

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP
COGEAE

Luísa Paschoaleto Martim

INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO NA LEI Nº 13.303/2016

DIREITO ADMINISTRATIVO

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP
COGEAE

Luísa Paschoaleto Martim

INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO NA LEI nº 13.303/2016

Monografia apresentada como requisito para a obtenção de título de Especialista em Direito no Programa de Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Orientador: Professor Thulio Nassa

São Paulo
2018

Luísa Paschoaleto Martim

INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO NA LEI nº 13.303/2016

Monografia apresentada como requisito para a obtenção de título de Especialista em Direito no Programa de Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Orientador: Professor Thulio Nassa

Aprovado em: ___/___/___

São Paulo

2018

Aos meus pais, Veronica e Robson, com todo meu amor e gratidão, por tudo que fizeram por mim ao longo da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Robson e Veronica, por inúmeras razões, mas principalmente por todo amor e dedicação. Por serem o meu exemplo de vida e por estarem ao meu lado em todos os momentos, apoiando todas as minhas decisões e acreditando nos meus sonhos.

Ao meu irmão, João Pedro, por todas as alegrias compartilhadas e por mostrar como levar a vida de forma mais leve. Aos meus adoráveis avós, por me ensinarem constantemente a importância do amor, da honestidade e da simplicidade.

Aos meus amigos, por estarem ao meu lado nos melhores e nos piores momentos. Agradeço, especialmente, à Beatriz, à Juliana Carvalho, à Larissa, à Luísa, à Mariana, ao Pedro, à Ieda, à Marina Bressan, à Marina Carrijo, ao Gabriel, à Daniela, à Fernanda, à Juliana Chinelato, à Paula e à Nádia, por compartilharem cada passo, cada sonho e cada dificuldade durante os últimos anos.

Por fim, agradeço aos excelentes professores da PUC-SP, em especial, ao Professor Thulio Nassa, por todo auxílio durante a realização deste trabalho e por quem tenho enorme admiração.

RESUMO

A Lei nº 13.303/2016, que criou o estatuto jurídico das empresas estatais, estabeleceu três hipóteses de contratação sem licitação: inexigibilidade de licitação, dispensa de licitação e inaplicabilidade de licitação. A inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação seguiram os modelos adotados pela Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993), apresentando poucas alterações. Já a inaplicabilidade de licitação, prevista pelo art. 28, §3, da Lei nº 13.303/2016, foi uma inovação trazida pela lei, muito embora já contasse com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais nesse sentido. O presente trabalho analisará o instituto da inaplicabilidade de licitação, suas hipóteses de incidência e as discussões doutrinárias a respeito do tema.

Palavras-chave: empresas estatais, empresa pública, sociedade e economia mista, licitação, inexigibilidade, dispensa.

ABSTRACT

Brazilian Law No. 13,303/2016, which created the legal status of state-owned enterprises, established three hypotheses for contracting without bids: unenforceability of bidding, waiver of bidding and non-applicability of bidding. The inexistence of bidding and the waiver of bidding followed the models adopted by the Brazilian General Bidding Law (Law No. 8,666/1993), with a few changes. The inapplicability of bidding, foreseen by art. 28, §3, of Brazilian Law No. 13,303/2016, was an innovation brought by law, even though it already had doctrinal and jurisprudential understandings in this regard. The present paper will analyze the legal institute of the inapplicability of bidding, its hypotheses of incidence and the doctrinal discussions on the subject.

Key Words: state enterprises, public company, society and mixed economy, bidding, unenforceability, exemption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS EMPRESAS ESTATAIS	12
1.1 O desenvolvimento histórico da empresa estatal no Brasil	13
1.2 A reforma administrativa de 1967	16
1.2.1. Fatores de natureza econômica	17
1.2.2. Fatores de natureza política	18
1.2.3. Fatores de natureza administrativa.....	18
1.2.4. Fatores de natureza social	19
1.3 O Decreto-lei nº 200, de 1967: estatuto básico da reforma administrativa... 19	
1.3.1. Definições de empresa pública e sociedade de economia mista pelo Decreto-lei nº 200, de 1967	20
1.4 Panorama atual: previsões da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 13.303/2016	22
2. O DIREITO POSITIVO E AS EMPRESAS ESTATAIS	25
2.1 A supremacia e rigidez da Constituição Federal	26
2.2 Perspectivas teóricas pós-positivistas sobre a interpretação das normas ...	27
2.2.1. A hierarquia das normas na perspectiva de Ronald Dworkin	28
2.2.2. A hierarquia das normas na perspectiva de Robert Alexy	31
2.2.3. Conclusão do tópico	33
2.3 A exploração direta da atividade econômica pelo Estado	34
2.3.1. Previsões constitucionais	34
2.3.2. Os serviços e os monopólios públicos	35
2.3.3. As atividades concorrenciais	38
2.4 Criação e definição de empresas estatais: Lei nº 13.303/2016 interpretada conjuntamente com a Constituição Federal	40
2.5 A diferença de regime em função da atividade exercida.....	45
2.6 Aplicação dos princípios da atividade administrativa	51
2.7 O regime jurídico híbrido das empresas estatais	56
3. HIPÓTESES PREVISTAS PELA LEI Nº Nº 13.303/2016 DE CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO	61
3.1 Previsão constitucional de licitação prévia	61
3.2 Possibilidade de contratação direta pela Administração Pública	62

3.3	Exigência de licitação pela Lei nº 13.303/2016	62
3.4	Aplicação subsidiária da Lei nº 8.888/1993.....	63
3.5	Previsão de contratação direta pela Lei nº 13.303/2016	64
3.6	Dispensa de licitação	64
3.6.1.	Definição de dispensa de licitação.....	66
3.6.2.	Reprodução de hipóteses de dispensa previstas pela Lei nº 8.666/1993 66	
3.6.3.	As hipóteses de dispensa previstas pela Lei nº 13.303/2016	67
3.7	Inexigibilidade de licitação.....	68
3.7.1.	Definição de inexigibilidade de licitação	69
3.7.2.	Distinção entre dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação	69
3.7.3.	Hipóteses de inexigibilidade de licitação trazidas pela Lei nº 13.303/2016 70	
3.8	Inaplicabilidade de licitação.....	71
3.8.1.	A discussão doutrinária	71
3.8.2.	A orientação do TCU antes da edição da Lei nº 13.303/2016	75
3.8.3.	A inaplicabilidade de licitação regulamentada pela Lei nº 13.303/2016	76
3.8.4.	Contratação relacionada ao objeto social.....	78
3.8.5.	Seleção de parceiros em relação de cooperação.....	81
	CONCLUSÃO	86
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.303/2016 (Lei de Empresas Estatais), editada em 30 de junho de 2016, após quase 18 anos de espera, criou o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, preenchendo uma lacuna importante para o sistema jurídico.

O propósito dessa lei foi regulamentar o disposto no art. 173, §1º, da Constituição Federal, que dispõe que lei específica deverá estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como de suas subsidiárias que explorem atividade econômica.

O inciso III do §1º do mesmo art. 173 estabeleceu que a lei que instituir o estatuto social das empresas estatais deverá dispor sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Além disso, o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, previu que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades e com relação a todos os entes da Federação.

Até a edição da Lei nº 13.303/2016, aplicou-se às empresas estatais o regime geral de licitações, previsto pela Lei nº 8.666/1993, que foi um instrumento muito importante para a fixação da licitação a toda Administração Pública e do princípio da impessoalidade.

No entanto, muito embora seja um importante instituto para a Administração Pública, a Lei nº 8.666/1993 revelou-se muito rigorosa e, em certa medida, incompatível com os regimes jurídico das empresas estatais e das sociedades de economia mista.

Diante disso, a Lei nº 13.303/2016, tendo em vista a determinação constitucional e a necessidade de um regime específico para as empresas estatais, estabeleceu regras específicas para as licitações e contratações administrativas das empresas estatais. Atualmente, portanto, as empresas estatais possuem seu próprio regime de licitações e contratos, tendo em vista as peculiaridades que permeiam as atividades desempenhadas por tais estatais.

Esse instituto fixou algumas orientações já trazidas pela doutrina e pela jurisprudência sobre as licitações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Porém, ainda há muita discussão sobre as hipóteses em que, existindo exploração de atividade econômica pelas empresas estatais, as licitações são inaplicáveis.

Com isso, o presente trabalho analisará o histórico das empresas estatais no Brasil e as normas a elas aplicáveis, para, ao final, destacar as principais características do regime jurídico das licitações instituído pela Lei nº 13.303/2016, em especial a inaplicabilidade de licitação prevista por seu art. 28, §3º, incs. I e II.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS EMPRESAS ESTATAIS

As empresas de caráter econômico criadas pelo Estado possuem origem nas companhias portuguesas e holandesas, constituídas nos séculos XV e XVI. Essas companhias representavam investimentos da Coroa para alcançar, por meio dos mares e terras até então inexploradas, novas fontes de suprimentos para a Europa. Essas mercadorias eram obtidas através de importação e intercâmbio de mercadorias¹.

Apenas em épocas mais recentes que as empresas estatais tomaram conotação industrial, caracterizando intervenção no domínio econômico e exercendo a produção e comércio de bens e a prestação de serviços até então reservados à iniciativa privada².

As empresas estatais foram criadas pelo poder público para concorrerem diretamente com as empresas do setor privado no setor econômico. Partiu-se do pressuposto de que, ao assumir a personalidade jurídica de direito privado, o Estado poderia se desvincular das limitações enfrentadas pelas pessoas jurídicas de direito público, permitindo uma atuação mais célere e eficiente³.

Por isso, a elas foram atribuídas características típicas de uma empresa privada, sendo a principal delas a atribuição de personalidade jurídica de direito privado. Dessa forma, incidiriam-se também as regras de direito privado sobre as empresas estatais, conferindo-as a mesma eficiência e produtividade que as empresas do setor privado, bem como impedindo a concorrência desleal⁴.

Isto é, as regras de direito comercial passam, juntamente com o Direito Administrativo, a incidir sobre as empresas estatais, conciliando as finalidades públicas com os modelos do setor privado. Trata-se, dessa forma, de uma negação ao sistema tradicional de administração pública direta⁵.

¹ TÁCITO, Caio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 242, 2005.

² TÁCITO, Caio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 242, 2005.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017, p. 161.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 103.

⁵ TÁCITO, Caio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 242, 2005.

Assim, compreende-se as empresas estatais como um meio para propiciar o desenvolvimento econômico do país. Permite-se que a Administração Pública usufrua de benefícios do regime de direito privado para a consecução de fins públicos. Isso porque, ao contrário da empresa privada, a empresa pública, além de voltar-se para o acionista (característica da empresa privada), volta-se também para o usuário (comunidade)⁶.

É imperioso ressaltar, no entanto, que não se trata de um modelo de livre criação pelo administrador público, sendo uma escolha política de incumbência do legislador.

Trata-se de uma excepcionalidade, em que o Estado realiza intervenção na economia visando o interesse coletivo e o planejamento econômico. Isso porque a empresa pública é o meio que o Estado possui de suplementar a iniciativa privada, desenvolvendo, completando espaços em que o setor privado se ausenta.

Cumpra observar, ainda, o princípio da especialidade, que limita a atuação da empresa estatal a uma finalidade específica criada por lei⁷.

Por fim, as empresas estatais também foram criadas para prestarem serviços públicos, que, por óbvio, não poderiam ser regidas apenas pelo direito privado. A atividade de prestação de serviço público envolve, pelas suas características, muitas normas de direito público⁸.

1.1 O desenvolvimento histórico da empresa estatal no Brasil

Historicamente, é possível encontrar características da empresa pública no primeiro Banco do Brasil, criado em 1808 com capitais privados, posteriormente associando-se à Coroa em 1812.

⁶ Nos termos expostos por Caio Tácito, "Nas empresas estatais, a *affectio societatis*, peculiar à sociedade privada (comunhão de vontades individuais dirigida a um precípua fim lucrativo) cede passo a um objetivo de utilidade pública, embora de teor econômico. A sociedade privada, nada obstante a função social da empresa, é voltada para o acionista. A empresa pública - e particularmente a sociedade de economia mista - devendo também considerar os interesses dos acionistas, é voltada para o usuário, ou seja, para a comunidade" (TÁCITO, Caio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 242, 2005).

⁷ TÁCITO, Caio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 242, 2005.

⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 103-104.

No entanto, as duas primeiras Constituições brasileiras – Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891 – não previram a existência de empresas estatais ou qualquer possibilidade de exploração estatal de atividade econômica. Nem ao menos se preocuparam em regular a ordem econômica. Essas Cartas Constitucionais apenas se preocuparam com a organização institucional do Estado e os direitos dos cidadãos em face do Estado.

Com a chegada da Revolução Industrial, criou-se uma preocupação com o sistema econômico, o que também foi absorvido pelos textos constitucionais, que, no Brasil, ocorreu à partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever a exploração de atividade econômica pelo Estado, estabelecendo que a União poderia “monopolizar determinada indústria ou atividade econômica”, desde que autorizada por lei especial (artigo 116)⁹. Porém, não previu expressamente a existência das empresas estatais.

Em 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil também não previu expressamente a existência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Porém, admitiu uma certa gestão direta da atividade econômica pelo Estado, estabelecendo em seu artigo 135 que:

Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

⁹ Essa é a redação original do artigo 116 da Constituição de 1937: “Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais”.

Além disso, a Carta Constitucional de 1937 também previu, em seu artigo 144¹⁰, a nacionalização de “indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação”¹¹.

Porém, foi a partir de 1939 que surgiu a empresa estatal com os contornos atuais, quando da criação do Instituto de Resseguros do Brasil. Posteriormente, criou-se a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941; a Companhia do Vale do Rio Doce e o Banco do Crédito da Borracha, em 1942; a Companhia Nacional de Álcalis, em 1943; a Companhia Hidroelétrica do São Francisco, em 1945; e a Fábrica Nacional de Motores, em 1946¹².

Também em 1946, seguindo a Constituição de 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em seu artigo 146¹³, concedeu à União a possibilidade de “monopolizar determinada indústria ou atividade”, sendo que também deveria ser autorizada por lei especial¹⁴.

Pouco tempo depois da Constituição de 1946, caracterizando a atividade de monopólio prevista por seu artigo 146, foram criadas a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, em 1953, e a ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileira, em 1961¹⁵.

Ressalta-se que, especificamente no que se refere às sociedades de economia mista, as suas características foram imprecisas por muito tempo, gerando polêmica quanto à incidência do direito público e do direito privado. A doutrina e a jurisprudência entendiam que as sociedades de economia mista possuíam características fixadas por lei.

¹⁰ Eis o artigo 144 da Constituição de 1937: “Art. 144 - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação”.

¹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 38.

¹² TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 151, jan./mar. 1983..

¹³ O artigo 146 da Constituição de 1946 prevê: “Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”.

¹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 38-39.

¹⁵ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 151, jan/mar 1983.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 foi a primeira Carta Constitucional brasileira a prever expressamente, em seu art. 163, a existência das empresas públicas e sociedades de economia mista. Posteriormente, esse artigo foi integralmente reproduzido pelo artigo 170 da Constituição de 1969.

Eis o artigo 163 da Constituição de 1967:

Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º - Somente para complementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

§ 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

Tendo em vista essa previsão, foi editada, também em 1967, a primeira regulação das empresas estatais: o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

1.2 A reforma administrativa de 1967

As empresas administradas e controladas direta ou indiretamente pelo Estado (empresas estatais) foram criadas de maneira mais acentuada nas décadas de 1960 e 1970. Visava-se a participação direta do poder público na economia.

Em 1963, ocorreu a nomeação de um ministro extraordinário (ministro sem pasta) para a Reforma Administrativa. Esse ministro possuía a responsabilidade de dirigir vários grupos de estudo para o desenvolvimento da chamada Reforma Administrativa.

Diante disso, no início de 1964, foram apresentados quatro projetos pelo ministro extraordinário para o então Presidente João Goulart, visando uma ampla organização da atividade e da estrutura do governo. Apesar de nenhum dos projetos terem sido aprovados, foram utilizados como informação para posteriores estudos do

Poder Executivo em 1967, resultando no Decreto-lei nº 200, de 1967, estatuto básico da reforma administrativa¹⁶.

Para a formação das empresas estatais, foram combinados diversos fatores, tais como fatores de natureza econômica, fatores de natureza política, fatores de natureza administrativa e fatores de natureza social.

1.2.1. Fatores de natureza econômica¹⁷

Os fatores de natureza econômica que influenciaram a criação das empresas estatais, em comparação com os demais fatores, correspondem a uma parcela preponderante.

O primeiro fator corresponde ao fornecimento de infraestrutura básica para o desenvolvimento econômico, por meio de investimentos de capital pelo Governo. Assim, as empresas estatais preencheram espaços que não atraíam as empresas privadas, tendo em vista a falta de condições econômicas e o baixo retorno proporcionado. Dentre essas empresas, encontram-se as empresas de aço e as empresas de energia elétrica.

Outro fator de natureza econômica é a produção de bens e serviços, tais como os bancos controlados pelo Estado, como o Banco do Brasil, e as empresas de serviço, como as empresas de processamento de dados. Esse espaço já era amplamente ocupado pelas empresas privadas. No entanto, permitiu-se ao Estado a obtenção das mesmas vantagens obtidas pelo setor privado.

A estimulação de empreendimentos privados importantes para o desenvolvimento do Brasil também foi um importante fator de natureza econômica, como, por exemplo, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e os bancos de desenvolvimento de nível estadual.

Por fim, outro fator econômico foi a obtenção de vantagens do monopólio econômico. Nesse caso, foram criadas empresas estatais devido aos desequilíbrios

¹⁶ WAHRLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa no Brasil: Experiência Anterior, Situação Atual e Perspectivas – Uma Apreciação Geral*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 18, n. 1, 1984. p. 51-52.

