação da linguagem:

A realidade do Direito é, em si, linguagem, uma vez que se expressa por proposições prescritivas no ato intelectual em que a fonte normativa afirma ou nega algo ao pensar a conduta humana em sua interferência intersubjetiva; bem assim, é linguagem, uma vez que, para falar dessas proposições, outras são enunciadas mediante formas descritivas. É, ainda, linguagem, porque há um discurso típico recheado de elementos que constituem o repertório específico que caracteriza o comportamental da fonte que emite a mensagem normativa e de organização que se incumbe de tipificar na sua “*facti specie*” a conduta dos demais destinatários (receptores de mensagem) quando na sua interferência intersubjetiva. (BRITO, 1993, p. 16)

Ora, se o direito regula condutas intersubjetivas e se apresenta como texto (escrito ou oral), construído pela ação humana, então, é possível concluir que direito é linguagem. Neste sentido, Morgana Carvalho (2009, p. 10) acrescenta que a linguagem do direito é: “*humana, artificial e técnica, e necessita ser interpretada para ser compreendida (decodificada), pois o texto em si não encerra norma alguma. É só aparência, não essência.*”

A norma, portanto, é o resultado extraído da interpretação do texto jurídico, que pode ter várias interpretações. Neste sentido, Kelsen (2006, p. 387-395) concluiu que, se

interpretação é a fixação do sentido da norma (objeto a interpretar), o resultado da interpretação jurídica para obtenção do significado da norma geral somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, o próprio expoente do positivismo já reconhecia que a interpretação de uma norma não deve, necessariamente, conduzir a uma única solução como sendo a correta, mas, possivelmente, a várias soluções que têm igual valor, devendo-se escolher a melhor dentre as corretas e fundamentar a escolha.

Contudo, mesmo que fundamentada e dentro da moldura, não haverá uma interpretação imparcial e neutra ou puramente técnica, pois o intérprete mais zeloso atua a partir de seus valores, por isso não se deve presumir a existência de uma única interpretação correta, mas, sempre se deve buscar a interpretação que melhor solucione o caso concreto.

Por outro lado, como explica Gadamer (1997, p. 498) interpretar tem a ver com revelar o sentido oculto do texto, não constituindo uma tarefa reprodutiva do que o autor procurou imprimir ao texto, mas, sim, uma tarefa criativa, pois “*o sentido de um texto supera a intenção de seu autor não ocasionalmente senão sempre*”.

E essa criatividade mencionada por Gadamer é fundamental, porque nunca se incluirá nas normas jurídicas tudo que deveria ter sido incluído, por mais que o sistema vise abarcar o maior número de possibilidades, em razão: da abstração, da generalização e da indeterminação da regra; da imperícia do legislador; ou dos limites inerentes ao conhecimento humano na época da edição da norma.

Diante disso, a interpretação do texto é sempre a chave para a inteligibilidade e aplicação da norma jurídica, ainda que seu papel se torne mais visível nos casos difíceis, insólitos, controversos, e não rotineiros. Neste sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2006, p. 68) admite como postulado universal da ciência jurídica: “*a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação*”.

E, sendo assim, a preocupação que deve existir quando se aplica o direito é saber se foi feita a adequada interpretação do texto normativo.

Mas o que significa interpretar uma norma jurídica?

3.2 Notas sobre interpretação jurídica

Carlos Maximiliano (2006, p. 22) leciona que “*Interpretar uma expressão em direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.*”

Para Norberto Bobbio (1995), a interpretação é uma atividade muito complexa:

Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois polos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se, neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito. (BOBBIO, 1995, p. 100)

De acordo com Emílio Betti (2007, p. 5), “*a interpretação é uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído na órbita de uma ordem jurídica.*”

Logo, interpretar uma norma jurídica é buscar o sentido e o alcance dela. Existem situações em que determinado dispositivo legal é bastante claro e, com uma simples leitura, é possível extrair o seu significado. Contudo, por mais clara que seja uma norma o trabalho intelectual de interpretação sempre será necessário e prévio à sua aplicação.

João Baptista Herkenhoff (2007) lança premissas sobre a ação de interpretar, distinguindo a interpretação da integração, a seguir transcritas:

A interpretação é tarefa prévia, indispensável à aplicação do Direito.

