

Licitações das empresas estatais: delineamento do regime jurídico aplicável aos procedimentos de contratação do Estado empresário¹

Mariana Magalhães Avelar

Mestranda em Direito e Administração Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Gestão e Finanças pela Fundação Dom Cabral. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada na Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados.

Sumário: 1 Introdução – 2 O regime jurídico das empresas estatais – 3 Licitações das empresas estatais – 4 Conclusões – 5 Bibliografia

1 Introdução

O presente artigo objetiva analisar o regime jurídico aplicável às licitações das empresas estatais.² Para tanto, será preciso analisar brevemente o contexto de surgimento e desenvolvimento dessas empresas e os contornos do regime jurídico a elas aplicável.

O tema está inserido no estudo da utilização do direito privado pela Administração Pública, tópico que por sua vez desperta as mais variadas discussões, reportadas em sua origem à própria definição da *summa divisio* entre o direito privado e o direito público.

O incremento da atuação estatal sob formas de direito privado é normalmente associado à transição do Estado Liberal ao Estado Social,³ como reação à necessidade de fazer frente às novas funções estatais com maior eficiência.⁴ Não se trata

da afirmação de que o regime de direito público seria aprioristicamente ineficiente,⁵ mas antes que a adoção das formas de direito privado ocorreu diante das novas necessidades da Administração, até então inexistentes no contexto do Estado de Polícia.⁶

do Estado na vida social e econômica, pelo alargamento e aprofundamento das intervenções estatais. Esta significativa expansão na prestação de serviços em geral operou-se sobretudo através de processos alheios aos tradicionais. Vem se verificando por meio de pessoas de direito privado alimentadas por recursos públicos – não mais estranhas ao aparelho governamental. (...) O Poder Público, invejando a eficiência das sociedades comerciais, tomou de empréstimo os figurinos do direito privado e passou a adotar-lhe os processos de ação, constituindo pessoas modeladas à semelhança delas para prestação dos mais variados serviços. Quer para a prestação de serviços públicos propriamente ditos, quer para o desempenho de atividades de exploração econômica em setores onde se fazia necessária sua atuação supletiva ou, até mesmo, monopolística, o Estado acolheu o sistema próprio do direito privado. A isto foi impelido tanto pelo objetivo de ganhar mais eficiência quanto, em certos casos, pela natureza peculiar da atividade que, por assim dizer, não se compatibilizaria com outro meio de ação” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 87-88).

¹ Artigo elaborado a partir de monografia apresentada como parte das atividades avaliativas da disciplina Temas de Direito Administrativo: A Administração Pública e o Direito Privado, ministrada pelo Professor Dr. Florivaldo Dutra de Araújo no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Agradeço nessa oportunidade ao Professor Florivaldo pelas orientações e revisões gentilmente feitas, bem como à Professora Cristiana Fortini, pela orientação sempre generosa e enriquecedora.

² O atual regime constitucional não diferencia de forma substancial o regime jurídico aplicável às diversas espécies de empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias), de modo que a caracterização de suas diferenças é feita pela legislação infraconstitucional (Lei nº 13.303/2016 e anteriormente o Decreto-Lei nº 200/1976). Sendo tais diferenças essencialmente de cunho societário e ainda, tendo em vista que a Lei nº 13.303/2016 não diferencia o regime de licitações e contratos aplicáveis às diversas espécies de empresa, o presente trabalho tratará, indistintamente, da categoria de empresas estatais, a contemplar, portanto, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e suas subsidiárias. No sentido de diferenciar o regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por influência do modelo francês, leia-se Themistocles Cavalcanti em *Sociedade de Economia Mista – Sua natureza – Seus problemas*. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, 103: 1-15, jan./mar. 1971.

³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 34-46.