¹⁷ MOTTA, Paulo Roberto. *O Controle de Empresas Estatais no Brasil*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 21, n. 1, 1987. p. 70-71.

existentes regionalmente, desfavorecendo a existência de empresas privadas e públicas. Os exemplos desses casos são as empresas de serviços públicos que visavam equilibrar as regiões não rentáveis com as regiões rentáveis, garantindo o amplo acesso público ao serviço.

1.2.2. Fatores de natureza política¹⁸

A criação das empresas estatais também sofreu influência de dois importantes fatores políticos, por questões de monopólio e de estratégia.

O primeiro fato foi o controle do Estado sobre empreendimentos essenciais para a segurança nacional. Aqui se encontravam a Petrobrás e suas subsidiárias, garantindo o monopólio do petróleo, e a Nuclebrás, garantindo o monopólio da energia nuclear.

O segundo fator de natureza política foi a produção de bens e serviços, em que o Estado interviu de forma monopolista para assegurar interesses políticos, tais como empresas de comunicações e transportes.

1.2.3. Fatores de natureza administrativa¹⁹

Fatores de natureza administrativa, de forma subsidiária, também influenciaram a criação de empresas estatais. Considera-se fator administrativo da criação das empresas estatais a descentralização da administração, criando-se entidades autônomas, com poderes decisórios e com localização próxima ao seu local de atuação.

Com isso, garantiu-se às empresas estatais o exercício de poderes decisórios de forma autônoma, flexível e eficiente, permitindo que o Estado escapasse das normas que regem a administração direta e atuasse de forma equiparada à atuação das empresas do setor privado.

¹⁸ MOTTA, Paulo Roberto. *O Controle de Empresas Estatais no Brasil*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 21, n. 1, 1987. p. 71.

¹⁹ MOTTA, Paulo Roberto. *O Controle de Empresas Estatais no Brasil*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 21, n. 1, 1987. p. 71-72.

Como exemplo, encontravam-se as empresas de telefonia, de saneamento básico, de limpeza pública, dentre outras que correspondiam a serviços incluídos no exercício da administração direta.

1.2.4. Fatores de natureza social²⁰

Por fim, encontram-se os fatores de natureza social. Neste caso, encontram-se as empresas produtoras de bens e serviços considerados essenciais à sobrevivência e à qualidade de vida.

Apesar de serem bens e serviços que já eram produzidos pelas empresas do setor privado, o acesso a eles apenas era exercido pela população de renda mais alta. Diante disso, criaram-se as empresas estatais para garantir que a população de baixa renda também tivesse acesso a esses bens e serviços. Dentre essas empresas, estavam, por exemplo, as companhias estaduais de habitação e o Banco Nacional de Habitação.

1.3 O Decreto-lei nº 200, de 1967: estatuto básico da reforma administrativa

O Decreto-lei nº 200, de 1967, possui, em síntese, os seguintes pontos: (i) princípios do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de autoridade, e do controle; (ii) expansão das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), das fundações públicas e das autarquias; (iii) diretrizes para um novo Plano de Classificação de Cargos; (iv) expansão do sistema do mérito; e (v) reorganização de 16 ministérios²¹.

No que se refere às empresas estatais, o Decreto-lei nº 200/1967 redefiniu juridicamente as empresas estatais. Apresentou o conceito de “empresa pública” com uma conotação mais restrita que o conceito adotado em outros países. Empresa pública foi definida como entidade que de capital pertencente, exclusivamente, ao

²⁰ MOTTA, Paulo Roberto. *O Controle de Empresas Estatais no Brasil*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 21, n. 1, 1987. p. 72.

²¹ WAHRLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa no Brasil: Experiência Anterior, Situação Atual e Perspectivas – Uma Apreciação Geral*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 18, n. 1, 1984. p. 52-53.

Governo. Já com relação às sociedades de economia mista, é permitido que os particulares possuam ações com direito a voto²².

1.3.1. Definições de empresa pública e sociedade de economia mista pelo Decreto-lei nº 200, de 1967

O Decreto-lei nº 200/1967 definiu o conceito de empresa pública e de sociedade de economia mista. O art. 5º, inc. II, do Decreto-lei nº 200/1967, apresentou o conceito original de empresa pública:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

II - Empresa Pública - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Já a definição original de sociedade de economia mista, foi prevista pelo art. 5º, inc. III, do Decreto-lei nº 200/1967:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

III - Sociedade de Economia Mista - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta.

Inicialmente, ressalta-se uma pequena alteração realizada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969, na redação original das definições acima. O decreto substituiu a expressão “para desempenhar atividades de natureza empresarial”, prevista na definição de empresa pública, e a expressão “para o exercício de atividade de natureza mercantil”, prevista na definição de sociedade de economia mista, pela expressão “para a exploração de atividade econômica”.

²² MOTTA, Paulo Roberto. *O Controle de Empresas Estatais no Brasil. Revista de Administração Pública – RAP*. Rio de Janeiro: FGV, v. 21, n. 1, 1987. p. 70.

Feita essa observação, pode-se perceber algumas características comuns e outras que são essenciais para diferir as empresas públicas das sociedades de economia mista.

É possível notar duas principais características importantes previstas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, que são comuns às empresas públicas e às sociedades de economia mista: a criação por lei específica e a personalidade jurídica de direito privado.

Outra característica importante, mas que difere as duas empresas estatais, é controle do Estado sobre o capital das empresas. No caso da empresa pública, o Estado possui o controle sobre todo o capital da empresa, ou seja, o capital é exclusivamente público.

Já com relação à sociedade de economia mista, o controle do Estado é sobre a maioria do capital votante e, portanto, tem-se a conjugação do capital público e do capital privado²³.

Porém, a simples participação do Estado no capital social da empresa pública ou da sociedade de economia mista não basta para definir uma empresa como empresa pública ou sociedade de economia mista. Deve haver, também, o controle e poder de mando. E é justamente desse controle realizado pelo Estado que decorre a obrigatoriedade de licitação²⁴.

²³ Sobre esse ponto, observa Ricardo Marcondes Martins: “O Decreto-Lei n. 200/67 dispôs sobre a organização administrativa da União e, por isso, não tratou das administrações estaduais e municipais. Consequentemente, as empresas públicas foram conceituadas como possuindo apenas capital da União e as sociedades de economia mista como possuindo capital privado e controladas pela União ou por sua Administração Indireta. Por evidente, Estados e Municípios também podem, por simetria, instituir empresas estatais e participar das empresas instituídas pela União. Coube à doutrina ampliar as definições legais: empresas públicas são entidades com capital exclusivo do Poder Público, seja capital exclusivo da União, seja de um Estado, seja de um Município, seja de uma Autarquia federal, estadual ou municipal, seja de duas ou mais entidades públicas, v. g., parte da União e parte de um Estado e/ou de um Município. A exigência é que, para ser empresa pública (EP), a personalidade seja de Direito privado e só haja capital público. As sociedades de economia mista (SEM), ao revés, tem necessariamente a conjugação de capital público e de capital privado, sendo, por definição, controladas pelo Poder Público, ou pela União, ou por um Estado, ou por um Município ou por uma entidade da Administração Indireta federal, estadual ou municipal. Empresas públicas podem assumir qualquer forma societária, inclusive sociedade unipessoal, sociedades de economia mista admitem apenas a forma da sociedade anônima” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 40).

²⁴ Hoje, a licitação das empresas estatais é regida pela Lei nº 13.303/2016, conforme será demonstrado pelo Capítulo 4 da presente exposição.

Por fim, a forma societária também é um relevante diferenciador entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Enquanto as empresas públicas podem assumir qualquer forma societária, as sociedades de economia mista apenas podem adotar a forma de sociedades anônimas.

No entanto, ainda que o texto do Decreto-Lei nº 200/1967 apenas previsse que as empresas estatais explorariam atividades econômicas, foram criadas empresas estatais que são essencialmente prestadoras de serviço público. Com isso, dividem-se as empresas estatais em exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos.

Mesmo sendo, muitas vezes, prestadoras de serviços públicos, as empresas estatais foram, até a edição da Constituição Federal de 1988, consideradas substancialmente privadas. Isto é, aplicavam-se às empresas estatais somente as regras de direito privado²⁵.

1.4 Panorama atual: previsões da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 13.303/2016

Com a instauração da Constituição Federal de 1988, reconheceu-se também a aplicação do direito público às empresas estatais²⁶. Isso é previsto pelo art. 37 da Constituição Federal, ao estabelecer expressamente que as empresas estatais se submetem aos princípios da Administração Pública.

Outro aspecto importante apresentado pela Constituição Federal de 1988 foi, nos mesmos termos assentados pelo Decreto-lei nº 200/1967, a necessidade de lei específica para a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, inc. XIX, CF²⁷).

²⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 42.

²⁶ Vide item 3.2.

²⁷ “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: (...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

A emenda constitucional nº 19/1998 previu que a Lei específica estabeleceria um estatuto jurídico próprio das empresas exploradoras de atividades econômicas, com disposições próprias acerca das licitações e contratos administrativos celebrados por essas empresas (art. 173, §1º, inc. III, Constituição Federal²⁸).

No entanto, até 2016, nenhuma lei específica dispôs sobre o estatuto jurídico das empresas estatais.

Diante dessa lacuna legal, havia grande insegurança jurídica, principalmente com relação à sujeição das empresas públicas e das sociedades de economia mista às regras da Lei nº 8.666/1993, que é pouco flexível e, muitas vezes, contrária à forma de atuação dessas empresas²⁹.

Assim, principalmente com relação às licitações e aos contratos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, surgiram muitos debates sobre a possibilidade de se criar um regime de contratação diferente do previsto na Lei nº 8.666/1993. Dessas discussões nasceram alguns regulamentos diferenciados de licitação em algumas empresas estatais, tal como o procedimento licitatório simplificado da Petrobras³⁰.

A criação do estatuto jurídico das empresas estatais, na forma exigida pelo art. §1º, inc. III, Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, surgiu apenas recentemente, com a Lei nº 13.303, de 2016.

Ou seja, o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista foi criado dezoito anos depois da EC 19/1998, sendo impulsionada por escândalos de corrupção ocorridos no Brasil envolvendo importantes empresas estatais.

Regulamentando a Lei nº 13.303/2016, também em 2016, foi editado o Decreto

²⁸ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)”

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

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

²⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 210.

³⁰ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017. p. 2.

nº 8.945.

A Lei nº 13.303/2016 trouxe importantes soluções para as empresas públicas e para as sociedades de economia mista. Previu, por exemplo, importantes disposições sobre técnicas de *compliance* e de integridade empresarial nas empresas estatais, tendo em vista os escândalos de corrupção que surgiram nos últimos anos, principalmente na Petrobras³¹.

No que se refere especificamente às licitações das empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016, bem como o Decreto nº 8.945/2016, resolveram muitas dúvidas sobre quais os regimes se aplicariam. Deixou-se, com isso, de se aplicar a Lei geral de licitações e contratos administrativo (Lei nº 8.666/1993).

³¹ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017. p. 2.

2. O DIREITO POSITIVO E AS EMPRESAS ESTATAIS

A interpretação do texto legal não é uma preocupação nova no mundo jurídico. Essa inquietação quanto ao tema já era demonstrada por Thomas Hobbes³², pensador inglês nascido em 1588:

Nossos Juristas concordam com o fato de a Lei nunca ser contrária à Razão, e dela não ser a Letra (isto é, cada uma de suas frases), mas a Intenção do Legislador. Apesar disto ser verdadeiro, subsiste a dúvida sobre qual razão deve ser aceita como Lei. Não deverá ser alguma Razão privada, o que ocasionaria tantas contradições nas Leis como as há nas Escolas. Nem tampouco (como pretende Sir Edward Coke) de uma perfeição Artificial da Razão, obtida através de muito estudo, observação e experiência (como era a dele). É possível que muito estudo fortaleça e confirme Sentenças errôneas e, quando se constrói sobre falsos fundamentos, quanto mais se constrói, maior é a ruína. Além disso, as razões e resoluções dos que estudam e observam com igual diligência e durante o mesmo tempo são e sempre serão discordantes. Portanto o que faz a Lei não é a Júris Prudentia ou sabedoria dos Juizes subordinados, mas a Razão desse Homem Artificial, o Estado, e suas Ordens. Tendo em vista que o Estado é, em seu Representante, uma só Pessoa, não é fácil surgir uma contradição nas Leis, e quando tal acontece à mesma razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição. Em todos os Tribunais de Justiça quem julga é o Soberano (que é a pessoa do Estado). O Juiz subordinado deve considerar a razão que levou o Soberano a fazer determinada Lei, para que sua Sentença esteja conforme com ela e, nesse caso, será a Sentença do Soberano, caso contrário será a sua e, portanto, injusta.

Verifica-se, desde o século XVI, a preocupação com a interpretação das normas. Mostra-se, desde aquela época, a atenção com relação à eficiente análise das normas, não se satisfazendo com a sua mera interpretação literal.

Até os dias atuais, a interpretação literal das normas é uma preocupação doutrinária.

Nesses termos, Carlos Maximiliano³³ expõe que “deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”

Também demonstra Francesco Ferrara³⁴ que:

A lei, porém, não se identifica com a letra da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas

³² HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou A Matéria Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, Editora Ícone, tradução de Rosina D'angina. p. 196/197

³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Interpretação e Aplicação do Direito*. 2. ed. Editora Livraria do Globo, 1933, p. 183.

³⁴ In *Interpretação e Aplicação das Leis*, tradução de Manuel A. Domingues de Andrade em obra, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. 4 ed. Coimbra: Editor Sucessor, 1987. p.128.

podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a letra da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e procura-se a intenção legislativa. Relevante é o elemento espiritual, a voluntas legis, embora deduzida através das palavras do legislador.

Entender uma lei, portanto, não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal é indagar com profundidade o pensamento legislativo, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem (17. Dig. 1,3). A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que é possível (como diz WINDSCHEID) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo.

Só assim a lei realiza toda a sua força de expansão e representa na vida social uma verdadeira força normativa.

É evidente, portanto, que o contexto e o ordenamento jurídico como um todo são relevantes para a interpretação da norma.

Dito isso, para entender como as normas, sejam elas constitucionais ou legais, e os princípios incidem atualmente sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, cumpre analisar, primeiramente, a interpretação das normas no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, conforme brevemente introduzido, uma norma não pode ser interpretada isoladamente. Deve-se entender a norma como uma parte integrante de um ordenamento jurídico. As leis e seus dispositivos devem ser interpretados dentro de um sistema hierarquizado de normas, envolto de princípios, em que o norte sempre será a Constituição Federal.

Essa análise, portanto, será essencial para o estudo sobre o atual estatuto jurídico e sua previsão de inaplicabilidade de licitação com relação às empresas estatais.

2.1 A supremacia e rigidez da Constituição Federal

O ponto de partida para a análise do sistema normativo do direito brasileiro é a compreensão da supremacia e da rigidez da Constituição Federal, que são pressupostos de todas as discussões jurídicas.

O constitucionalismo é um meio de limitação do poder estatal. As normas constitucionais disciplinam o poder do Estado, controlando suas atividades e

reprimindo os seus abusos. Preveem, assim, os direitos fundamentais e estabelecem a separação de poderes.

Duas características importantes diferenciam a Constituição Federal das demais normas do ordenamento jurídico: (i) a supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico, e (ii) a rigidez da Constituição, visto que não é possível sua alteração pelo poder legislativo, possuindo um procedimento específico para tanto³⁵.

A Constituição Federal é lei suprema. Por isso, é superior a todas as normas do ordenamento jurídico e a todos os atos administrativos. Em todo conflito entre norma constitucional e norma infraconstitucional, prevalece a norma constitucional.

A observância dessa supremacia depende de um meio de controle que, em regra, é exercido pelo poder judiciário. Não há uma previsão expressa sobre a existência de supremacia da Constituição sobre as demais normas do sistema jurídico, mas trata-se de um pressuposto do próprio sistema do constitucionalismo³⁶.

Dito isso, o entendimento dessa supremacia da Constituição Federal é indispensável para o entendimento do sistema normativo.

Já o conceito de rigidez da Constituição, apesar de não ser igual, está associado à sua supremacia. Dessa maneira, além das normas constitucionais serem superiores às demais normas, elas também não podem ser alteradas pelo mesmo sistema legislativo que altera as normas infraconstitucionais.

Com relação à rigidez, ao contrário da supremacia, a característica deve ser expressa pela Constituição Federal. Trata-se de um pressuposto de sua aplicação.

2.2 Perspectivas teóricas pós-positivistas sobre a interpretação das normas

Após o panorama sobre a Constituição Federal, passa-se a analisar o sistema normativo e a sua interpretação.

O direito não pode ser entendido como um mero aglomerado de normas.

³⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 31.

³⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 35.

Precisa ser entendido como um conjunto que possui coerência, que devem decorrer de seus princípios³⁷.

Os princípios, apesar de não estarem positivados no ordenamento jurídico, possuem inegável relevância para a interpretação e para a aplicação do Direito como um todo.

Conforme ensina Eros Grau, os princípios podem ser: (i) princípios explícitos, previstos pela Constituição Federal ou pela Lei; (ii) princípios implícitos, que são resultados da análise de regras constitucionais ou legais; ou (iii) princípios gerais de Direito, que também são implícitos, sendo fruto do direito pressuposto³⁸.

Visando compreender a relevância dos princípios e a sua incidência, serão analisadas duas importantes perspectivas teóricas: a linha substancialista, em que se encontra Ronald Dworkin, e a linha procedimentalista, em que se encontra Robert Alexy.

Até o neopositivismo de Kelsen e Hart, todo direito positivo era norma jurídica. Assim, as normas jurídicas podiam ser ou não princípios, sendo que os princípios gerais eram utilizados apenas para suprir lacunas. Isto é, a moral jamais poderia ser utilizada para interpretar-se uma norma jurídica.