A aplicação do Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule. Quando para o fato não há norma adequada, o aplicador preenche a lacuna, através da integração do Direito.

A integração é o processo de preenchimento das lacunas existentes na lei.

Na interpretação, parte-se da lei, para precisar-lhe o sentido e o alcance. Na integração, parte-se da inexistência da lei. (HERKENHOFF, 2007, p. 9)

Com efeito, a integração é uma técnica utilizada pelo intérprete da norma sempre que houver omissão. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Na integração, portanto, o objetivo não é buscar o significado da norma, como se faz na interpretação.

Para preencher a lacuna na norma, pode-se utilizar três métodos de integração: a analogia (técnica por meio da qual se aplica a um caso não previsto em lei uma norma que regule caso semelhante), os costumes (prática reiterada e uniforme de determinada conduta pelos membros da comunidade com fundamento na convicção de sua obrigatoriedade) e os princípios gerais de direito (princípios ou enunciados de valor genérico e abstrato, normalmente não previsto de modo expresso na lei e que orientam a compreensão do ordenamento jurídico).

Quanto às formas⁴ de interpretação ou aos meios de captação do valor das partes, inseridas na estrutura da norma, inseparáveis de todo o sistema jurídico, pode-se utilizar: a interpretação literal (gramatical, semântica ou filológica); a lógica (racional); a histórico-evolutiva (histórica); a sistemática (orgânica); a teleológica (finalística); ou a sociológica, a seguir resumidas.

3.2.1 A interpretação literal

A interpretação literal é um processo no qual se busca estabelecer sentido objetivo da norma, com base em suas palavras, na gramática e na realidade morfológica e sintática do texto, sem interferência de elementos exteriores ao texto. Essa forma é bastante criticada, como foi a escola de exegese no pós-positivismo.

A letra não traduz a ideia, na sua integridade: provoca, em alheio cérebro, o abrolhar de um produto intelectual semelhante, jamais idêntico, ao que a fórmula é chamada a exprimir. Eis porque a todos se antolha deficiente, precária, a exegese puramente verbal. (MAXIMILIANO, 2006, p. 96)

Recanséns Siches (1973, p. 182) classificou como “*espantosa tontería*” a interpretação gramatical. Porém, Gustav Radbruch (1974) colocou a questão da interpretação literal como ponto de partida da interpretação jurídica, senão vejamos:

A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro. Sem dúvida, ela parte da interpretação filológica da lei; mas para ir além dela. (RADBRUCH, 1974, p. 231)

Como conclusão tem-se que, não sendo utilizada isoladamente, a análise gramatical de um texto jurídico não é algo irracional ou inútil, pelo contrário, pode ser o começo do processo de interpretação da norma. Logo, não deve ser desprezado por completa a essa forma interpretativa, ainda nos tempos atuais.

3.2.2 A interpretação lógica

A interpretação lógica, como o próprio nome sugere é uma interpretação que busca desvendar a racionalidade da norma para se chegar ao sentido dela. Daí dizer-se que esta

⁴ Também chamadas de momentos, elementos, processos, fases ou critérios de interpretação.

forma de interpretar um dispositivo normativo procura harmonizá-lo com a lógica da própria norma.

Para Herkenhoff (2007, p. 17), essa forma de interpretação “*procura a ideia legal que se encontra sub litteris, partindo do pressuposto de que a razão da lei pode fornecer elementos para a compreensão de seu conteúdo; de seu sentido e de sua finalidade*”.

Do mesmo modo que ocorre na interpretação literal, a lógica não leva em consideração elementos exteriores da norma (por exemplo, a história, as discussões no projeto de lei, etc), e a crítica que há é justamente neste sentido, por se dizer que o processo compreensão pela lógica formal afasta da interpretação o conteúdo material e humano da norma.

Contudo, apesar da ressalva, entende-se que o momento interpretativo lógico pode ter utilidade na interpretação do texto normativo, se no processo racional de desvelamento se conseguir penetrar no espírito histórico-social da lei, retirando dali sua finalidade imediata e os motivos que presidiram o momento de sua elaboração. Logo, também não é descartada essa forma interpretativa.

3.2.3 A interpretação histórico-evolutiva

A interpretação histórico-evolutiva, diferentemente da interpretação literal e da lógica, utiliza elementos exteriores à norma para interpretá-la. Assim, o intérprete verifica pareceres históricos, discussões quanto ao projeto de lei, e outros fatores que impulsionaram a criação da norma, contextualizando melhor a norma ao tempo de sua edição.