⁴ A respeito do incremento das funções estatais e uso do direito privado, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma: “De alguns lustros para cá, entretanto, incrementou-se enormemente a participação

⁵ Nesse ponto destaca-se o pensamento de Joseph Stiglitz sobre a análise de eficiência da atuação estatal. No pensamento do autor, sintetizado por André Cyrino: “há que se ter cautela para que o remédio não se transforme em uma nova patologia. Que os excessos nas opções empresariais não atrapalhem mais que ajudem, levando-se ao mesmo fracasso que serviu de gatilho para o grande movimento de privatizações no final do século XX. (...) mostra-se assim, fundamental, que essa escolha venha acompanhada de uma investigação sobre as vantagens comparativas do Estado *vis-à-vis* das vantagens do funcionamento do livre mercado. Tal é a sugestão do prêmio Nobel de economia, Joseph Stiglitz, que explica ser necessário saber o que diferencia o Estado de outras instituições da nossa sociedade, com o que pode confrontar em que medida sua atuação pode ser a resposta mais acertada para as finalidades pretendidas. Nesse sentido, o que se destaca para o caso das empresas estatais, Stiglitz afasta argumentos peremptórios sobre o sucesso ou o fracasso da atuação pública na economia. Para o economista é falacioso dizer-se que o Estado será em todos os casos ineficiente, como também é incorreto afirmar-se que empresas estatais agem sempre orientadas pelo interesse público” (CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal: uma análise econômica do art. 173 da Constituição. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015).

⁶ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto: “Em verdade, o processo de fuga para o direito privado caracteriza a inclinação da Administração Pública desde seu distanciamento da configuração inicial do Estado de Polícia. Se no início essa aproximação das instituições de direito privado se deu pela introdução do poder público nas relações obrigacionais, na gestão de rendas e patrimônio e mesmo na atividade de fomento, com o engendramento das funções assumidas pelo Estado, esse processo radicalizou-se” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Jurueña Villela (Coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 577).

Foi nesse contexto que ganhou maior corpo o movimento de descentralização administrativa, em especial pela criação de entidades da administração indireta, dentre as quais se destacam as empresas estatais.

Não se pode olvidar, em tal contextualização, que os fatores que contribuíram para o surgimento das estatais são complexos e influenciados por elementos estruturais e conjunturais de cada Estado. Mario Engler Pinto Junior afirma que os fatores que impulsionam a atuação empresarial do Estado variam no contexto político e socioeconômico de cada país, podendo ser agrupados em três categorias básicas: “(i) países socialistas de economia planificada; (ii) países em desenvolvimento ou economias de transição com vocação capitalista e (iii) países capitalistas”.⁷

A atuação do Estado empresário, nessa perspectiva, não ocorreu de forma linear. É comum a descrição desse fenômeno como um movimento pendular que oscila entre o crescimento da intervenção direta do Estado na economia/estatização⁸ e as privatizações.⁹

No caso brasileiro, o marco histórico das estatais é normalmente relacionado à associação de capitais públicos ao Banco do Brasil, em 1812.¹⁰

Mario Engler Pinto Junior aponta que, apesar do dito marco, a consolidação desse modelo só ocorreu mais de um século depois, com os investimentos nos setores siderúrgico, petrolífero e elétrico, em caráter originário (ao contrário dos precedentes europeus de nacionalização de empresas privadas). Tratava-se de modelo inicialmente voltado a cobrir deficiências ou lacunas inexploradas pelo setor privado e não de disputa desse mesmo mercado.¹¹

O ciclo de expansão das estatais brasileiras começou a declinar em fins da década de 70. Segundo Mário Engler Pinto Junior,¹² a partir 1976 incrementou-se o controle sobre as estatais – com retirada de sua autonomia decisória – tendo em vista que estas foram apontadas como os principais fatores da crise financeira instalada, notadamente por impactarem o déficit na balança de pagamentos e o aumento da taxa de inflação. Nesse cenário, destacou-se a criação da Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST), criada pelo Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, que recebeu a atribuição institucional de acompanhar “diversos tipos de restrições sobre investimento, endividamento, importação e reajuste de preços”.¹³

Abriu-se cenário de deterioração da capacidade gerencial das estatais, intrinsecamente conectado ao enrijecimento do seu regime jurídico, a propiciar, já a partir da década de 80, a *inclusão das privatizações na agenda governamental*, como afirma Mário Engler Pinto Júnior:

A deterioração da capacidade gerencial das empresas estatais brasileiras, com reflexos negativos no desempenho operacional, decorreu de dois fatores básicos que acabaram estimulando a solução privatizante. O primeiro deles consistia na insinuação de pretensões corporativistas desvinculadas do interesse público, que se traduziam na excessiva generosidade da política de pessoal, notadamente