Contudo, no pós-positivismo jurídico surgiram as linhas substancialista e procedimentalista. A linha substancialista de Ronald Dworkin entende que existe a necessidade de se realizar adequada fundamentação de valores éticos e princípios. Por outro lado, pela linha procedimentalista de Robert Alexy, entende-se que não existem mais princípios morais e valores éticos capazes de universalização³⁹. É o que se demonstrará a seguir.

2.2.1. A hierarquia das normas na perspectiva de Ronald Dworkin

Seguindo a linha substancialista, Ronald Dworkin entende que não há que se falar mais em norma jurídica, mas apenas em regras e princípios. Para ele, não há

³⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 162.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 152.

³⁹ SIMIONI Rafael. *Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. Revista Direito Mackenzie, v. 5, n. 1, p. 205.

que se falar de princípio como uma espécie de norma. Assim, os princípios não precisam estar positivados na ordem jurídica ou previstos em jurisprudência, sendo apenas fundamentos⁴⁰.

Com isso, Dworkin propõe a utilização do termo “princípios” para referência genérica de pautas que não são regras, utilizados principalmente em casos complexos, em que os operadores do direito disputam sobre direitos. Nesses casos, esses operadores utilizam pautas, que são princípios e diretrizes, e não regras.

Primeiramente, cumpre observar a diferença apontada por Dworkin com relação aos princípios e diretrizes. Para ele, “diretrizes” são pautas que buscam alcançar objetivos específicos, que revelam aspectos econômicos, políticos ou sociais. Já com relação aos “princípios”, entende que sua observância não decorre de situações econômicas, políticas ou sociais, mas devido a um imperativo de justiça, de honestidade ou outra forma de moral⁴¹.

Dworkin ensina que, em decisões judiciais, muitas vezes, os juízes recorrem a convicções que não se encontram positivadas, não são regras, principalmente em casos mais complexos em que não há previsão clara no direito positivo. Essas convicções seriam os princípios.

Assim, em sua concepção, as regras seriam as normas positivadas, que preveem direitos ou obrigações, proibem ou facultam⁴². Não se permite meio termo com relação às regras. As regras são válidas ou não, são cumpridas ou totalmente descumpridas, sem qualquer gradação.

Nas palavras de Dworkin:

⁴⁰ SIMIONI Rafael. *Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. Revista Direito Mackenzie, v. 5, n. 1, p. 206.

⁴¹ Eros Grau ressalta “Assim – segundo Dworkin (idem, ibidem) – a pauta de acordo com a qual deve ser reduzido o número de acidentes de automóvel é uma diretriz e a pauta que estipula que ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza) é um princípio. Essa distinção, no entanto – é o próprio Dworkin (idem, p. 44) que o diz – pode resultar comprometida na medida em que se construa um princípio que estabeleça um objetivo social (v.g., o objetivo de uma sociedade na qual ninguém obtenha proveito de sua iniquidade) ou se construa um objetivo que estabeleça um princípio (v.g., o princípio de que o objetivo proposto pela diretriz é meritório) ou, ainda, na medida em que se adote a tese utilitarista, de acordo com a qual os princípios de justiça são enunciados de objetivos mascarados (assegurando-se a máxima felicidade do maior número de pessoas). Se, nestes termos, contestada a distinção, em determinados contextos – conclui – resultariam absolutamente desvirtuadas as suas aplicações” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 152-153).

⁴² DWORKIN, Robert. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁴³.

Na hipótese de existir conflito entre regras, uma delas terá que ser considerada inválida. Para verificar qual das regras será considerada inválida e, por isso, totalmente inaplicável, serão utilizadas exceções ou critérios. As exceções são previstas por outras regras, ou seja, estão no próprio direito positivo. Já os critérios são, por exemplo, critérios de tempo e espaço que permitem verificar qual é a norma válida.

Por outro lado, os princípios, no entedimento de Dworkin, não são regras. Estão além do direito positivo, decorrem da moralidade e de padrões políticos.

Os princípios diferem-se e vão além das regras. Ao contrário das regras, os princípios não são válidos ou inválidos, aplicáveis ou não aplicáveis, certos ou errados. São fundamentos prévios a qualquer aplicação de regras no mundo jurídico, são convicções, pontos de vista que direcionam interpretações e aplicações de regras em um caso concreto. Princípios são convicções de boa-fé, justo ou injusto, razoável ou não razoável, termos muitas vezes previstos por regras⁴⁴.

Assim, os princípios são utilizados para interpretação de todas as regras, sejam elas abertas ou não, lacunosas ou não, em conflito ou não.

Porém, essa interpretação não permite a discricionariedade dos juízes. No seu entendimento, mesmo que se alguns processos permitam soluções jurídicas diversas, dentre essas soluções, haveria apenas uma resposta de acordo com o direito. Essa

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*; tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39

⁴⁴ Ronald Dworkin exemplifica: “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é o usucapião – se eu atravesso suas terras sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de cruzá-las quando o desejar. Há muitos exemplos menos dramáticos. Se um homem abandona seu trabalho, rompendo um contrato, para assumir outro emprego mais bem pago, ele pode ter que pagar indenização a seu primeiro empregador, mas em geral ele terá direito de manter seu novo salário. Se um homem foge quando está sob fiança e cruza a fronteira estadual para fazer um investimento brilhante em outro estado, ele poderá ser remetido de volta à prisão, mas ele manterá os lucros” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*; tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40).

mesma solução seria aplicada a todos os casos iguais. As regras e os princípios não permitiriam um juízo discricionário⁴⁵.

2.2.2. A hierarquia das normas na perspectiva de Robert Alexy

Robert Alexy evoluiu essa teoria de Dworkin.

De acordo com os ensinamentos de Robert Alexy, princípios e regras são espécies do gênero normas jurídicas, tendo em vista que os dois são formados por mandamentos, permissões e proibições. Robert Alexy, portanto, corrobora com a teoria que supera a ideia positivista que subtraía a normatividade dos princípios⁴⁶.

Diante disso, Alexy quebra a premissa de generalidade dos princípios frente às regras. Para ele, a generalidade não é o critério adequado para distinguir princípios de normas.

Nos ensinamentos de Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já as regras, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção

⁴⁵ É o que expõe Lenio Streck ao analisar a teoria de Dworkin: “Neste contexto deve ser compreendida a tese da resposta correta. Assim, a questão não é existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo, mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada.

Destarte, observa-se que em Dworkin o Direito é um conceito interpretativo. Entende que a prática jurídica é, primordialmente, interpretativa, uma vez que em juízo as partes conflitantes apresentam interpretações alternativas que pretendem dizer o Direito para o caso. Assim, a interpretação, para além de um caráter meramente instrumental, é imprescindível, é indissociável do fazer jurídico. Nestes termos, o Direito transcenderia os catálogos de princípios e regras, seria “*uma atitude interpretativa e autoreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido*” (STRECK, Lenio Luiz. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy*. Revista de Direito e Praxis. v. 4, n. 7, 2013. p. 343-367. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/html/3509/350944518017/> >. Acesso em: 25 set. 2018).

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.87.

entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não distinção de grau⁴⁷.

Alexy entende que os princípios são normas que determinam a realização de algo na medida do possível, tratando-se de mandamento de otimização. Considera-se que os princípios podem ser cumpridos em graus diferentes, sendo que sua medida de aplicação pode ser definida por possibilidades reais e jurídicas.

No que se refere às regras, Alexy entende que não há medida. As regras possuem determinações fáticas e jurídicas definitivas, apenas podem ser cumpridas ou não.

Com isso, a distinção entre regras e princípios não é de grau, mas uma distinção qualitativa.

Essa distinção entre regras e princípios fica mais clara quando se analisa as soluções apontadas por Alexy para conflitos de regras e colisões de princípios.

Com relação a esse ponto, ao contrário de Dworkin, Alexy permite a discricionariedade judicial, em que o sopesamento dos princípios em colisão geram a norma de direito fundamental atribuída⁴⁸. Por isso, o sopesamento de princípios não gera uma solução específica, mas uma norma de direito fundamental atribuída. Esta norma, apesar de não estar expressa na Constituição Federal, pode ser a ela atribuída⁴⁹.

Nas palavras de Robert Alexy, “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 90-91.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

⁴⁹ Analisando a teoria de Robert Alexy, Lenio Streck expõe: “Explicando melhor: Alexy apresenta este tipo de norma como sendo aquelas que, apesar de não serem expressas diretamente por enunciados da Constituição, *são normas que podem ser a ela atribuídas*. Isso decorre, segundo o autor, do caráter aberto das normas de direito fundamental tanto no nível semântico quanto no nível estrutural. Aliás, cabe registrar que, neste ponto, *aparece uma explícita aceitação à tese da discricionariedade judicial*. Assim, diz Alexy, na medida em que as *normas de direito fundamental atribuídas* são definidas pelos intérpretes da constituição, é preciso definir algo que confira validade a tais normas. Todavia, Alexy ressalta que *este fundamento de validade ‘não define um procedimento que leve, em todos os casos a somente um resultado’*. Isto porque a norma de direito fundamental atribuída representa o resultado do sopesamento dos princípios em colisão” (STRECK, Lenio Luiz. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Sworikin e não o é para Alexy*. Revista de Direito e Praxis. v. 4, n. 7, 2013. p. 343-367. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/html/3509/350944518017/> >. Acesso em: 25 set. 2018).

de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido⁵⁰.

Essa ponderação entre princípios é o que dará validade à regra no caso concreto. Isto é, a ponderação dos princípios cria uma norma de direito fundamental atribuída que permitirá que uma regra seja aplicada subsuntivamente ao caso concreto. E é a própria regra, não os princípios, que fornecerá uma solução para o caso concreto⁵¹.

2.2.3. Conclusão do tópico

Diante da análise e da conjugação dessas duas importantes doutrinas, pode-se obter algumas conclusões sobre a aplicação das normas jurídicas, o que será útil para o desenvolvimento do presente trabalho.

A partir das teorias de Dworkin e Alexy, a Constituição passa a ser um sistema aberto em que fazem parte os princípios e as regras, contendo valores jurídicos.

Diante das exposições acima, pode-se definir regras como atos objetivos, que prescrevem condutas, sendo uma questão de tudo ou nada, de aplicação ou não aplicação, sem meio termo. Com isso, uma vez verificada a conduta abstratamente prescrita, aplicar-se-á a regra, gerando uma conclusão.

Já os princípios não possuem a previsão de uma conduta, são previsões mais abstratas que não revelam uma questão de tudo ou nada, mas uma questão de graduação. São geralmente utilizados para a realização de ponderações, para apontar direções e resolver discussões jurídicas. Assim, os princípios podem apontar soluções diversas para uma mesma situação⁵².

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Sworkin e não o é para Alexy*. Revista de Direito e Praxis. v. 4, n. 7, 2013. p. 343-367. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/html/3509/350944518017/> >. Acesso em: 25 set. 2018.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 232, 2003. p. 148.

A seguir serão explorados os princípios e as normas aplicadas às empresas públicas e às sociedades de economia mista, levando-se sempre em consideração os ensinamentos aqui explorados sobre a interpretação das normas.

2.3 A exploração direta da atividade econômica pelo Estado

Tendo por base os estudos acima sobre a interpretação das normas, passa-se a analisar quais são as regras e princípios que incidem especificamente sobre as empresas estatais, iniciando-se com as previsões da Constituição Federal.

2.3.1. Previsões constitucionais

Em regra, a Constituição Federal prevê que todas as atividades econômicas são vedadas à iniciativa pública e livres à iniciativa privada (art. 1º, inc. IV; art. 170 e art. 173, CF).

Contudo, apesar de proibir a realização de atividade econômica pelo Estado em um primeiro momento, a Constituição Federal apresenta algumas exceções.

Em resumo, a Constituição possibilitou o exercício de atividade econômica pelo Estado em quatro hipóteses: serviços públicos econômicos, monopólios públicos, serviços públicos sociais e atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada (atividades concorrenciais)⁵³.

Para realizar a análise dessas exceções, este trabalho dividirá as exceções a essa regra em dois grupos: (i) as atividades de titularidade exclusiva do Estado, quais sejam, os serviços públicos e os monopólios públicos, conforme estabelecido pelo art. 177, CF; bem como (ii) as atividades econômicas previstas pelo art. 173, CF, e os serviços públicos sociais.

A diferença entre as duas exceções é muito evidente. Enquanto a exploração da atividade econômica do art. 177 da CF ocorre sem concorrência com a iniciativa privada, a exploração prevista pelo art. 173 da CF ocorre em concorrência com a iniciativa privada.

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017, p. 58.

2.3.2. Os serviços e os monopólios públicos

No primeiro caso, em que se incluem os serviços e monopólios públicos, a regra se inverte. O Estado é quem detém a titularidade exclusiva das atividades. Assim, enquanto o Estado pode exercer livremente as atividades, a iniciativa privada fica proibida de exercê-las.

A distinção entre serviço e monopólio público está no motivo dessa titularidade exclusiva do Estado. No que se refere aos serviços públicos, o motivo são as necessidades imediatas das pessoas, a dignidade humana, tal como o saneamento básico. Já com relação aos monopólios, trata-se de interesses estratégicos coletivamente, que envolvem interesses fiscais, tais como o petróleo e o gás natural.

Marçal Justen Filho⁵⁴ apresenta observação relevante sobre a diferenciação entre monopólios e serviços públicos.

O monopólio estatal não se confunde com o serviço público, porque não se destina a satisfazer, de modo direto e imediato, direitos fundamentais. No monopólio estatal, existe uma atividade econômica que, por razões políticas, e atribuída ao Estado.

A grande distinção reside no regime jurídico da exploração. O serviço público é prestado sob regime de direito público, o que envolve competências anômalas destinadas a permitir a satisfação dos direitos fundamentais. A atividade econômica monopolizada e exercitada sob regime de direito privado”.

Muito embora o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 apresente um equívoco sobre a definição de atividades econômicas⁵⁵, pode-se encontrar as atividades econômicas

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 683.

⁵⁵ O artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 equivocadamente acaba prevendo como atividades econômicas apenas os monopólios ou serviços públicos. Primeiramente o dispositivo menciona as empresas estatais como exploradoras de “atividade econômica de produção ou comercialização de bens **ou de prestação de serviços**”. Porém, acaba colocando como espécie de empresas estatais aquelas que presta atividades econômicas que “estejam sujeitas ao regime de monopólio da União **ou seja de prestação de serviços públicos**”. Sobre esse ponto, Alexandre Santos do Aragão faz importante anotação: “Em outras palavras, a Lei 13.303/2016 denomina as atividades econômicas sob publicatio em geral como monopólios ou serviços públicos, sinonimizando-os. A Lei não prima pela boa técnica, pois, mesmo que estivesse considerando equiparáveis os monopólios aos serviços públicos, não deveria ter se referido apenas aos monopólios da União, já que, se os monopólios são realmente todos federais (art. 177, CF), há obviamente serviços públicos de todos os entes da Federação. Não há, contudo, maiores consequências para a confusa redação adotada pelo legislador, já que, para além dos seus problemas técnico-taxonômicos, a Lei, pela largueza dos seus termos, deve ser considerada como se referindo a todas as estatais que explorem atividades econômicas *lato sensu*, inclusive

em que se incide o monopólio do Estado nas seguintes previsões da Constituição Federal: arts. 21, inc. XXII⁵⁶; art. 177⁵⁷; e art. 176⁵⁸. Ressalta-se que essa previsão é taxativa, apenas poderão ser monopolizadas pelo Estado as atividades expressamente previstas pela Constituição Federal.

Já com relação aos serviços públicos, as atividades não são taxativamente previstas pela Constituição Federal. Ainda que existam previsões constitucionais sobre os serviços públicos, tal como o serviço de gás canalizado previsto pelo art. 25, §2º, CF⁵⁹, podem ser criados por lei ou exercidos por meio do princípio da proporcionalidade.

Contudo, na prática, acaba ocorrendo certa confusão na identificação de cada figura, tendo em vista que muitas vezes uma atividade é essencial para a dignidade humana e, ao mesmo tempo, revela uma relevante estratégia para a nação. Como exemplo, Alexandre Santos de Aragão apresenta a transmissão de energia elétrica,

monopólios e serviços públicos de quaisquer entes da Federação” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017, p. 53).

⁵⁶ “Art. 21. Compete à União:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas
- d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;”.

⁵⁷ Art. 177. Constituem monopólio da União:

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

⁵⁸ “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”

⁵⁹ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”.

visto que pode “ser fundamental para que as pessoas tenham acesso à energia elétrica em suas casas, por outro também é estratégica para a segurança energética nacional”⁶⁰.

Vale ainda ressaltar que, nos casos vistos nessa primeira classificação, os particulares não podem ser titulares das atividades, mas podem eventualmente assumir a atividade por delegação.

Observa-se, ainda, que a ausência de concorrência com a iniciativa privada, faz com que algumas regras do direito privado não se apliquem às empresas estatais que exerçam monopólios e serviços públicos. Há a incidência de mais regras de direito público se comparado com as atividades concorrenciais previstas pelo art. 173, CF.

Ora, nesse caso, o Estado não atua como um empresário, não persegue unicamente o lucro, mas atua como um agente em busca de um interesse nacional, que não buscará a obtenção de recursos a todo custo⁶¹. Não há porque aplicar-se exatamente as mesmas regras aplicadas às empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam em concorrência com as empresas privadas⁶².

⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017, p. 53.

⁶¹ Nesse sentido, observa-se os relevantes ensinamentos de Ricardo Marcondes Martins: “Dito isso, retoma-se a premissa já fixada nesse estudo: quando a União, ou a empresa estatal instituída por ela, explora monopólios federais, não o faz como um empresário de mercado. Sua finalidade principal não é busca do máximo superávit econômico possível. A exploração dos monopólios federais, sendo atividades públicas, deve dar-se em prol da realização do interesse nacional. Uma empresa privada exploradora de atividade de recursos minerais tem interesse em extrair o máximo de recursos para, com isso, obter o maior lucro possível. A empresa estatal, mesmo se sociedade de economia mista, deve atuar em prol dos interesses nacionais, e é perfeitamente possível que seja de inter’ esse nacional diminuir a extração dos recursos para assegurar o adequado consumo interno das gerações futuras (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 82).