Paulo Dourado de Gusmão (1978, p. 265) sinaliza que a lei representa uma realizada cultural que se situa na progressão do tempo: “*A lei não é elaborada para um corpo social moribundo, mas para um corpo social vivo, em desenvolvimento, com épocas de crise e com épocas de estabilidade*”.

Portanto, conclui-se sobre essa forma interpretativa que é necessário verificar como a lei disporia no tempo de sua feitura, ainda que essa pretensão possa ter evoluído historicamente.

3.2.4 A interpretação sistemática

A interpretação sistemática leva em consideração o caráter estrutural do direito, pelo que não se deve interpretar isoladamente uma norma, muito menos parte dela, sem a inserção no conjunto.

Carlos Maximiliano (2006, p. 142) pondera que se deve examinar a norma na íntegra e dentro do ordenamento para a compreensão adequada da norma:

Examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito como todo. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal por tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor. (MAXIMILIANO, 2006, p.142)

Com efeito, o processo interpretativo sistemático, ao considerar o sistema jurídico como um todo preserva a harmonia do sistema legal e zela pela coerência.

Neste aspecto, Herkenhoff (2007) adverte que é indispensável na interpretação o processo sistemático, especialmente em países como o Brasil:

Nos países de Constituição rígida, importante é ter presente a supremacia dos dispositivos constitucionais, em comparação com os dispositivos da legislação ordinária.

Quando se adota, como se faz, por longa tradição, no Brasil, o sistema de constituições pormenorizadas, exaustivas, regulando matérias atinentes aos mais diversos campos do Direito, indispensável é o cotejo de qualquer dispositivo que se

queira interpretar com o que, a respeito, disponha, específica ou genericamente, a Constituição Federal. (HERKENHOFF, 2007, p. 20)

E, vale frisar, que, no processo de interpretação sistemática, a investigação sobre o sentido do texto normativo, também, deve levar em conta o que diz o Direito Comparado, os Tratados Internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre outras, a fim de impedir interpretações que colidam com os parâmetros aderidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, conclui-se que o processo sistemático permite uma compreensão larga da lei, enriquecendo a interpretação, o que, por exemplo uma interpretação literal ou lógica não alcançaria.

3.2.5 A interpretação teleológica

Na interpretação teleológica, o intérprete procura o sentido e alcance da norma a partir de sua finalidade e da coerência desta com a realidade da época em que se estiver interpretando a norma. Logo, essa forma interpretativa deve buscar o objetivo atual dos dispositivos legais, a partir da descoberta dos valores que a norma visa servir.

Toda norma tem um fim, que deve ser desvelado e valorado pelo intérprete, com base nas circunstâncias da situação dada. Afinal, a norma não é um fim em si mesmo, ela é um meio para se atingir um fim.

Miguel Reale (1976) defende dentro da definição tridimensional do direito como ato, valor e norma:

(...) fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização que o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente como é próprio do estudo de qualquer estrutura social. (REALE, 1976, p. 286)

Mas a norma não vai explicitar seus interesses e finalidades, nem os valorar. Quem deve fazer isso é o intérprete, pesquisando, associando e filtrando, a fim de que o resultado alcançado pela norma seja atingido na prática.

O Direito brasileiro abraçou a interpretação teleológica de maneira ampla ao estabelecer no art. 5 da LINDB que: “*na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum*”.

Apesar da crítica de que esse tipo de interpretação pode armar o Judiciário de missão política, se crê na utilidade, importância e emancipação que a busca pela finalidade da norma pode traduzir, especialmente se corroborada com a devida fundamentação, porque permite a realização do bem comum.

3.2.6 A interpretação sociológica

A interpretação sociológica leva à pesquisa dos motivos e dos efeitos sociais da lei. É uma forma de interpretação voltada para o presente e o futuro e não para o passado, por isso se diz que “oxigena” ou “abre” a mente do intérprete à realidade social, evitando que o direito apenas se retro-alimente. Essa forma de interpretação considera o nível de amadurecimento da consciência jurídica da sociedade.