⁶² José Afonso da Silva, comentando os arts. 170 e 173 da CF, assinala que: “...os primeiros podem ser prestados ou explorados pelo Estado sem as limitações previstas no art. 170, que nada tem a ver com eles; efetivamente, não tem cabimento falar em princípio da subsidiariedade estatal em relação à exploração ou prestação de serviços públicos, assim como não comporta mencionar, a respeito deles, a regra de preferência da iniciativa privada; são atividades que podem ser monopolizadas, como o são em alguns casos; serviço postal e Correio Aéreo Nacional (art. 8º, XII), serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, vias de transportes entre portos marítimos e fronteiras nacionais (art. 8º, XV), seguro contra acidente no trabalho; outros não são monopolizados, mas a Constituição indica o dever de o Estado prestá-los, como os serviços de ensino (art. 176), assistência sanitária, médica e hospitalar (art. 165, XV e XVI). Já a exploração estatal de atividade econômica fica sujeita ao regime do art. 170, §§ 2o e 3o ” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 805).

2.3.3. As atividades concorrenciais

Na segunda exceção à vedação ao exercício de atividade econômica pelo Estado, estão as atividades econômicas previstas pelo art. 173, CF, e os serviços públicos sociais (atividades concorrenciais).

Nesses casos, ao contrário da exceção anterior, o Estado poderá atuar no mercado juntamente com os particulares, sendo que ambos podem exercer sua livre iniciativa.

O artigo 173 da Constituição Federal prevê que o Estado poderá, juntamente e em concorrência com a iniciativa privada, explorar diretamente a atividade econômica em sentido estrito quando for necessária: (i) aos imperativos de segurança nacional ou (ii) relevante interesse coletivo.

Assim, o art. 173 da Constituição Federal prevê a exploração de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Isto é, a decisão da Administração Pública de exercer determinada atividade econômica não impede que a iniciativa privada também o faça.

No entanto, essa atuação do Estado na atividade econômica em nenhuma hipótese pode afastar ou prejudicar a iniciativa privada. A livre iniciativa é um direito de liberdade e um fundamento da República e da ordem econômica (arts. 1º, inc. IV, e 170, da CF). Deve haver, portanto, justificativa relevante para a atuação do Estado em concorrência com a iniciativa privada⁶³.

Ademais, segundo a previsão constitucional que permite a sua existência, deve haver, ainda, lei específica que permita a atuação do Estado na atividade econômica (art. 173, CF).

Ainda que sejam atendidas as regras constitucionais e legais sobre a criação da empresa estatal, é indispensável a justificativa política de sua criação, sendo sempre essencial que essa atuação ocorra para atender a um interesse público, ou seja, para imperativos de segurança nacional ou para atendimento de um interesse

⁶³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 83.

coletivo⁶⁴. É inconstitucional a criação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista que vise unicamente o lucro, sem ser motivada por um interesse público.

O conceito de segurança nacional é previsto pela Lei nº 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, prevendo em seu artigo 1º que a Lei prevê crimes que violem a “integridade territorial e a soberania nacional”, o “regime representativo democrático” e a “pessoa dos chefes dos Poderes da União”.

Além disso, dentro dessa mesma exceção em que o Estado poderá exercer atividade econômica concomitantemente com a iniciativa privada, estão as atividades de interesse coletivo relevante.

Trata-se, conforme ensina Ricardo Marcondes Martins, de “princípios materiais relativos a bens coletivos”, que se diferenciam do interesse público. Ou seja, tutela-se um bem coletivo relevante para o interesse público⁶⁵.

Eros Roberto Grau⁶⁶ também faz anotação importante sobre o relevante interesse coletivo, apresentando as hipóteses que legitimam a atuação do Estado na atividade econômica: “(a) para suprir a incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado; (b) para suprir insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços; (c) para coibir situação de monopólio de fato; (d) para implantar a função social da propriedade (empresa) e a promoção do pleno emprego”,

Aqui estão, por exemplo, o meio ambiente e a estabilidade econômica. Também se encontram aqui os serviços públicos sociais, tais como educação (art. 209, CF), saúde (art. 199, CF), atividades culturais (arts. 6º e 227, CF). Observa-se que, nesses casos, ainda que o Estado esteja obrigado a executar as atividades, a iniciativa privada é livre para também executá-las.

64 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 85.

65 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 89.

66 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 283-284.

2.4 Criação e definição de empresas estatais: Lei nº 13.303/2016 interpretada conjuntamente com a Constituição Federal

Adentrando especificamente no estatuto jurídico das empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016, é imperioso observar que se trata de uma lei ordinária.

Isso significa que, essa lei não pode, em hipótese alguma, contrariar qualquer previsão constitucional. Grande parte da Lei nº 13.303/2016 é a própria consagração das previsões da Constituição Federal⁶⁷.

Disso decorre, ainda, a possibilidade de uma lei posterior alterar suas disposições. No entanto, em nenhuma hipótese a lei posterior alterará as disposições que são também previstas constitucionalmente, tal como a previsão do art. 2^o⁶⁸.

Todos os dispositivos da Lei das Estatais devem observar as previsões constitucionais.

O §1^o art. 2^o da Lei nº 13.303/2016, por exemplo, deve ser interpretado de acordo com toda a Constituição Federal. Não poderia se considerar, assim, que o §1^o do art. 2^o determina que quaisquer empresas estatais apenas poderiam ser criadas para atender relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conforme estabelecido pelo art. 173 da CF.

Independentemente das previsões da Lei das Estatais, as possibilidades de criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista se encontram na própria Constituição Federal. Diante disso, a interpretação correta do art. 2^o, §1^o, da Lei nº 13.303/2016, em observância à Constituição Federal, é de que as empresas

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *A lei 12.202/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária das empresas privadas*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 39-40.

⁶⁸“Art. 2^o A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1^o A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do [caput do art. 173 da Constituição Federal](#).

§ 2^o Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do [inciso XX do art. 37 da Constituição Federal](#).

§ 3^o A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2^o não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias”.

estatais, além do relevante interesse coletivo e do imperativo de segurança nacional, podem ser criadas nas hipóteses de monopólios e serviços públicos⁶⁹.

O mesmo art. 2º, §1º, da Constituição Federal, ainda prevê que a criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista dependerá de autorização legal.

Essa previsão reproduz o determinado pelo inc. XIX, do art. 37, da CF, que aduz que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

Com isso, a Constituição proíbe que uma empresa estatal seja criada por meio de autorizações genéricas, leis abrangentes, com conteúdo indeterminado. A lei deve determinar especificamente qual é o objeto da empresa estatal a ser criada. Ressalta-se, contudo, que a lei não precisa ser específica para a criação da empresa estatal, podendo envolver outros assuntos⁷⁰.

Uma observação sobre esse ponto é relevante. As empresas estatais não são criadas por lei, tal como as autarquias. As empresas estatais devem ser autorizadas por lei, a qual deve estabelecer, ainda, sua forma, seu prazo, a composição de seu capital, entre outras especificações. Isto é, não se trata de mera autorização, devendo conter o conteúdo para sua criação.

Ademais, para sua criação, não basta a lei autorizativa. Deve-se seguir as formalidades do direito privado para a criação de empresas com a forma societária que assumir.

Possuindo lei autorizativa, a criação das empresas estatais pode ser realizada por qualquer Estado-membro da Federação. Nos termos do mesmo art. 37, inc. XIX, União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem criar empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ainda, conforme já mencionado nesse trabalho, as empresas estatais podem assumir duas formas: empresa pública ou sociedade de economia mista. Tratam-se,

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *A lei 12.202/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária das empresas privadas*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 39-40.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 137-138.

como já exposto, de empresas utilizadas pelo Estado para o exercício das atividades econômicas, que integrarão a Administração Pública Indireta.

As empresas públicas são integrantes da Administração Pública Indireta que possuem personalidade jurídica de direito privado, em que seus sócios são apenas pessoas integrantes do Estado. São alguns exemplos de empresas públicas: Caixa Econômica Federal, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Serviço Federal de Processamento de dados, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, entre outros.

Essas empresas podem assumir qualquer forma societária (limitada, sociedade anônima, entre outras) e possuem capital exclusivamente público.

As empresas públicas são assim definidas pela Lei nº 13.303/2016:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, 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.

Já as sociedades de economia mista, também integrantes da Administração Pública Indireta, são formadas por conjugação de capital público e privado, sendo conduzidas por orientações do Estado. Diferentemente da empresa pública, sua forma societária apenas poderá ser a de sociedade anônima, nos termos definidos pelo art. 1º da Lei nº 6.404/1976.

Trata-se de uma sociedade de capital, em que o capital é dividido por ações, havendo limitação da responsabilidade dos sócios de acordo com o preço das ações adquiridas ou subscritas.

Com isso, a Lei nº 13.303/2016 apresenta a definição de sociedade de economia mista:

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, 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.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na [Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da [Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976](#).

São alguns exemplos de sociedades de economia mista: Banco do Brasil S.A., Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS, Banco da Amazônia S.A., entre outras.

Para concluir a definição de empresas públicas e sociedades de economia mista, Ricardo Marcondes Martins⁷¹ demonstra a diferença entre os conceitos:

O entendimento consolidado há muito na doutrina é que a distinção entre SEM e a EP assenta-se na existência ou não de capital privado. O capital da EP é exclusivamente público, enquanto o capital da SEM é necessariamente misto, parte é público e parte é privado. Chamar de SEM uma empresa que tenha só capital público é erro técnico grave. Pouco importa a origem dos recursos, se houver participação federal, estadual e municipal, de empresas federais, estaduais e municipais, e não houver capital privado, tratar-se-á de EP e não de SEM. Aliás, se o Poder Público optar por aceitar a participação privada, deverá, necessariamente, criar uma sociedade anônima”.

A Lei nº 13.303/2016 também se aplica às subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

A Constituição Federal, estabelece em seu art. 37, inc. XX, que “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

Dessa forma, em absoluta observância à Constituição Federal, o §2º, do art. 2º, da Lei nº 13.303/2016, aduz que depende também “de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 89.

No entanto, a Lei nº 13.303/2016 não definiu o conceito de subsidiárias das empresas estatais.

Contudo, da interpretação do inc. XX, art. 37, da CF, pode-se concluir que a subsidiária é a sociedade controlada, direta ou indiretamente, pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Isso porque o mencionado artigo impõe a necessidade de autorização legislativa para a criação de subsidiária de empresa pública ou sociedade de economia mista, “assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

Disso decorre que as subsidiárias se diferenciam das empresas privadas em que as empresas estatais detenham uma participação. Assim, subsidiária é sinônimo de empresa controlada, não se trata de mera hipótese de participação⁷².

O Decreto nº 8.945/2016, que regulamentou a Lei nº 13.303/2016, apresentou definição de empresas subsidiárias nesse mesmo sentido, prevendo em seu artigo 2º, inc. IV, que se trata de “empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista”.

Já o art. 6º do mesmo Decreto ainda prevê que a subsidiária poderá estar prevista na mesma “lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista controladora”.

Marçal Justen Filho⁷³ define o conceito de empresa subsidiária:

Para fins do art. 2º, §2º da Lei 13.303/2016, reputa-se que subsidiária é a sociedade na qual uma empresa pública ou sociedade de economia mista detenha participação societária que lhe assegure maioria dos votos em assembleia geral e a indicação da maioria dos administradores (Lei das S.A., art. 116, a).

Dito isso, é importante expor, ainda, que as empresas subsidiárias se submetem a regime jurídico semelhante ao das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Tendo em vista que se trata de uma empresa controlada por uma

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *A lei 12.202/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária das empresas privadas*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 50-51.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *A lei 12.202/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária das empresas privadas*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

empresa estatal, não se poderia aplicar regime jurídico diferente do aplicado a esta. Aplica-se, portanto, a própria Lei nº 13.303/2016.

Além de se aplicar o mesmo regime jurídico, a condição de subsidiária impõe que seu objeto social seja equivalente ao objeto social de sua empresa estatal controladora. É o que está previsto pelo Art. 7º, parágrafo único do Decreto nº 8.945/2016: “A subsidiária deverá ter objeto social vinculado ao da estatal controladora”.

Por fim, importante mencionar o conteúdo do Decreto nº 8.945/2016, criado para regulamentar a Lei nº 13.303/2016.

Em resumo, o Decreto tratou sobre a constituição, o regime societário e a função social das empresas estatais, bem como sobre a fiscalização do Estado e da sociedade em geral sobre as empresas estatais⁷⁴.

2.5 A diferença de regime em função da atividade exercida

A Constituição Federal, conforme estudado⁷⁵, prevê que as Empresas Estatais podem ser criadas para exercer atividade econômica ou para prestar serviços públicos.

Cria-se, a partir disso, uma indagação: as Empresas Estatais que prestam serviço público também se submetem ao estatuto jurídico criado pela Lei nº 13.303/2016?

Existem alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais distintos sobre a questão.

O art. 22, inc. XXVII, CF, prevê que as empresas estatais, no que se refere à licitação, devem observar o disposto no art. 173, §1º, inc. III, CF. Porém, este mesmo art. 173 trata apenas da atividade econômica exercida pelas empresas estatais, não fazendo qualquer referência às prestadoras de serviço público.

Não há como considerar que a Constituição Federal, ao diferenciar as duas atividades, não pretendeu tratar de forma diferente as empresas estatais que prestam

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Vide item 3.3.

serviço público e as empresas estatais que exercem atividade econômica. E essa diferenciação ocorreu justamente porque a CF buscou conferir às empresas estatais que exercem atividade econômica tratamento semelhante às empresas de direito privado⁷⁶.

A diferenciação entre as atividades possui um propósito. Ao exercer atividade em concorrência com o direito privado, não pode se conferir tratamento diferenciado à empresa estatal, tratando-a de forma desigual, seja porque as prerrogativas da Administração Pública a beneficie ou porque a não aplicação do direito privado a prejudique.

Ocorre que pode ser que a empresa estatal prestadora de serviço público não exerça a atividade exclusivamente, mas em concorrência com empresas privadas, ou exerça a atividade com um viés de atividade econômica. Nestes casos, obviamente, aplicar-se-á as mesmas regras referentes à empresa estatal que exerce atividade econômica. Ora, se há concorrência com a empresa privada ou se há atividade econômica, também deve haver tratamento equivalente⁷⁷.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 53-54.

⁷⁷ Esse também é o posicionamento de José Afonso da Silva: “Cumpra observar que a exploração dos serviços públicos, conforme indicado acima, por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles. Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, ou subsidiariedade, em relação à prestação de serviços públicos por entidades estatais ou por seus delegados. Portanto, também não comporta mencionar, a respeito deles, a preferência da iniciativa privada. Significa dizer, pois, que a empresa estatal prestadora daqueles e de outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime próprio das empresas privadas. A natureza das empresas estatais prestadoras de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público com diferenças importantes, quais sejam, a de não se sujeitarem inteiramente aos ditames do art. 175, pois não se lhes aplicam as regras de reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, e porque as entidades do próprio concedente, salvo, é claro, hipóteses de outorga dos serviços a empresa estatal de outra entidade pública (da União para o Estado, por exemplo, em que a característica de concessionária é mais nítida)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 802/803).

Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos também defendem a submissão das empresas estatais prestadoras de serviço público à Lei nº 13.303/2016. Apesar de dizer que se tratam de prestadoras de serviço público com viés de atividade econômica, não mencionam exatamente a qual regime as empresas estatais puramente de serviço público se submetem: “Atente-se para o fato de que o §1º do dito artigo 173 faz referência a uma lei que estabelecerá o estatuto jurídico das empresas estatais que ‘explorem atividade econômica: de produção ou comercialização de bens, ou de prestação de serviços’. A toda vista, os serviços a que alude não são os serviços públicos que constituem dever do Estado, mas serviços espécie de atividade econômica que é livre para a iniciativa privada. O regime jurídico constitucional dos serviços públicos tem como matriz sob o prisma da competência para a prestação o artigo 175. O artigo 173 versa exclusivamente sobre o regime jurídico de empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito (GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 20).

A Lei nº 13.303/2016, respeitando a Constituição Federal, manteve esse entendimento ao prever, em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo 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 públicos”.

Diante disso é possível concluir que a Lei nº 13.303/2016 faz referência às empresas estatais que exerçam atividade econômica, ainda que seja por meio de prestação de serviço público. Contudo, restam excluídas as empresas estatais puramente de prestadoras de serviços públicos⁷⁸.

Marçal Justen Filho exemplifica os casos em que as empresas públicas prestadoras de serviços públicos exercem atividade econômica ou atuam em regime de concorrência:

Portanto, a interpretação conforme a Constituição conduz à conclusão de que o dispositivo se refere aos casos em que uma empresa estatal explore um serviço público tal como se fosse uma atividade econômica. Essa hipótese ocorre, primeiramente, nos casos em que a estatal não integrar a mesma órbita federativa a que se referir o serviço público. Assim, por exemplo, considere-se a hipótese de sociedade de economia mista estadual que atua como distribuidora de energia elétrica (serviço público federal). Em tais hipóteses, a empresa estatal não se configura como uma simples extensão do ente político que a controla, eis que presta um serviço público de titularidade alheia

Em segundo lugar, hipóteses em que existam serviços públicos prestados em regime de competição. Nesse caso, a empresa estatal atua segundo modelo econômico privado. Essa situação se verifica especialmente no setor de energia elétrica. Há diversas empresas estatais federais (Furnas, Eletrobras e outras) que competem entre si pela obtenção de concessões e autorizações de titularidade da própria União⁷⁹.

A norma legal, assim, transcendeu a determinação da Constituição e incluiu no regime jurídico que preceitua as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos (

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 54.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 55.

Celso Antônio Bandeira De Mello⁸⁰ também entende pela necessidade de diferenciar o tratamento dado às empresas estatais exploradoras de atividade econômica do tratamento dado às empresas estatais prestadoras de serviço público:

70. Sem dúvida, a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconvincente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas que lhe são próprias inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam à obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos.

Daí porque o artigo em apreço decidiu que o adequado seria, em um estatuto próprio para tais entidades, legalmente estabelecido, fixar normas de licitação específicas para elas, obedientes apenas aos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – que são os nominadamente referidos na cabeça do art. 37), naturalmente sem as peias estritas que existem no regime licitatório comum do Poder Público e, como é de presumir, com hipóteses comuns do Poder Público e, como é de presumir, com hipóteses de dispensa e de inexigibilidade adaptadas às suas naturezas.

Note-se e ressalte-se: o estatuto legal de que fala o art. 173, §1º, diz respeito unicamente às exploradoras de atividade econômica. Deveras, não apenas o parágrafo está referido à exploração da atividade econômica, mas a própria cabeça do artigo – e que obviamente comanda a inteligência de seus parágrafos – reporta-se à ‘exploração direta de atividade econômica pelo Estado’. É tão claro ser disto que se trata que ali também se diz que a sobredita exploração ‘só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme declarados em lei’. Evidentemente, então, está a cogitar de coisa antiética aos serviços públicos e diversa deles, que estes são atividade normal do Estado, ao invés de excepcional, caso do exercício direto de atividade econômica, esfera reservada aos particulares (art. 170, IV, e notadamente parágrafo único do mesmo artigo).

72. Observa-se, todavia, que podem-se pôr, e pôr-se-ão, hipóteses em que realizar licitação aos mesmos termos que se aplicam ao Estado e à generalidade das entidades governamentais não traria inconveniente algum e não contenderia com as razões óbvias pelas quais a Constituição estabeleceu que as entidades estatais exploradoras de atividade econômica se submetteriam a um regime próprio.

É certo, então, que, quando sobrevir este ‘estatuto das exploradoras de atividade econômica’, a lei que o instituir não poderá ignorar tal circunstância, e mesmo que o faça prevalecerão as razões supra-aduzidas, porque têm suporte constitucional”.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 208-210.

O STF também já reconheceu o regime jurídico diferenciado das empresas estatais prestadoras de serviços públicos quando não atuam em competição com as empresas privadas⁸¹.

O RE 627.051⁸², por exemplo, reconheceu a aplicação de imunidade recíproca com relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), sob o fundamento de que se trata de empresa estatal puramente prestadora de serviço público. Concluiu-se que, ainda que a ECT realize certas atividades em concorrência, sua essência é pública. Ao reconhecer a imunidade tributária, afastou-se, portanto, a aplicação de regime diferenciado à ECT, aproximando-a da Administração Pública Direta.

Esses são os termos do julgado:

Entre os outros argumentos por mim suscitados no referido RE nº 601.392/PR, destaco o reduzido potencial concorrencial dos Correios. A obrigatoriedade de prestar serviços em todo o território nacional, mormente onde a atividade se afigura manifestamente deficitária, impede o acúmulo de capital. Resta, a toda evidência, frustrada a tese de que a desoneração dá ensejo à uma concorrência desleal.

Diante do exposto, firme no entendimento de que a Corte reconhece a imunidade recíproca em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), seja pela impossibilidade de se separarem topicamente as atividades concorrenciais, seja por entender que o desempenho delas não descaracteriza o viés essencialmente público de suas finalidades institucionais, dou provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.

⁸¹ “(...) 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas” (ADI 1642/MG, Tribunal Pleno, Relator Eros Grau, julgamento 03/04/2008, publicação 19/09/2008).

⁸² STF, RE 627.051/PE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento 12/11/2014, publicação 11/05/2015.

No mesmo sentido, a ADIN nº 1.552-4 reconheceu que “as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias – CF, art. 173, §1º⁸³. Nesse caso, o STF ressaltou que se aplicam as regras de direito privado às empresas estatais que exerçam atividade econômica e que não estejam em regime de monopólio, demonstrando que existe diferença de regime.

Entretanto, é possível encontrar posicionamentos contrários na doutrina. Há quem defenda a ausência de qualquer diferenciação no regime jurídico das empresas estatais, sejam as que exercem atividade econômica ou as que prestem puramente serviço público⁸⁴.

Nesse sentido, é o entendimento exposto pelo jurista Eros Roberto Grau⁸⁵:

A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica.

Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço em regime de concessão ou permissão.

(...)

Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribui a significação de gênero no qual se inclui a espécie serviço público.

Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ele atribui significação de espécie.

Daí a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.

Entretanto, conforme exposto, a Lei nº 13.303/2016 expressamente tratou das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade

⁸³ STF, ADIN nº 1.552-4, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, publicação 14/04/1998)

⁸⁴ Esse é o entendimento de Ana Cristina Fecuri: “Do apanhado de ideias acima explicitadas pode-se chegar à conclusão, até que porventura haja um posicionamento definitivo do Poder Judiciário a respeito do tema, que a diferenciação entre Estatais ‘exploradoras de atividade econômica’ e ‘prestadoras de serviço público’, que sempre foi utilizada para definição do regime jurídico aplicável, perde, com a edição desta Lei, a grande relevância jurídica revestida” (FECURI, Ana Cristina. *A Nova Lei das Estatais: Aspectos Gerais Licitatórios e Contratação Direta*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 181).

⁸⁵ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 100.

econômica, permanecendo submetidas à Lei nº 8.666/1993 as empresas estatais prestadoras de serviço público em regime de exclusividade.

Não haveria razão em aplicar-se às empresas estatais puramente prestadoras de serviço público a Lei nº 13.303/2016. Essas empresas possuem características que as aproximam mais da Administração Pública direta do que das empresas privadas. Não havendo competição, perde-se o motivo para aplicação da Lei das Estatais, haja vista que não serão prejudicadas pelo dinamismo da iniciativa privada.

2.6 Aplicação dos princípios da atividade administrativa

O regime jurídico administrativo, por um lado, compreende prerrogativas, tais como cláusulas exorbitantes, poder de polícia, poderes expropriatórios, autoexecutoriedade, entre outros.

Por outro lado, o regime jurídico administrativo impõe limitações e controles à Administração Pública como, por exemplo, exigência de licitação, dever de motivação dos atos administrativos, controle por tribunal de conta, exigência de concurso público etc⁸⁶.

Em um primeiro momento, as prerrogativas não alcançam as empresas estatais, uma vez que, com relação às exploradoras de atividade econômica e às que atuam em mercado competitivo, as prerrogativas revelariam uma vantagem desproporcional e caracterizariam concorrência desleal⁸⁷.

Já com relação às limitações, é necessária uma análise mais aprofundada sobre o tema, analisando-se, ainda, os princípios inerentes à atividade administrativa e como eles atingem as empresas estatais.

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 178.

⁸⁷ Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho: “O intuito do Constituinte não é fácil de explicar. Se as empresas paraestatais tivessem prerrogativas e vantagens específicas do Estado, teriam elas muito maiores facilidades que as empresas privadas e, por certo, causariam a ruptura do postulado da livre concorrência e do equilíbrio do mercado. Desse modo, quis deixar expresso o fato de serem instituídas, controladas e fiscalizadas pelo Estado não será idôneo para colocá-las em vantagem perante as suas congêneres privadas. Ao revés, assim como poderiam usufruir as vantagens destas, teriam que também suportar seus ônus e dificuldades. Esse que é o espírito do dispositivo” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 945)

Muitas dessas exigências impostas à Administração Pública não são estranhas à iniciativa privada, não sendo estranhas também, portanto, às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Em empresas privadas, muitas vezes, por uma questão de eficiência, economicidade, transparência, celeridade, imparcialidade, proporcionalidade, adotam procedimentos similares às exigências e princípios que permeiam a Administração Pública.

É o que expõe Alexandre Santos De Aragão⁸⁸:

Devemos observar, antes de tudo, que o espírito que anima grande parte dessas exigências, apesar de não serem juridicamente obrigatórias no universo privado, de forma alguma lhe é estranho, muito pelo contrário, sobretudo nas grandes organizações. Muitas vezes, por autoexigências corporativas, os dirigentes das empresas privadas são, por exemplo, obrigados a realizar procedimentos seletivos para escolha de seus empregados e das empresas a serem contratadas, bem como a motivar profundamente suas decisões empresariais mais relevantes”.

Com isso, nota-se que os princípios do direito administrativo não são distantes da atividade das empresas privadas, assim como das empresas públicas e sociedades de economia mista, principalmente quando assumem a forma de sociedade anônima.

A principal diferença entre as atividades da Administração Pública e as atividades privadas seria o fato de que os seus proprietários perseguem vantagens econômicas,

Dito isso, analisar-se-á como os princípios previstos pelo art. 17, da Constituição Federal, que permeiam as atividades administrativas, se aplicam às empresas estatais.

Conforme já exposto⁸⁹, os princípios são adaptáveis, o que permite que se adequem de acordo com as atividades envolvidas. Com isso, independentemente do regime jurídico prevalente, a Administração Pública deve sempre observar os princípios trazidos pelo art. 37 da Constituição Federal.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 179.

⁸⁹ Vide o exposto no item 3.2.

Iniciando pelo princípio da legalidade, este deve ser aplicado às empresas estatais de forma atenuada. Seria inviável durante o desempenho de atividades econômicas, em que se exige celeridade e eficiência, exigir que as empresas estatais apenas exercessem determinada atividade se existisse lei autorizativa para tanto.

A lei que se exige para as empresas estatais é a lei autorizativa para a sua criação, que também prevê o objeto de suas atividades, conforme previsto pelo art. 37, inc. XIX, CF⁹⁰. Com isso, desde que esteja abarcada pelo objeto da lei autorizativa de sua criação, a empresa estatal poderá atuar.

Trata-se, portanto, de observância do princípio da legalidade em sua forma negativa. Cumpre observar, no entanto, que as empresas estatais, obviamente, jamais poderão atuar contra o Direito.

No que se referem aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, não se tratam de princípios estranhos à atividade das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Deve-se observar, em respeito aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, respectivamente: (i) o impedimento de obtenção de privilégios ao administrador baseados em seu interesse pessoal; (ii) o dever de o administrador ser um bom gestor para a empresa; e (iii) a busca dos melhores resultados e dos menores ônus à empresa.

Com relação aos princípios mencionados, existe uma diferenciação se comparado com a Administração Pública direta. As empresas estatais obedecerão a esses princípios para, então, além dos interesses públicos, buscarem os interesses financeiros de seus acionistas.

No entanto, essa mesma diferença é colocada se comparadas as empresas estatais com as empresas privadas. As empresas estatais, além dos interesses financeiros que também são seguidos pelas empresas privadas, possuem os interesses públicos.

Diante disso, aplicam-se às empresas estatais os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, como forma de fortalecer a própria governança corporativa privada. Isto é, somam-se as preocupações com a governança da

⁹⁰ Vide item 3.4.

empresa e a preocupação com os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, permitindo o seu controle pelos próprios cidadãos⁹¹.

O próprio Estatuto das empresas estatais positivou essa preocupação com a governança corporativa e com os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência. Por exemplo, (i) o art. 9º, que trata de gestão de riscos; (ii) o art. 9º, §1º, que trata sobre Código de Conduta e Integridade; (iii) o arts. 9º, §3; e 24, que tratam sobre auditorias; os arts. 13, inc. III; 18, inc. IV; e 23, que tratam sobre metas dos diretores, entre outros.

Por fim, o princípio da publicidade também é inquestionavelmente aplicado às empresas estatais. Aplica-se este princípio como forma de se observar, mais uma vez, a governança corporativa e a transparência.

O art. 1º, inc. II, da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), prevê expressamente que as empresas públicas e sociedades de economia mista devem observar o princípio da publicidade:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no [inciso XXXIII do art. 5º](#), no [inciso II do § 3º do art. 37](#) e no [§ 2º do art. 216 da Constituição Federal](#).

(...)

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No entanto, essa mesma lei, em seu art. 22, estabelece uma certa atenuação do princípio da publicidade aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista:

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes

⁹¹ Nesse sentido, explica Alexandre Santos de Aragão: É sob essa perspectiva que os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência devem ser aplicados às empresas estatais, como um aperfeiçoamento e fortalecimento da sua governança corporativa exclusivamente privada, podem ser controlados, não apenas por seus sócios, mas em tese por qualquer cidadão (ação popular, denúncias aos tribunais de contas e etc.), considerando também que os interesses das estatais são mais amplos que os das organizações empresariais privadas (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 191).

da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

Se por um lado, tal atenuação se mostra importante para o desempenho das atividades econômicas, por outro lado pode abrir espaço para as empresas estatais tentarem se esquivar do princípio da publicidade.

Algumas observações, portanto, fazem-se importantes. A atenuação prevista pelo art. 22 da Lei do Acesso à informação apenas será aplicada às empresas estatais que atuem em concorrência com empresas privadas. Trata-se de importante sigilo comercial, estratégico, para garantir sua eficiência no mercado.

Essa atenuação, portanto, não se aplica às empresas estatais que atuem em regime de exclusividade, já que, inexistindo concorrentes, inexistente também a necessidade de sigilo comercial.

Esse sigilo estratégico e comercial também é previsto pela Lei nº 13.303/2016, em seu art. 86, §5º, que determinou a elaboração de regulamento para definir os seus critérios:

Art. 86. As informações das empresas públicas e das sociedades de economia mista relativas a licitações e contratos, inclusive aqueles referentes a bases de preços, constarão de bancos de dados eletrônicos atualizados e com acesso em tempo real aos órgãos de controle competentes.

(...)

§ 5º Os critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial serão estabelecidos em regulamento

Também com relevância à publicidade, os artigos 85 e 87, §3º, da Lei nº 13.303/2016⁹², tratam do controle exercido pelos tribunais de contas sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁹² “Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

§ 1º Para a realização da atividade fiscalizatória de que trata o caput, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessários à realização dos trabalhos, inclusive aqueles classificados como sigilosos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, nos termos da [Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#).

§ 2º O grau de confidencialidade será atribuído pelas empresas públicas e sociedades de economia mista no ato de entrega dos documentos e informações solicitados, tornando-se o órgão de controle com o qual foi compartilhada a informação sigilosa corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

Esses dispositivos garantem que as cortes de contas tenham amplo acesso às contas, licitações e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesses casos, se existe alguma necessidade de sigilo estratégico com relação à concorrência, esse sigilo será determinado pela própria empresa estatal no momento da entrega dos documentos à corte de contas, a qual deverá obedecer a necessidade de sigilo⁹³.

2.7 O regime jurídico híbrido das empresas estatais

O artigo 173, §1º, da Constituição Federal de 1988, previu aplicação do direito privado às empresas estatais, ao estabelecer que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Entretanto, não é possível concluir pela incidência total e prevalente do regime jurídico de direito privado. Isso porque, por outro lado, conforme exposto no capítulo anterior⁹⁴, a Constituição de 1988, em seu artigo 37, também reconheceu

§ 3º Os atos de fiscalização e controle dispostos neste Capítulo aplicar-se-ão, também, às empresas públicas e às sociedades de economia mista de caráter e constituição transnacional no que se refere aos atos de gestão e aplicação do capital nacional, independentemente de estarem incluídos ou não em seus respectivos atos e acordos constitutivos.

Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.

(...)

§ 3º Os tribunais de contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, a qualquer tempo, documentos de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no Brasil e no exterior, obrigando-se, os jurisdicionados, à adoção das medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”.

⁹³ Nesse sentido, é o que ensina Alexandre Santos de Aragão: “Com a edição do Estatuto das Estatais, entendemos que a discussão deva ser inteiramente pacificada no sentido do amplo acesso das cortes de contas às licitações e contratos das estatais, mesmo que sejam sigilosas nos termos da LAI, já que os arts. 85 e 87, §3º, do Estatuto lhes assegura ‘acesso irrestrito’ em tudo que for necessário para a aferição da legitimidade da aplicação dos seus recursos, inclusive por empresas estatais com sede no exterior ou transnacionais, neste caso proporcionalmente ao que capital nacional que possuem (art. 85, §3º). O grau de sigilo a ser transferido aos tribunais de contas, quando existente, será determinado, no entanto, pela empresa estatal ao fornecer-lhes os documentos, não pelas cortes de contas competente, que deverá se limitar a observar as normas de manutenção de tal sigilo (art. 85, §2º, c/c art. 86, §4º)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 199).

⁹⁴ Vide item 2.4.

expressamente a incidência dos princípios da Administração Pública sobre as empresas estatais. O mesmo artigo 37, em seu inciso XXI, também impõem às empresas estatais submissão às regras de licitação.

Disso decorre que, além das regras de direito privado, se incidem princípios e regras de direito público às empresas estatais.

Ora, se a empresas estatais fazem parte do próprio Estado, sendo integrantes da administração indireta, não poderia se considerar que se aplicam a elas apenas as regras de direito privado.

Mesmo sendo empresas de direito privado, as empresas estatais não são idênticas às empresas privadas. É evidente que, havendo capital e controle do Estado, há a necessidade de aplicação de certas regras do direito administrativo, tais como as regras de licitação. Uma vez que se trata de capital público, não poderia se considerar que as empresas estatais podem dispor livremente do capital, tal como uma empresa privada. A submissão das empresas estatais apenas às regras do direito privado poderia abrir espaço para a corrupção.

Considerar que a empresa estatal – que, como o próprio nome diz, além de empresa é “estatal” – é uma empresa privada que busca apenas o lucro, a vantagem econômica, seria uma clara violação à Constituição Federal⁹⁵.