Sobre isso Karl Engisch alertou:

O jurista, se quer dar incidência prática à ideia do Direito (fazê-la vingar), há de prestar ouvido atento à voz do “espírito objetivo”. Ele precisa de saber o que as “necessidades atuais” imperiosamente exigem, quais as ideias supralegais que reclamam consideração e estão suficientemente amadurecidas para serem juridicamente aplicadas (ENGICH, 1996, p. 324)

Paulo Gusmão Dourado (1978, p. 169) dizia que o intérprete não deve desconhecer as conexões que o fenômeno jurídico tem com os demais fenômenos sociais, como a economia, a sociologia, a ciência política, a psicologia, a antropologia, etc.

Em suma, a base teórica da interpretação sociológica é a conceituação do Direito como fato social, atinente à conduta humana em sociedade, como defendido, por exemplo, por Machado Neto (1962, p. 162), para quem o alcance da norma deveria ser temperado, a fim de fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.

Apresentadas as formas de interpretação das normas jurídicas, e reconhecendo que na maioria das vezes esses processos se complementam a fim de melhor compreender o sentido do texto. Nenhum dos processos referidos deve ser usado isoladamente, posto que tal conduta não seria suficiente para se alcançar adequada interpretação. Esse repertório deve ser utilizado de maneira sincrética, reunindo todos ou alguns métodos, em busca da melhor interpretação possível do direito.

Ademais, não se pode perder de vista, como ensina Nazaré Ferreira (2004, p. 94) que: *“cada interpretação consiste em uma nova leitura dos enunciados normativos e cada caso constituirá uma nova aplicação, como se o direito recobrasse o seu vigor cada vez que fosse aplicado”*.

Vicente Raó (1952, p. 542) identifica a aplicação das normas como a técnica de adaptação dos preceitos contidos nas normas jurídicas, devidamente interpretados, às situações concretas que se lhe subordinam.

A seguir apresentar-se-á, a partir das formas de interpretação e de aplicação das normas jurídicas, entende-se como deve ser interpretado e aplicado o § 3º do art. 27 da Lei 13.303/2016.

4 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 27 DA LEI 13.303/2016

Como pode ser verificado, o legislador elipsou a palavra patrocínio do lado da palavra “convênio” e a manteve ao lado do vocábulo “contrato”, no § 3º do art. 27, da Lei nº13.303/2016.

Pela interpretação gramatical, tal construção pode induzir em erro, provocando duas interpretações: ou que o legislador quis aplicar as restrições apenas aos contratos de patrocínio e a todos os convênios em geral ou que as exigências se dirigem apenas aos convênios e contratos, ambos de patrocínio. Daí a necessidade de socorrer-se, em adição, às outras formas de interpretação.

O Decreto Federal nº 8.945/2016, que regulamentou a Lei nº13.303/2016 no âmbito da União, trouxe clareza para o § 3º do art. 27 ao separar em dois parágrafos, do seu artigo 44, os “Convênios” em geral dos “Convênios de Patrocínio”, senão vejamos:

Art. 44

(...)

§3. A empresa estatal poderá celebrar instrumentos de convênio quando observados os seguintes parâmetros cumulativos:

I - a convergência de interesses entre as partes;

II - a execução em regime de mútua cooperação;

III - o alinhamento com a função social de realização do interesse coletivo;

IV - a análise prévia da conformidade do convênio com a política de transações com partes relacionadas;

V - a análise prévia do histórico de envolvimento com corrupção ou fraude, por parte da instituição beneficiada, e da existência de controles e políticas de integridade na instituição; e

VI - a vedação de celebrar convênio com dirigente de partido político, titular de mandato eletivo, empregado ou administrador da empresa estatal, ou com seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, e também com pessoa jurídica cujo proprietário ou administrador seja uma dessas pessoas.

§4. Além do disposto no §3., a celebração de convênio ou contrato de patrocínio deverá observar os seguintes parâmetros cumulativos adicionais:

I - a destinação para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica;

II - a vinculação ao fortalecimento da marca da empresa estatal; e

III - a aplicação, no que couber, da legislação de licitações e contratos.

Assim, numa interpretação sistemática da norma, entende-se que a intenção da norma foi a de aplicar as exigências adicionais à celebração de convênio, contida no § 3º, do artigo 27, apenas quando sua natureza fosse de convênios de patrocínio e, também, dos contratos de patrocínio.