O Estado é o próprio controlador, total ou da maior parte, da empresa estatal. Há, portanto, um inegável vínculo com o Estado. Em nenhuma hipótese poderia se

⁹⁵ Esses são os ensinamentos de Ricardo Marcondes Martins: “À guisa de conclusão, as ‘empresas estatais’ não são ‘empresas’, no sentido preconizado pelos privatistas, pois são incompatíveis com a atividade lucrativa. São entidades estatais e, como tais, não podem ter por finalidade principal obter maior vantagem econômica. O conceito de ‘empresa’, em relação a elas, exige uma mutação de significado, uma reconstrução, tendo em vista o Direito Administrativo que preside a atuação estatal. Se nem empresas são, o signo que orienta o regime jurídico, na expressão ‘empresa estatais’, não “ ‘empresa’, mas ‘estatal’. São estatais – essa é a essência -, apesar de ‘empresas’ – é o acidente, o instrumento, o secundário, o acessório. Serão estatais, apesar de empresas” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 36).

Boa parte da produção doutrinária é viciada, pois viola essa diretriz fundamental e compreende as empresas estatais com ênfase no aspecto empresarial. Considera-se ‘empresas’, apesar de ‘estatais’. Não percebe a necessidade de mutação do conceito de empresa, quando o signo é aplicado a entes públicos, e defende a extensão a elas do conceito privado de empresas. Os resultados são desastrosos: atribuí-lhes regime jurídico absolutamente equivocado. O atentado à Constituição é manifesto: o Estado é equiparado a um particular, torna-se um ‘empresário a mais no mercado’ em busca de ‘lucro’. É a total impressão do conceito de Estado e do regime da função pública” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 36).

excluir a aplicação do direito administrativo, sendo totalmente incompatível a prevalência absoluta do direito privado.

São típicos exemplos da incidência das regras de direito público, a necessidade de realização de prestação de contas ao Tribunal de Contas e necessidade de licitação (havendo algumas exceções que serão demonstradas no próximo capítulo deste trabalho).

Por outro lado, é evidente que também incidem as regras de direito privado. Para atuar no mercado de forma mais eficiente e mais célere, o Estado necessita de uma maior flexibilidade. Essa flexibilidade não pode ser alcançada com as regras do direito público, sendo essencial a incidência também das regras tipicamente de direito privado⁹⁶.

Disso decorre, portanto, o regime jurídico híbrido e atípico das empresas estatais⁹⁷. As empresas estatais não são completamente de direito privado ou completamente de direito público. Sobre elas, incidem tanto regras de direito privado, quanto regras de direito público, formando um único sistema.

Contudo, não se aplicam às empresas nenhum dos sistemas de forma integral. O direito público e o direito privado não são aplicados às empresas estatais da mesma forma que são aplicados, respectivamente, à Administração Pública e às empresas privadas. Uma vez que são conjugados, a soma dos elementos de direito privado e direito público faz com que eles se alterem, deixando de possuir as mesmas características qualitativas que possuem isoladamente.

⁹⁶ Ricardo Marcondes Martins também faz observação importante sobre esse ponto: “A submissão das empresas estatais às amarras do Direito Administrativo, apesar de necessária para evitar a corrupção, foi logo criticada por muitos. O Estado, ao atuar no mercado, deveria ter mais flexibilidade. O regime autárquico, em boa parte estendido pelo texto constitucional originário às empresas estatais, impedia uma atuação ‘eficiente’. Esse discurso ganhou força com o avanço da política neoliberal, sobretudo no Governo de Fernando Henrique Cardoso (1995 a 2003)” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 48).

⁹⁷ Sobre o regime jurídico híbrido, Alexandre Santos de Aragão ensina que: “Sob essa perspectiva, o mais correto em relação ao regime jurídico das empresas estatais é afirmar que não é propriamente nem de Direito Privado, nem de Direito Público, tampouco de direito privado com derrogações de direito público: trata-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem sobre o geral dos organismos públicos” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 165-166).

Ademais, a conjunção desses elementos não possuem os mesmos efeitos sobre todas as empresas estatais. Cada empresa possui suas características próprias, alterando os efeitos dos regimes do direito público e do direito privado sobre elas. Trata-se, portanto, de um regime não uniforme, em que cada empresa estatal acaba tendo seu regime jurídico próprio, especializado e compatível com cada uma das suas características⁹⁸.

O novo Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016) unificou, em certa medida, o regime jurídico das empresas estatais. No entanto, ainda assim, os regimes jurídicos de cada empresa ainda são únicos e especializados⁹⁹.

Alguns fatores podem influenciar as peculiaridades do regime jurídico de cada empresa estatal. Por exemplo, o nível de independência financeira da empresa, do que decorre maior ou menor incidência das regras de direito privado¹⁰⁰.

Para facilitar a análise sobre os momentos em que devem incidir as regras de direito público ou as regras de direito privado, Ricardo Marcondes Martins apresenta sistemática que facilita o entendimento.

Nas palavras de Ricardo Marcondes Martins¹⁰¹:

Nos termos aqui explicitados, a submissão da Administração Pública, seja direta, seja indireta, a regras de Direito privado constitui, quando não alicerçada num fundamento racional, 'fuga para o direito privado'. A fuga é ilícita, pois inconstitucional. No caso das empresas estatais exploradoras de atividade econômica há dois fundamentos racionais para a incidência de regras privadas. Primeiro: sempre que as regras públicas inviabilizarem a própria exploração da atividade econômica, incidirão as regras privadas. Se a Constituição Federal autorizou a exploração, não se pode, por via transversal, impedi-la. Segundo: sempre que as regras públicas tornarem a concorrência com as empresas privadas desleal, incidirão as regras privadas. Esta última é, como aqui já assentado, a chave para a compreensão do inciso II do §1º do artigo 173 da CF/88: 'a sujeição ao regime próprio das empresas privadas' dá-se para possibilitar a leal concorrência entre as empresas

⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 167-168.

⁹⁹ Alexandre Santos de Aragão, também sobre esse ponto, ensina: "Na verdade, não temos um regime jurídico das empresas públicas, ou um regime jurídico das sociedades de economia mista, mas, ao revés, apesar de muitos pontos em comum, ainda mais após a edição do Estatuto das Estatais, quase tantos regimes jurídicos quanto empresas públicas e sociedades de economia mista existentes" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 168).

¹⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 169.

¹⁰¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 36.

estatais e as empresas privadas. Apenas o primeiro critério aplica-se aos monopólios federais, à exploração da atividade econômica fundamentada no artigo 177 da CF/88. Ambos os critérios se aplicam à exploração da atividade econômica fundamentada no caput do artigo 173 da CF/88. Nos dois casos inexistente 'fuga para o Direito privado', mas válida incidência de regras privadas. Quando não presentes esses critérios, as empresas estatais são regidas pelo direito público”.

Diante do exposto, para entender o regime jurídico das empresas estatais, em síntese, deve-se ter em mente que essas empresas precisam de liberdade para atuar no mercado de forma eficiente e, ao mesmo tempo, devem ser controladas para que a liberdade fornecida não seja desvirtuada¹⁰².

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 174.

3. HIPÓTESES PREVISTAS PELA LEI Nº nº 13.303/2016 DE CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO

Após estudar a interpretação das normas e as disposições legais e constitucionais aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista, passa-se a estudar especificamente as hipóteses de realização de contratação direta pelas empresas estatais, tendo como foco a nova figura criada pelo Estatuto das Empresas Estatais: a inaplicabilidade de licitação.

3.1 Previsão constitucional de licitação prévia

O art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal¹⁰³ estabeleceu, como regra geral, a necessidade de licitação prévia para as contratações realizadas pela Administração Pública. Da mesma forma, o art. 175 da CF/88, ao dispor sobre concessões e permissões, também estabelece a obrigatoriedade de licitação.

Isso porque a Administração Pública não possui a mesma liberdade dos particulares para realizar contratações e execuções de obras e serviços públicos, bem como alienações, locações e aquisições de bens.

Ao contrário dos particulares, a Administração Pública precisa garantir a maior vantajosidade de suas contratações, sempre observando a impessoalidade e a isonomia entre os particulares aptos a participarem da competição¹⁰⁴, o que é alcançado por meio da licitação.

Assim, o procedimento licitatório é realizado por meio de um ato administrativo prévio, disciplinado por lei e conduzido por um órgão competente, que prevê critérios

¹⁰³ “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”.

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 532.

objetivos para que a Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa, buscando sempre o desenvolvimento sustentável e observando a isonomia.

Com isso, permite que os interessados, em competição isonômica, apresentem proposta perante à Administração Pública para a execução de um determinado contrato.

Diante dos critérios objetivos e as formalidades do procedimento licitatório, a liberdade do administrador público em escolher um particular para contratação é reduzida drasticamente, não havendo, em regra, subjetividade nessa seleção.

Todos os critérios objetivos buscam a vantajosidade para Administração Pública, resultante de uma conjugação entre menor onerosidade e melhor qualidade. Busca-se portanto, o melhor custo benefício.

3.2 Possibilidade de contratação direta pela Administração Pública

Porém, a própria Constituição também criou a possibilidade de contratação direta em algumas hipóteses estabelecidas por lei, limitando a necessidade de licitação. Isso porque, nesses casos, a exigência de licitação formal impossibilitaria interferiria no exercício adequado das funções estatais.

3.3 Exigência de licitação pela Lei nº 13.303/2016

Conforme demonstrado¹⁰⁵, a criação de empresas estatais é o meio de o Estado exercer diretamente atividade econômica. O art. 173 da Constituição Federal permite essa intervenção do Estado sempre que necessária para imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

O §1º, inc. III, do mesmo art. 173 da Constituição Federal, prevê que lei específica disporá sobre licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações realizadas pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, observados os princípios da Administração Pública.

¹⁰⁵ Vide item 3.3.

No mesmo sentido, o art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal, também prevê um regime diferenciado para as licitações instauradas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista.

Diante disso, o art. 1º, §2º, da recente Lei nº 13.303/2016, previu a aplicação das regras de licitações e contratações – dispostas nos Capítulos I e II do Título II da mesma Lei – às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que explorem atividade econômica, mesmo que estejam sujeitas ao regime de monopólio da União ou que prestem serviço público.

Verifica-se, assim, que a realização de licitação é a regra para as contratações das empresas estatais. Com isso, por meio de ampla disputa e tratamento igualitário, garante a maior vantajosidade e segurança jurídica para as contratações das empresas estatais. Garante-se, ainda, o amplo controle interno e externo de todos os atos administrativos praticados pelas empresas estatais¹⁰⁶.

3.4 Aplicação subsidiária da Lei nº 8.888/1993

Com isso, uma vez que a Lei das Estatais prevê a realização de licitação pelas empresas estatais, deve-se considerar que aplica-se a Lei nº 8.666/1993 subsidiariamente?

A resposta apenas pode ser não. A Lei nº 13.303/2016 prevê seu próprio regime licitatório, afastando a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 – que era a lei aplicada às empresas estatais antes da edição da lei nº 13.303/2016, tendo em vista a demora do legislador em criar o Estatudo.

Algumas previsões da Lei nº 13.303/2016 fazem referência à Lei nº 8.666/1993. O art. 41 da Lei nº 13.303/2016 estabelece a aplicação subsidiária dos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666/1993, que tratam especificamente sobre a tutela penal no âmbito das licitações e dos contratos administrativos. Da mesma forma, por força do art. 55 da Lei nº 13.303/2016, aplica-se de forma subsidiária o critério de desembate estipulado pelo artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

¹⁰⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?* Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 18. 29, jan. 2018.

Isso não significa, contudo, que deve se aplicar subsidiariamente a Lei nº 8.666/1993 ao Estatuto das empresas estatais. Obviamente que, havendo situações em que ocorra identidade entre as duas leis, deve-se tratá-las de forma semelhante, uniforme¹⁰⁷.

Vale notar que o afastamento da incidência subsidiária da Lei nº 8.666/1993 não exclui a hipótese de que essa mesma lei possa ser aplicada por meio da hermenêutica¹⁰⁸, tal como previsto pelo art. 4º Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942)¹⁰⁹.

3.5 Previsão de contratação direta pela Lei nº 13.303/2016

Contudo, nos termos garantidos pela Constituição Federal¹¹⁰, a Lei nº 13.303/2016 previu a possibilidade de três hipóteses de contratação sem licitação: inexigibilidade de licitação, dispensa de licitação e inaplicabilidade de licitação.

Com relação à inexigibilidade de licitação e à dispensa de licitação, a Lei nº 13.303/2016 seguiu o modelo previsto pela Lei nº 8.666/93. No entanto, trouxe algumas alterações¹¹¹.

Já a inaplicabilidade de licitação, foi uma criação da própria Lei nº 13.303/2016, positivando o entendimento anteriormente estabelecido pela doutrina e pela jurisprudência.

3.6 Dispensa de licitação

A dispensa de licitação foi prevista pelo art. 29 da Lei nº 13.303/2016¹¹².

¹⁰⁷ FECURI, Ana Cristina. *A Nova Lei das Estatais: Aspectos Gerais Licitatórios e Contratação Direta*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 183-184.

¹⁰⁸ FECURI, Ana Cristina. *A Nova Lei das Estatais: Aspectos Gerais Licitatórios e Contratação Direta*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 183-184.

¹⁰⁹ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹¹⁰ Vide item 4.1.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 298.

¹¹² “Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que

não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) 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 realizado de uma só vez; III - quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas; IV - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; V - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; VI - na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; 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; VIII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

IX - na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; X - na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público. XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social; XII - na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; XIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista; XIV - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos [arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004](#), observados os princípios gerais de contratação dela constantes; XV - em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º; XVI - na transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta; 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; XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

§ 1º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput, a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992](#).

3.6.1. Definição de dispensa de licitação

O instituto da dispensa de licitação não revela uma inviabilidade de competição que impossibilite a promoção da licitação. A dispensa se revela aplicável aos casos em que é viável a licitação pública, tendo em vista que é possível estabelecer competição entre os licitantes. Contudo, tratam-se de casos em que a imposição de licitação poderia causar gravames ao poder público¹¹³.

A dispensa de licitação revela um juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador. Em determinadas situações, identificou-se que, diante de outros interesses públicos envolvidos, a adoção do procedimento licitatório revelaria um resultado incompatível com os benefícios pretendidos¹¹⁴.

Com isso, o rol das hipóteses de dispensa de licitação é taxativo, ou seja, depende de autorização legislativa. Tendo em vista que não existe uma impossibilidade de realizar a licitação, a dispensa só pode ocorrer quando ocorrer expressa autorização legal.

3.6.2. Reprodução de hipóteses de dispensa previstas pela Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 13.303/2016 praticamente reproduziu as hipóteses de dispensa contempladas pela Lei nº 8.666/1993. Isto é, pretendeu-se aplicar às empresas estatais entendimento muito semelhante ao adotado pela Lei de Licitações¹¹⁵.

No entanto, as hipóteses de dispensa trazidas pela Lei nº 13.303/2016 não são totalmente idênticas às hipóteses da Lei nº 8.666/1993. A Lei nº 13.303/2016 não

§ 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”.

¹¹³ Sobre o tema, são os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr: “Portanto, visando a evitar o sacrifício ou o gravame, o legislador autoriza o agente administrativo a não proceder à licitação pública, para o efeito de firmar o contrato administrativo de modo direto, o que acaba por minimizar o princípio da isonomia” (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 231)

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 306-307.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 361.

recepcionou algumas das hipóteses de dispensa previstas pela Lei nº 8.666/1993, impedindo-se a aplicação supletiva desta para configuração de dispensa em contratações das empresas estatais¹¹⁶.

3.6.3. As hipóteses de dispensa previstas pela Lei nº 13.303/2016

Apesar de não ter recepcionado todas as hipóteses de dispensa de licitação previstas pela Lei nº 8.666/1993, todas as hipóteses de dispensa contempladas pela Lei nº 13.303/2016 são também previstas pela Lei nº 8.666/1993, existindo algumas poucas inovações¹¹⁷.

Uma das inovações sobre dispensa trazidas pela Lei nº 13.303/2016 está em seu art. 29, incs. I e II, que prevê a dispensa de licitação para obras de engenharia com o valor de até R\$100.000,00 e de até R\$50.000,00 para outros serviços, desde que não ocorra o parcelamento do objeto. Este item é similar ao art. 24, inc. I e II, da Lei nº 8.666/1993. Contudo, no caso das empresas estatais, há a possibilidade de realizar aumento ou diminuição dos valores por meio de seus regulamentos, conforme autorizado pelo §3º do art. 29 da Lei nº 13.303/2016¹¹⁸.

Outra inovação está no art. 29, §1º, da Lei nº 13.303/2016, que previu que, caso nenhum licitante aceite a contratação, a empresa estatal poderá convocar os licitantes remanescentes nas condições ofertadas por eles, desde que seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação. Previsão semelhante consta no art. 4º, inc. XVI, da Lei nº 10.520/2001 (Lei do Pregão), que autoriza que, caso a oferta não seja aceitável ou caso o licitante não atenda aos requisitos de habilitação, o pregoeiro analisará as demais ofertas e a qualificação dos demais licitantes¹¹⁹.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 306.

¹¹⁸ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017.

¹¹⁹ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017.

Todas as demais hipóteses de dispensa estabelecidas pela Lei nº 13.303/2016 são quase idênticas às hipóteses previstas pela Lei nº 8.666/1993.

Diante do exposto, considerando essa aproximação das hipóteses de dispensa previstas pelas duas leis, desde que sejam observadas as limitações e as peculiaridades da Lei nº 13.303/2016, aplicam-se às empresas estatais os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência sobre as hipóteses de dispensa de licitação da Lei nº 8.666/1993¹²⁰.

3.7 Inexigibilidade de licitação

A Lei nº 13.303/2016 também acolheu a inexigibilidade de licitação em seu art. 30¹²¹.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 306.

¹²¹ “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.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;
- III - justificativa do preço”.