Nestes específicos casos, o interesse da entidade patrocinadora (estatal) é o de vincular sua marca ao projeto/evento para o efeito de potencializar e maximizar o exercício de sua atividade. O interesse da parte patrocinada, pessoa física ou jurídica, é obter apoio à promoção de evento (cultural, esportivo, educacional, etc.) ou projeto de fim específico, como, por exemplo, a realização de um campeonato esportivo, feira do livro ou espetáculo cultural.

Outrossim, de acordo com a interpretação lógica, a racionalidade do § 3º, do artigo 27 deve ser buscada na própria Lei 13.303/2016, e neste caso, as estatais poderão formalizar instrumentos de convênio, em geral, quando observados os seguintes parâmetros cumulativos: (a) convergência de interesses; (b) execução em regime de mútua cooperação; (c) alinhamento com a função social de realização do interesse coletivo; (d) análise prévia da conformidade do convênio com a política de transações com partes relacionadas; (e) análise prévia do histórico de envolvimento com corrupção ou fraude, por parte da instituição beneficiada, e da existência de controles e políticas de integridade na instituição; (f) a aplicação, no que couber, da legislação de licitações e contratos. E, em especial, convênios de patrocínio quando, além desses parâmetros, adicionalmente, (I) a destinação do termo for para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica; e (II) houver vinculação ao fortalecimento da marca da empresa estatal.

Por fim, utilizando-se da interpretação teleológica, verifica-se que a finalidade do texto esculpido no § 3º do art. 27, da Lei nº13.303/2016 está ligada ao combate da corrupção, desvios e inconformidades. Daí justificam-se as precauções adotadas pelo legislador no caso de convênios e contratos de patrocínio, ligadas às políticas de integridade das empresas, e que visam diminuir falhas e melhorar a governança corporativa⁵, a exemplo: do art. 44, §3º, VI, do Decreto nº 8.945/16, que veda a celebração de convênio ou contrato de patrocínio com dirigente de partido político, titular de mandato eletivo, empregado ou administrador de empresa estatal, ou com seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, e também com pessoa jurídica cujo proprietário ou administrador seja uma dessas pessoas.

Além disso, de acordo com o art. 93 da Lei nº 13.303/16, é vedado, também, que as despesas com patrocínio da empresa pública e da sociedade de economia mista ultrapassem, em cada exercício, 0,5% (cinco décimos por cento) da receita operacional bruta do exercício anterior. Esse índice poderá ser ampliado até 2% (dois por cento) da receita bruta do exercício anterior, por proposta da diretoria da empresa pública ou da sociedade de economia mista, justificada com base em parâmetros de mercado do setor específico de atuação da empresa ou da sociedade e aprovada pelo respectivo Conselho de Administração.

E, mais, é vedado à empresa pública e à sociedade de economia mista realizar, em ano de eleição para cargos do ente federativo a que sejam vinculadas, despesas com publicidade e patrocínio que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que

⁵ Governança corporativa consiste no conjunto de políticas e práticas orientadas a conferir maior transparência, estabelecer mecanismos de controle, estimular e garantir a atuação ética dos envolvidos, minimizar potenciais conflitos, agir em conformidade com as regras (internas e externas). (JUSTEN FILHO, 2016, p.65)

antecedem o pleito ou no último ano imediatamente anterior à eleição.

Todavia, respeitando as vedações indicadas na Lei e no Decreto, a empresa pública e a sociedade de economia mista podem celebrar contrato de patrocínio com pessoa física ou jurídica para a finalidade de promover atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais ou de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de suas marcas. Ou seja, a concessão de patrocínio materializa-se por meio de apoio financeiro concedido por empresa estatal a ações de terceiros visando a agregar valor à sua marca e/ou divulgar produtos, serviços, programas, projetos, políticas e ações do patrocinador junto ao público-alvo.

Sobre a aplicação de licitação prévia para a concessão de patrocínio, esta é inaplicável, vez que a concessão de patrocínio por entidade pública a entidade privada não se insere em qualquer das hipóteses constitucionais, posto que não configura compra, obra, serviço ou alienação. Aliás, vale mencionar que, para o Supremo Tribunal Federal, a participação de ente público como patrocinador de evento promovido por entidade privada não caracteriza a presença de ente público como contratante daqueles objetos, em ajuste sujeito à prévia licitação. Não estando caracterizado o pacto de prestar serviços, executar obras, adquirir bens ou alienar bens públicos, não há, pois, o dever de o patrocinador público promover licitação para a concessão do patrocínio.