3.7.1. *Definição de inexigibilidade de licitação*

A inexigibilidade de licitação é configurada quando se verifica a inviabilidade de licitação. Ou seja, quando não estão presentes os pressupostos que permitem a escolha objetiva da proposta mais vantajosa¹²².

A inviabilidade de licitação pode ser consequência de diversos fatores que excluam os pressupostos da licitação, tais como a exclusividade do fornecedor ou a existência de alguma peculiaridade no produto. Não é possível elencar todas as hipóteses que acarretem essa exclusão. Por isso, o rol de causas de inexigibilidade, tanto na Lei nº 13.303/2016 quanto na Lei nº 8.666/1993, é apenas exemplificativo.

Assim, a ausência dos pressupostos impossibilita que a licitação cumpra a sua função, deixando de ser o meio adequado para a escolha da proposta mais vantajosa¹²³.

3.7.2. *Distinção entre dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação*

A inexigibilidade de licitação difere-se da dispensa de licitação.

Na inexigibilidade existe uma inviabilidade de licitação. As causas da inexigibilidade não são meramente normativas. Trata-se de inviabilidade de competição, que se configura de forma extralegal.

Por outro lado, na dispensa, a licitação é viável. É possível estabelecer uma competição entre os licitantes. Todavia, a Lei entende que, nas situações por ela elencadas, a licitação não é o melhor meio de se obter a melhor solução.

Diante disso, a configuração da inexigibilidade é anterior à da dispensa. Primeiramente se verifica se a competição é viável, caracterizando ou excluindo a inexigibilidade de licitação. Posteriormente, não configurada a inexigibilidade, será analisado se a situação se encaixa em alguma das hipóteses de dispensa elencadas por Lei¹²⁴.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 570-571.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 571.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 571.

Vale ressaltar, portanto, que o rol de hipóteses de dispensa previsto por Lei é taxativo. Já o rol de inexigibilidade de licitação é meramente exemplificativo.

3.7.3. Hipóteses de inexigibilidade de licitação trazidas pela Lei nº 13.303/2016

A Lei nº 13.303/2016 não adotou a mesma redação da Lei nº 8.666/1993 para os casos de inexigibilidade de licitação. A Lei nº 13.303/2016 foi mais detalhista que a Lei nº 8.666/1993 na descrição dos casos de inexigibilidade de licitação.

Nos termos do art. 30, inc. I, da Lei nº 13.303/2016, haverá contratação direta por inexigibilidade de licitação quando se pretender adquirir materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por apenas um produtor. Nesse caso, a redação da Lei nº 13.303/2016 foi mais adequada que a redação da Lei nº 8.666/1993, haja vista que não exigiu a atestação – que não possui relação lógica com inexigibilidade – prevista pela Lei nº 8.666/1993 (art. 25, inc. I) para a comprovação de exclusividade.

Ressalta-se que, a não exigência de atestação não exclui a necessidade de comprovação de ausência de alternativa à contratação, devendo a empresa estatal verificar se existe alguma outra possibilidade de contratação e demonstrar documentação que comprove a exclusividade¹²⁵.

O art. 30, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, estabelece que ocorrerá contratação direta por inexigibilidade de licitação quando as empresas estatais pretenderem contratar os seguintes serviços técnicos especializados, prestados por empresa de notória especialização: 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.

Estes serviços são a reiteração dos serviços técnicos elencados pelo art. 13 da Lei nº 8.666/1993, não apresentando inovações. Diante disso, aplica-se à Lei nº 13.303/2016 o conceito de serviços técnicos especializados consagrados pela Lei nº

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 317-318.

8.666/1993. Contudo, isso não significa que a Lei nº 8.666/1993 deve ser aplicada subsidiariamente às contratações das empresas estatais.

É imperioso ressaltar que o rol do art. 30, inc. II, da Lei nº 13.303/2016 também não é taxativo. Trata-se de rol exemplificativo de serviços técnicos especializados que acarretam a inexigibilidade de licitação.

3.8 Inaplicabilidade de licitação

A Lei nº 13.303/2016, além da dispensa de licitação e da inexigibilidade de licitação, prevê uma terceira hipótese de afastamento da licitação. Trata-se da inaplicabilidade de licitação, figura não prevista pela Lei nº 8.666/1993.

3.8.1. A discussão doutrinária

Apesar da recente edição da Lei nº 13.303/2016, a doutrina já vinha aplicando o entendimento de que a licitação é inaplicável sempre que a empresa estatal estivesse realizando sua atividade-fim.

Isso porque a doutrina se deparou com ocasiões em que o certame licitatório imposto para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas prejudicavam a realização de sua atividade-fim, constante de seu objeto social¹²⁶.

Há muito, Celso Antônio Bandeira De Mello se posicionou no sentido de ser necessário um regime diferenciado de contratação para empresas públicas e das sociedades de economia mista. O doutrinador demonstra que a necessidade desse regime diferenciado se impõe devido às peculiaridades do exercício de atividade econômica e concorrencial dessas empresas.

É o que ensina Celso Antônio Bandeira De Mello¹²⁷:

(...) a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconveniente com a normalidade de suas [empresas públicas e sociedades de economia mista mais atuantes diretamente na economia] atuações na

¹²⁶ NESTER, Alexandre Wagner. *Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-empresas-estatais-17082017>. Acesso em 30.07.2018.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 186.

esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas, que lhe são próprias, inibiriam seu desempenho expedito e, muitas vezes, obstariam à obtenção do negócio vantajoso”

Diante disso, a doutrina identificou que, tratando-se especificamente de atividade-fim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista precisam adotar decisões rápidas para não prejudicar seu desempenho e sua eficiência perante o mercado. Identificou-se que as empresas estatais que exploram atividade econômica em um ambiente competitivo, poderiam ser prejudicadas pelo processo licitatório da Lei nº 8.666/1993, colocando-as em desvantagem com relação aos seus concorrentes privados.

Assim, o procedimento licitatório apenas seria aplicado às atividades-meio dessas empresas estatais, que são aquelas que não tratam do objeto social em si das empresas estatais.

Esse é, e era, o posicionamento de Marçal Justen Filho:

Ocorre que a adoção de um regime jurídico licitatório único e uniforme compromete a aptidão das empresas para competir com os seus concorrentes privados, que não se submetem ao regime formalista próprio do direito público. A propósito, note-se que o § 2.º do art. 173 da Constituição Federal é explícito em vedar às empresas estatais ‘privilégios fiscais não extensivos às do setor privado’. Mas do mesmo modo que não se admitem privilégios às empresas estatais que desequilibrem o jogo concorrencial a seu favor, tampouco podem incidir agravos que desfavoreçam apenas elas

É de fato, entretanto, que a incidência ampla e irrestrita da obrigação de licitar comprometeria a competitividade de uma empresa estatal que atue no mercado”¹²⁸.

Para Modesto Carvalhosa¹²⁹, que também se manifestou à favor da inaplicabilidade de licitação muito antes da edição do Estatuto das empresas estatais:

(...) como questão de organização interna das sociedades de economia mista (sem que, no entanto, haja qualquer exceção ao regime de contrato privado), submetem-se elas, em determinados negócios-meio, ao regime de licitação. (...) Por outro lado, não se aplica o regime de licitação aos contratos vinculados ao cumprimento do seu objeto social (atividade-fim), sob pena de se violar o princípio geral contido no art. 173, §1.º, da Constituição Federal de 1988”.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45

¹²⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 335.

No mesmo sentido, Diogenes Gasparini¹³⁰:

Como interventoras do domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório. Nesses casos, não há por que promover uma licitação para aquisição de bens necessários ao atingimento de suas finalidades, nem para a venda dos bens por ela produzidos. Não fosse assim, haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais expedita, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar. Nesse caso, sob pena de soçobrar a empresa pública, deve-se entender inexigível a licitação. (...) Mas a licitação será indispensável se o desejado não se enquadrar no seu objeto estatutário, como seria a construção de um laboratório de uma empresa pública voltada à produção de um certo produto químico, necessários a alcançar seus precípuos objetivos sociais”.

Também nesse sentido, é o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti¹³¹. Esses doutrinadores fazem, ainda, outra importante observação sobre o tema. No que se referem às empresas estatais que foram constituídas sob forma de sociedades anônimas, deve ser observado o dever de eficiência previsto pela própria Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976)¹³²:

(...) Impor-lhe as mesmas regras de contratação aplicáveis a órgãos públicos no exercício de suas atividades finalísticas vulneraria a garantia de flexibilidade na atuação de suas atividades negociais, em vista de disputarem fatias de mercado com empresas privadas, desembaraçadas das formalidades do regime licitatório, inibindo o desempenho expedito e com prejuízo da obtenção do negócio mais vantajoso.

Vale ainda lembrar que as empresas estatais, especialmente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, segundo dispõe a Lei nº 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas”.

¹³⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.441-442.

¹³¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?* Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 18. 29, jan. 2018. p. 21.

¹³² São as previsões da Lei nº Lei nº 6.404/1976:

“Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

(...)

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

Nos termos expostos no capítulo anterior, também com relação ao regime licitatório das empresas estatais, a maioria da doutrina entende, corretamente, que a inaplicabilidade de licitação apenas pode ser incidente para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica e/ou em regime de concorrência.

Para esses doutrinadores, as empresas estatais que explorem monopólio ou serviços públicos e que não exerçam atividade econômica ou não estejam em concorrência com a iniciativa privada, não podem se valer do instituto da inaplicabilidade de licitação. Essas empresas serão prejudicadas pela aplicação do certame licitatório. Não haverá prejuízos à sua eficiência, uma vez que não tomam decisões estratégicas frente à dinamicidade do mercado.

Nesse sentido, veja-se o entendimento de CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA¹³³:

Assim, as atividades diretamente necessárias para a atuação da empresa estatal – que explore atividade econômica, não a que presta serviço público, alheia ao art. 173 da Constituição – são realizadas sem a exigência de licitação; as atividades instrumentais, chamadas atividades-meio, submetem-se ao regramento de licitações aplicável”.

Ressalta-se que se tratando de empresa estatal que esteja em regime de monopólio ou serviços públicos, mas exerça atividade econômica ou esteja em concorrência com empresas privadas, aplicar-se-á o instituto de inaplicabilidade de licitação. Apenas não caberá inaplicabilidade de licitação nas hipóteses em que se trate de atuação da empresa estatal em exclusividade, sem concorrência e sem exercício de atividade econômica.

Conforme expõe ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹³⁴:

“Nota-se que o Estatuto das Estatais nos dispositivos acima citados não exclui a licitação nas operações da atividade-fim apenas para as empresas estatais que atuem em concorrência no mercado, mas para todas elas, inclusive para as que prestam serviço público em regime de exclusividade. Nessa questão, apesar dos problemas formais e conceituais mencionados acima, andou bem o legislador, já que a natureza econômica da atividade, independentemente de se concorrencial ou não, de toda maneira recomenda

¹³³ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Processo Licitatório das Empresas Estatais: finalidades, princípios e disposições gerais*. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”*. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 335

¹³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 224.

maior agilidade no seu desempenho, inclusive para a satisfação dos usuários dos serviços públicos por ela explorados”.

3.8.2. A orientação do TCU antes da edição da Lei nº 13.303/2016

A discussão sobre a inaplicabilidade de licitação também foi levada ao TCU. Antes da edição da Lei nº 13.303/2016, o TCU também defendia a não aplicação de licitação quando as atividades fossem estritamente associadas com o objeto social da empresa estatal exploradora de atividade econômica. Isto é, quando a licitação estivesse relacionada com a “atividade-fim” da empresa estatal.

Esse entendimento foi instaurado no TCU pelo Acórdão 121/1998, que concluiu que se exclui “a obrigatoriedade de a PETROBRÁS Distribuidora – BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio”¹³⁵.

Para chegar a essa conclusão, esse julgado adotou a seguinte fundamentação:

(...) a adoção de procedimento licitatório seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na atividade econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. As delongas da licitação inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstarium a obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos”.

No entanto, a partir desse precedente, surgiu uma dificuldade de delimitação dos conceitos de atividade-fim e de atividade-meio¹³⁶.

Com isso, o Acórdão 624/2003 concluiu que a licitação apenas seria inaplicável se, além de estar especificamente relacionada com a atividade-fim, a existência de procedimento licitatório ocasionasse dificuldades extremas que não poderiam ser superadas¹³⁷:

¹³⁵ TCU, Acórdão 121/1998, Plenário, Rel. Iram Saraiva, julg. 26/08/1998.

¹³⁶ NESTER, Alexandre Wagner. *Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-empresas-estatais-17082017>. Acesso em 30.07.2018.

¹³⁷ A partir desse entendimento, outros julgados do TCU adotaram a mesma posição: Acórdão 1.390/2004, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, e Acórdão 1.854/2009, 2.ª Câm., rel. Min. Raimundo Carreiro

No que concerne ao primeiro ponto, julgo que o só fato de tratar-se de atividade-fim não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência”

“Exigir do Banco do Brasil do Brasil – nas condições postas de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o jugo do princípio da eficiência – a realização de licitação para contratar seguro de penhor rural nas operações de financiamento rural iria de encontro às próprias deliberações desta Corte em que foram excepcionadas da incidência da Lei nº 8.666/1993 aquelas operações incluídas nas atividades finalísticas das empresas. Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, §1º, da CF/1988, as estatais deverão observar os ditames da Lei 8.666/1993 e de seu próprio regulamento, podendo utilizar-se da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim”¹³⁸.

Com isso, a jurisprudência e a doutrina suprimiram, por meio de interpretação sistemática¹³⁹, a ausência do estatuto jurídico das empresas estatais.

3.8.3. A inaplicabilidade de licitação regulamentada pela Lei nº 13.303/2016

O entendimento doutrinário e jurisprudencial foi superado pela edição da Lei nº 13.303/2016¹⁴⁰. Como demonstrado¹⁴¹, a Lei nº 13.303/2016 criou o estatuto jurídico das empresas estatais, prevendo as regras e o processo de licitação aplicáveis às contratações realizadas pelas empresas estatais.

O art. 28, §3º, incs. I e II, da Lei nº 13.303/2016, positivou o entendimento adotado pela jurisprudência e pela doutrina sobre a “inaplicabilidade de licitação”. Para isso, previu duas hipóteses em que a empresa estatal estará “dispensada” de realizar licitação: contratação relacionada ao objeto social e seleção de parceiros em relação de cooperação¹⁴².

¹³⁸ TCU, Acórdão 624/2003, Plenário, Rel. Guilherme Palmeira, Julg. 04/06/2003.

¹³⁹ Sobre o processo de interpretação sistemático, Carlos Maximiliano ensina que: “Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexos entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito, assim, submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 105).

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

¹⁴¹ Item 3.4.

¹⁴² “Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a

Este trabalho traduzirá o termo “dispensada” como “inaplicabilidade de licitação”, diferenciando-o da dispensa já prevista pela Lei nº 8.666/93 e também trazida pela Lei nº 13.303/2016. Ao contrário da figura da dispensa, a inaplicabilidade de licitação prevê hipóteses muito mais amplas, não se aplicando as regras de licitação¹⁴³.

Antes de adentrar em cada uma das hipóteses, ressalta-se, mais uma vez¹⁴⁴, que a inaplicabilidade de licitação apenas se aplica às empresas estatais que exerçam atividade econômica e/ou atuam em concorrência com empresas privadas.

As empresas estatais puramente prestadoras de serviços públicos, que não exerça concorrência com a atividade privada, não poderá utilizar o instituto da inaplicabilidade de licitação. Essas empresas, estão obrigadas a licitar, mesmo que seja para a realização da atividade-fim. Ora, tratam-se de empresas que se aproximam muito mais da Administração Pública direta do que das empresas privadas. O serviço público é exercido em sua essência, exigindo que se garanta a maior vantajosidade de suas contratações, sempre observando a impessoalidade e a isonomia entre os particulares aptos a participarem da competição.

Não havendo competição e atividade econômica, perde-se o motivo para aplicação da Lei das Estatais, haja vista que não serão prejudicadas pelo dinamismo da iniciativa privada.

serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

(...)

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

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

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

¹⁴³ Essa foi a linha adotada por Marçal Justen Filho: “O §3º do art. 28 da Lei 13.303/2006 alude a dispensa da observância das dos dispositivos legais sobre licitações. A utilização do vocábulo ‘dispensa’ não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem as próprias regras sobre licitação” (JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 298).

¹⁴⁴ Vide item 2.5.

3.8.4. Contratação relacionada ao objeto social

A Lei nº 13.303/2016 excluiu a necessidade de realização de procedimento licitatório quando as empresas estatais – exploradoras de atividades econômica ou prestadoras de serviço público – estiverem exercendo suas atividades finalísticas (art. 28, §3º, incs. I e II, da Lei nº 13.303/2016).

Mesmo sendo integrantes da Administração Pública Indireta, as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem natureza jurídica de direito privado. Com isso, possuem caráter econômico e objetivos próprios a serem perseguidos. Esses objetivos perseguidos pelas empresas estatais são denominados de “atividade-fim” ou “atividade finalística”, regidas pelo Direito Privado.

Para exercer as atividades a que foram destinadas (prestação de serviços públicos ou exercício de atividade econômica em sentido estrito), necessitam realizar contratações com terceiros particulares.

Esses contratos firmados com particulares podem ser referentes a atividades-meio ou a atividades-fim. No primeiro caso (atividades-meio), buscam-se contratações de objetos, obras ou serviços que assegurem o desenvolvimento de elementos necessários para o exercício das próprias atividades empresariais da empresa estatal. Já no segundo caso (atividades-fim), pretendem-se contratações inerentes ao objeto principal da empresa estatal, que é a sua própria finalidade de criação¹⁴⁵.

Assim, as atividades-meio são as atividades necessárias na atuação da empresa estatal para que seja possível desempenhar suas atividades-fim, que é o próprio objeto social da empresa.

Diante da distinção apontada, a Lei nº 13.303/2016 afasta a licitação porque a contratação está relacionada com a atividade econômica da empresa estatal quando do desenvolvimento de sua atividade-fim. Isso porque a exigência de licitação prévia influenciaria negativamente na competição das empresas estatais com as empresas privadas que realizam o mesmo objeto final¹⁴⁶.

¹⁴⁵ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43.

¹⁴⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?* Fórum de Contratação e Gestão

Conforme demonstrado¹⁴⁷, as empresas estatais são criadas pelo Estado, nos termos permitidos pela Constituição Federal, visando competição igualitária com empresas privadas que produzem e comercializam bens e que prestem serviços. Exigir que a realização de licitação pelas empresas estatais quando da execução de seu objeto final, as colocariam em inquestionável desvantagem com relação às suas concorrentes privadas.

O processo licitatório possui amplos requisitos formais para garantir a vantajosidade das contratações pelas empresas estatais. No entanto, esses mesmos requisitos podem dificultar as contratações, tendo em vista que se trata de um procedimento de extrema formalidade que é norteado pelos princípios e regras que regem a Administração Pública.

Já o concorrente privado, possui ampla e livre liberdade para realizar qualquer contratação, o que pode ser realizado de forma muito mais célere, sem muitas formalidades a serem observadas.

Tendo em vista que o objetivo das empresas estatais seria o desempenho eficiente de atividade econômica e a concorrência direta com as empresas privadas – comercialização dos mesmos bens ou prestação dos mesmos serviços desenvolvidos por empresas privadas – a exigência de prévia licitação colocaria as empresas estatais em desvantagem, impedindo a realização satisfatória do objeto final.

Isto é, a obrigatoriedade de licitação influenciaria diretamente na eficiência da empresa estatal, inviabilizando a sua atuação no mercado e, até mesmo, a sua própria existência¹⁴⁸. A empresa estatal deixaria de obter a devida vantajosidade em suas operações.

É o que preconiza MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁴⁹:

“A vantajosidade nas operações praticadas por uma empresa estatal, no âmbito da exploração de atividade econômica, apresenta configuração diferenciada. Especialmente nos mercados competitivo, a empresa estatal não pode aspirar a praticar o maior preço. A elevação dos preços acarreta a

Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, jan. 2018, p. 18. 29,

¹⁴⁷ Vide itens 3.2 e 3.6.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

redução da clientela, o que limita a competitividade da empresa estatal”.

É importante observar outra questão sobre a aplicação desse ponto. Se por um lado a aplicação da licitação colocaria as empresas estatais em desvantagem em relação ao seu concorrente privado no desempenho de seu objeto social, por outro lado poderia ocorrer concorrência desleal por parte das empresas estatais, tendo em vista que a empresa poderia se valer de prerrogativas inerentes à atividade da Administração Pública.

Por esses motivos, a Lei nº 13.303/2016 criou o instituto da inaplicabilidade de licitação, permitindo a contratação direta pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, que desempenhem atividade econômica e/ou em concorrência com a iniciativa privada, quando da execução de sua atividade finalística (art. 28, §3º, incs. I e II, da Lei nº 13.303/2016).

Ressalte-se, ainda, que permanece a obrigação de instauração de certame licitatório para as contratações atividades-meio, que são necessárias em caráter instrumental, para assegurar que a atividade empresarial como um todo seja desenvolvida¹⁵⁰.

Contudo, apesar de todas as fundamentações aqui expostas, pode haver certa dificuldade em classificar determinada atividade como atividade-meio ou atividade-fim.

Para verificar se a atividade é meio ou fim, deve-se verificar a vinculação do contrato pretendido com o objeto social da empresa estatal, que é aquele para o qual foi destinada. A própria disposição legal deixa claro que haverá inaplicabilidade de licitação quando o contrato estiver “especificamente” relacionado com o objeto social da empresa estatal, não cabendo ampliação da inaplicabilidade. Todas as demais atividades serão de meio, devendo ser submetidas à licitação prévia¹⁵¹.

¹⁵⁰ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁵¹ É o que ensinam Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti: “As atividades finalísticas das empresas estatais regem-se pelo Direito Privado, e não estão sujeitas ao dever de licitar. Esta obrigação, no entanto, é exigível nas contratações necessárias ao exercício das atividades-meio. Não raro, determinada atividade-fim pode confundir-se com atividade-meio. A diferença entre ambas as atividades está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da empresa estatal, tal como enunciado na lei de sua criação e em seus estatutos constitutivos. A atividade-fim é aquela para a qual está vocacionada a entidade. As demais são atividades-meio e, portanto, sujeitam-se à regra da licitação” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês

Diante do exposto, mesmo que haja dúvida com relação a uma atividade ser de fim ou de meio, deve-se adotar o seguinte pressuposto: sempre que a licitação prejudicar a atividade econômica da empresa estatal, impõe-se a inaplicabilidade de licitação.

Ou seja, tem-se como solução razoável para verificar a obrigatoriedade da licitação: sempre que procedimento licitatório revelar uma dificuldade em executar a atividade empresarial, estar-se-á de frente a uma atividade-fim da empresa estatal¹⁵².

3.8.5. Seleção de parceiros em relação de cooperação

A Lei nº 13.303/2016, em seu art. 28, §3º, inciso II¹⁵³, também previu a inaplicabilidade de licitação para os casos em que as empresas estatais pretendam selecionar parceiros para empreendimentos associativos, em que os atributos pessoais dos parceiros sejam relevantes.

Considerando a destinação econômica da empresa estatal, a realização de parcerias com agentes privados é relevante.

Restelatto. *A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?* Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 18-29, jan. 2018).

¹⁵² Nos termos ensinados por Alexandre Santos de Aragão: “O que não devemos perder de foco, todavia, é que a razão constitucional da não realização de licitação nesses casos não é simplesmente porque se trata de atividade-fim da estatal, mas, sim, porque a licitação nessa determinada atividade-fim pode atrapalhar a sua atuação eficiente no mercado. Dessa forma, para além da literalidade do inc. I do §3º do art. 28 do Estatuto das Estatais, sempre que a licitação constituir estorvo à sua atuação, ela será mesmo inexigível, seja uma atividade-fim ou uma atividade-meio.

Uma possível solução poderia ser a diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio para efeito de obrigatoriedade ou não de licitação até ser mantida, ainda mais após a edição do inciso I do §3º do art. 28 do Estatuto das Estatais, mas apenas como conceitos funcionais: de atividade-fim seria todo contrato que, se licitado, atrapalhará a atuação econômica da empresa, e de atividade-meio seria o contrato que, se licitado, não prejudicaria o desenvolvimento da atividade empresarial (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 225).

¹⁵³ “Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

(...)

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

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

Para obter bons resultados e se tornar uma empresa competitiva, a empresa estatal pode necessitar conjugar seus esforços a outro agente econômico, que possua expertise no objeto do negócio da associação¹⁵⁴.

O certame licitatório não pode ser considerado o meio satisfatório para a seleção desses parceiros. A licitação não leva em consideração os motivos que levam ao estabelecimento de uma determinada parceria. O estabelecimento de uma parceria envolve muito mais do que o preenchimento de critérios objetivos e formais de seleção, tal como ocorre no certame licitatório. Envolve também a verificação de habilidades, de domínio de técnicas necessárias, de discussão de projetos.

Isto é, para a seleção desses parceiros, a empresa estatal deve analisar critérios subjetivos e personalíssimos, que não são levados em conta em um procedimento licitatório.

Com isso, o processo de seleção do parceiro será diferente da seleção por meio da licitação. A parceria será escolhida após uma análise das vantagens e desvantagens de cada possível parceria, revelando uma seleção muito mais subjetiva¹⁵⁵.

É o que também demonstra MARÇAL JUSTEN FILHO:

A obtenção de um resultado de sucesso, nas hipóteses de parcerias com terceiros, depende, nesses casos, da escolha de parceria adequado. Isso envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao objeto a ser executado em conjunto. Em muitos casos, o sucesso da associação pressupõe níveis comuns de experiência, práticas empresariais similares, situações de mercado específicas”.

Como pode se verificar, haverá inaplicabilidade de licitação mesmo quando existir mais de um sujeito apto a firmar contrato com a empresa estatal ou mais de uma possibilidade de contratação. Entretanto, busca-se parceria que execute o

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 302.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

contrato de forma mais satisfatória, acarretando no melhor resultado possível para a empresa estatal¹⁵⁶.

Aproxima-se, portanto, ao conceito amplo de inviabilidade de competição. No entanto, tendo em vista as suas peculiaridades, a Lei nº 13.303/2016 criou um novo conceito próprio para essa hipótese: a inaplicabilidade de licitação¹⁵⁷.

Cabe, neste ponto, uma importante observação. Mesmo abrindo espaço para uma análise mais subjetiva de contratação, as escolhas necessitam ser o mais justificadas possível. Isto é, exige-se que a escolha do parceiro seja a melhor decisão para a empresa.

¹⁵⁶ Sobre o tema, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹⁵⁶ faz reflexão importante em obra específica sobre a Lei nº 13.303/2016: “Nenhuma grande empresa privada – e esse deve ser o parâmetro para uma estatal atuando em um mercado competitivo –, vendendo seus ativos estratégicos ou participações em empresas que continuarão atuando no seu mercado, estará preocupada apenas em arrecadar o maior montante possível de dinheiro. Há questões estratégicas e de longo prazo muito mais relevantes envolvidas nessas operações, e de difícil aferição objetiva (...)

A Comissão Europeia, sempre tão zelosa pelos princípios de concorrência, vem, nesse sentido, reconhecendo a inadequação dos procedimentos licitatórios para a celebração de parcerias societárias, o que se encaixa também para os casos envolvendo a alienação de participações societárias que sejam estratégicas, pois ‘(i) esses procedimentos [licitatórios] são normalmente designados para operar sob condições de certeza; (ii) eles proibem consultas e comunicações informais entre as partes (o que é essencial para o desenvolvimento das parcerias); (iii) eles estão focados no menor preço, enquanto PPPs podem também visar outros fatores; (iv) eles obrigam as especificações da licitação a serem completas e, portanto, deixam pouco espaço para variações. [...] Riscos inerentes à parceria são associados à sua formação com parceiros desconhecidos. Isso é acentuado através de um procedimento público de licitação que não facilita as negociações a fim de permitir um grau de conhecimento e confiança a ser estabelecido.’ (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 225).

¹⁵⁷ Sobre o tema, Marçal Justen Filho ensina que: “Sob um certo ângulo, a hipótese examinada aproxima-se muito ao conceito amplo de inviabilidade de competição. A questão, no caso ora examinado, não se relaciona à ausência de uma pluralidade de alternativas de contratações. Pode até haver uma pluralidade de sujeitos potencialmente interessados em contratar com a estatal. Podem existir diversas modelagens econômicas e jurídicas para formalizar o relacionamento entre a estatal e o sujeito privado.

No entanto, o ponto fundamental reside em que a solução satisfatória – aquela que propicia o atendimento às necessidades da estatal e permite obter o melhor resultado possível – depende de imposições unilaterais, de escolhas fundadas em critérios variáveis em vista das circunstâncias e da identificação de padrões de identidade entre os interesses de um particular e da própria estatal.

Então, selecionar um parceiro para empreendimentos futuros não é uma decisão que possa ser submetida a um procedimento licitatório. Sob esse prisma, poderia aludir-se à inviabilidade de competição. Mas a Lei das Estatais reputou que essa hipótese apresentava tamanha peculiaridade que poderia ser enquadrada num conceito próprio e diferenciado, consistente na ausência de cabimento de licitação” (JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 305-306).

O §4º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016¹⁵⁸ elencou algumas oportunidades de negócio que motivem a inaplicabilidade de licitação para a escolha de parceiros: (i) a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas societárias ou contratuais; (ii) a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais; e (iii) as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais.

Com relação à formação e à extinção de parcerias, deve-se adotar uma interpretação ampla. Nesse conceito amplo estão incluídas, ainda que seja temporariamente, as parcerias para atuações conjugadas para soluções de cunho organizacional¹⁵⁹

Com relação às outras formas associativas, societárias ou contratuais, trata-se de inaplicabilidade de licitação para celebração de contratos com natureza associativa, que revelem soluções organizacionais. Podem ser citados como exemplos dessas contratações o Fundo de Investimento Imobiliário e o consórcio empresarial.

O Fundo Imobiliário, por exemplo, trata-se de contrato com natureza associativa, em que a empresa estatal pode contratar a construção de um edifício com pagamento a longo prazo, captados recursos em mercado aberto. Por outro lado, a instituição financeira que firma o contrato com a empresa estatal realizará a gestão desse fundo.

O §4º do art. 28 faz referência à inaplicabilidade de licitação com relação à “participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais”, este conceito engloba as participações minoritárias em empresas privadas, conforme

¹⁵⁸ “Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.
(...)”

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

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 303.

previsto pelo art. 2º da Lei nº 13.303/2016¹⁶⁰. Aqui também estão incluídas hipóteses de natureza não societária, em que se unem direitos, poderes e bens¹⁶¹.

Por fim, o §4º também prevê a inaplicabilidade de licitação com relação aos investimentos no mercado de capitais. Nesses casos, a seleção da proposta mais vantajosa envolve peculiaridades do mercado, não sendo possível a seleção por meio de licitação.

Tendo em vista o exposto, é possível notar que, a inaplicabilidade de licitação no caso do art. 28, §3º, inc. II, depende das características diferenciadoras, que envolvem elementos subjetivos.

¹⁶⁰ “Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do [caput do art. 173 da Constituição Federal](#).

§ 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do [inciso XX do art. 37 da Constituição Federal](#).

§ 3º A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias”.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 303.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o novo estatuto jurídico das empresas estatais, criado pela Lei nº 13.303/2016, instituiu novas regras de licitações e contratos aplicáveis às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Antes da instituição da Lei nº 13.303/2016, a doutrina e a jurisprudência já aplicavam o entendimento de que não se aplicavam regras de licitação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica e em regime de concorrência, tendo em vista a necessidade de se garantir a maior liberdade e eficiência das empresas estatais durante a exploração da atividade econômica.

Com isso, para garantir essa maior eficiência às empresas públicas e sociedades de economia mista, torna-se inaplicável a licitação quando o objeto almejado estiver relacionado com o objeto social da empresa estatal.

Evidentemente, o instituto geral de licitação causaria muitos prejuízos às empresas estatais. Uma vez que o objetivo das empresas estatais é o desempenho eficiente de atividade econômica e a concorrência direta com as empresas privadas, comercializando os mesmos bens ou prestando os mesmos serviços prestados por empresas privadas, a exigência de prévia licitação colocaria as empresas estatais em desvantagem, impedindo a realização satisfatória do objeto final.

Outra hipótese de inaplicabilidade de licitação, prevista pela Lei nº 13.303/2016, às contratações realizadas pelas empresas estatais as empresas estatais pretendam selecionar parceiros para empreendimentos associativos, em que os atributos pessoais dos parceiros sejam relevantes.

Porém, a inaplicabilidade de licitação não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos em essência, que exerçam serviço público em caráter exclusivo.

Essas empresas, estão obrigadas a licitar, mesmo que seja para a realização da atividade-fim. Isso porque tratam-se empresas que se aproximam muito mais da Administração Pública direta do que das empresas privadas. O serviço público é exercido em sua essência, exigindo que se garanta a maior vantajosidade de suas contratações, sempre observando a impessoalidade e a isonomia entre os particulares aptos a participarem da competição.

Se não há qualquer competição ou atividade econômica, perde-se o motivo para aplicação da Lei das Estatais, haja vista que não serão prejudicadas pelo dinamismo da iniciativa privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de Andrade. Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, 4. Ed. Coimbra: Editor Sucessor, 1987.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017.

BANDEIRA DE MELLHO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 232, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1998.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DWORKIN, Robert. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HOBBS, Thomas. Leviatã, ou A Matéria Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil, Editora Ícone, tradução de Rosina D'angina. p. 196/197

JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação *sem licitação nas empresas estatais*. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A lei 12.202/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária das empresas privadas..* Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Notas sobre a implantação do regime da Lei 13.303. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitosda-Lei-13303.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes, org. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição*

Federal. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Interpretação e Aplicação do Direito*. 2. ed. Editoa Livraria do Globo, 1933.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOTTA, Paulo Roberto. *O Controle de Empresas Estatais no Brasil*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 21, n. 1, 1987. Disponível em: file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Downloads/7574-15294-1-PB.pdf. Acesso em: 08 set. 2018.

NESTER, Alexandre Wagner. *Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-empresas-estatais-17082017>. Acesso em: 30 jul. 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Panorama geral das licitações na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais)*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 9-24, out./dez. 2017.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?* Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 18. 29, jan. 2018.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SIMIONI Rafael. *Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. Revista Direito Mackenzie, v. 5, n. 1, p. 203-218. Disponível em: [file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Documents/4756-19846-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Documents/4756-19846-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 15 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Sworlin e não o é para Alexy*. Revista de Direito e Praxis. v. 4, n. 7, 2013. p. 343-367. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/html/3509/350944518017/> >. Acesso em: 25 set. 2018.

TÁCITO, Caio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 242, 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Downloads/42966-92199-1-PB.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 151, jan/mar 1983. Disponível em: [file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Downloads/43723-88522-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Downloads/43723-88522-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 15. Set. 2018.

WAHRLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa no Brasil: Experiência Anterior, Situação Atual e Perspectivas – Uma Apreciação Geral*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 18, n. 1, 1984. Disponível em: <file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Downloads/10623-24236-1-PB.pdf>. Acesso em: 08 set 2018.

WAHRLICH, Beatriz. *Controle Político das Empresas Estatais Federais no Brasil – Uma Contribuição ao seu Estudo*. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: FGV, v. 14, n. 2, 1980. Disponível em:

file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Downloads/7570-15278-1-PB.pdf. Acesso em: 08 set 2018.

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.