Apesar da ausência do dever de licitar nestes casos, cabe, por fim, sinalizar que nos autos de processos administrativos atinentes a convênio e contrato de patrocínio deverão constar aspectos fundamentais, tais como justificativa do interesse da entidade no segmento a ser atingido pela divulgação, custo/benefício da ação, viabilidade técnica, econômica e financeira, retornos a serem obtidos em termos mercadológicos e/ou financeiros/negociais e avaliação dos resultados a serem alcançados e afinal obtidos.

Assim, demonstrado está como deve ser interpretado e aplicado o § 3º, do artigo 27 deve ser buscada na própria Lei 13.303/2016.

5 CONCLUSÕES

A partir das linhas de raciocínio apresentadas, bem como utilizando, em especial os processos ou momentos de interpretação sistemático e teleológico da norma jurídica, esta pesquisa conclui que o § 3º do art. 27, da Lei nº13.303/2016 deve ser interpretado e aplicado como limitador da celebração de convênios de patrocínio, não se estendendo as restrições contidas no dispositivo mencionado para todo e qualquer acordo mútuo de interesses recíprocos entre as estatais e outros entes federativos, pois, além de ser esta a construção gramatical do texto, a mesma condiz com a finalidade da construção axiológica em que o artigo está inserido, guardando coerência e harmonia com o sistema jurídico estabelecido.

Com essas conclusões vislumbra-se a possibilidade de uniformizar entendimentos ora ainda divergentes quanto à interpretação e aplicação do dispositivo indicado, tanto entre as empresas estatais, que devem promover uma boa governança pública, quanto no âmbito dos Tribunais de Contas, que devem acompanhar a evolução dos arranjos institucionais e as inovações da Administração Pública, em nome de desincumbirem-se, com eficiência, de sua missão constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da argumentação jurídica**. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ANTUNES, G. A. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais Lei nº 13.303/16 comentada em consonância com o Decreto Federal nº 8.945/2016**. Minas Gerais: Fórum, 2017.

- AYRES BRITTO, Carlos. O futuro dos Tribunais de Contas. **Revista Técnica do Tribunal de Contas do Mato Grosso**, 11 ed., 2016.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL, Governo Federal, Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos. **Breves notas de políticas públicas**, Volume 1/Edição 1, maio/2018. Disponível em: http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacao-s-e-analise/boletim-breves/breves_mai_2018.pdf, Acesso em 24/10/2018.
- BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 23/08/2019.
- BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **Jurisdição no Estado do Bem-Estar e do Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Padma, 2009.
- CARVALHO, Ivan Lira. **A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional)**. Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/docs/doutrina198>. Acesso em 28/08/2019.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Convênios e contratos de patrocínio celebrados por empresas estatais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5186, 12 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59344>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. por J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERRAZ, S. **Comentários sobre a Lei das Estatais**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303-16**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. por Heder Kofmann, Campinas:

- Bookseller, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal (Org). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/16 “Lei das Estatais”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACHADO NETO, Antonio, Luiz. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MOTTA, Fabrício. Há risco de retrocesso em projeto que altera Lei das Estatais. 26.07.2018. **Boletim de notícias ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-26/risco-retrocesso-projeto-altera-lei-estatais>. Acesso em: 22/08/2019.
- NOHARA, Irene. Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos. 16.08.2016. **Direito Administrativo - Artigos**. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/mudancas-promovidas-pela-nova-lei-das-estatais/>. Acesso em: 19/08/2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O estatuto jurídico das estatais erra ao fixar normas homogêneas de licitação. 28.08.2016. **Boletim de notícias ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/estatuto-juridico-estatais-erra-fixar-normas-homogeneas>. Acesso em: 22/08/2019.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 22 ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol. 2. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976.
- RIBEIRO, L. C.; RIBEIRO, V. A. A.; GIUBLIN, I. B. M. G.; GUIMARÃES, B. S.; GUIMARÃES, J. B. P. **Comentários à Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Barueri: Manole, 2005.
- RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- SICHES, Luís Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1997.
- TONIN, Mayara Gasparoto. Função social das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/16 “Lei das Estatais”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 263-282.