⁷ PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

⁸ Mario Engler Pinto Junior explica que o movimento de estatização ou surgimento originário de empresas estatais varia conforme o grau de maturidade de desenvolvimento econômico de cada país. Os países em desenvolvimento fomentaram as estatais, a princípio, para preencher lacunas deixadas pelo setor privado. Os países desenvolvidos, por outro lado, fazem a opção pelas estatais por razões estratégicas e de política de contenção ao poder econômico privado. O autor acrescenta que “a estatização ganha impulso no período entre guerras como resposta à crise financeira desencadeada pela quebra de Nova Iorque em 1929. A depressão econômica que então se instalou no mundo ocidental – e suas conhecidas mazelas sociais – expôs as limitações do sistema capitalista para preservar a estabilidade dos mercados e evidenciou a necessidade de o Estado assumir maior parcela de responsabilidade na condução da economia. O novo papel intervencionista do Estado encontrava fundamento no pensamento keynesiano, que pregava o ativismo do setor público para organizar a produção e fomentar a geração de empregos” (PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10 e 11).

⁹ Pierangelo Tonitelli narra três principais razões para um movimento internacional de privatizações, influenciado sobretudo pela experiência britânica conduzida por Margareth Thatcher: a primeira razão deriva das circunstâncias econômicas relacionadas à má administração e desempenho econômico ruim das estatais, em especial pela falta de compromisso com objetivos econômicos, desvirtuamento do interesse dos cidadãos em prol de interesses políticos e individuais e da grande burocracia na organização e funcionamento dessas empresas. A segunda razão é relacionada às finanças públicas, na medida em que as privatizações podem ser instrumento para reduzir os passivos estatais. A terceira razão é de cunho político e ideológico e está relacionada ao retorno do liberalismo em combate às teorias nacional-desenvolvimentistas e em especial ao keynesianismo (TONITELLI, Pierangelo. *From private to public to private again: a long-term perspective on nationalization*. *Análise Social*, vol. XLIII (4^o), 2008, 675-692).

¹⁰ Caio Tácito fez breve síntese da evolução das empresas estatais, nos seguintes termos: “A criação de empresas públicas no Brasil é um episódio recente, que acompanha o crescimento da

intervenção do estado no domínio econômico. Muito embora já se possa encontrar, 1808, a criação do Banco do Brasil, mediante associação de capitais públicos e particulares (Alvará de 12 de outubro de 1808, que criou o primeiro Banco do Brasil com capitais privados, a que se veio a associar a Coroa em 1812), a empresa pública, com os contornos atuais, ingressa na vida econômica nacional com o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939, a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, e a Companhia do Vale do Rio Doce, em 1942” (Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais. *In: Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, 151:228, jan./mar. 1983).

¹¹ PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22-25.

¹² PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p.75.

¹³ PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 75. Ainda segundo referido autor: “Cabia à SEST fixar limites máximos de dispêndios globais, que orientavam a programação financeira das empresas estatais. Nesse contexto, as empresas estatais brasileiras perdem a funcionalidade como instrumento de política industrial coordenada e se tornam objeto de mero acompanhamento de fluxos financeiros”.

em matéria de fundo de pensão. Em boa medida, a representação do Estado nos conselhos de administração das companhias controladas favorecia o corporativismo. *A segunda causa disfuncional decorre da imposição, por parte do Estado, de controles processuais padronizados típicos da administração direta, considerados demasiadamente centralizadores e burocratizantes, que tolhem a iniciativa empresarial e criam incentivos perversos, culminando por retirar da empresa estatal sua capacidade de responder a novos desafios.* Essa tendência desaguiou na criação da SES em 1979, na sequência do fracasso do II Plano Nacional de Desenvolvimento no início dos anos 80, representando o fim da política de acomodação dos interesses setoriais por meio das empresas estatais.

O surgimento da SEST não foi inspirado em nenhuma ideologia privatizante ou na crença sobre a ineficiência do setor público empresarial. A criação do órgão decorreu da necessidade de controlar os focos de pressão inflacionária, pois as empresas estatais eram vistas como responsáveis pela expansão da demanda agregada. *A utilização das empresas estatais como instrumento de política macroeconômica, notadamente no combate à inflação financeira. Em razão do fraco desempenho empresarial, abriu-se espaço para inclusão da privatização na agenda governamental já a partir de 1981, embora de forma ainda pontual.* (Grifou-se)

As ações em prol das privatizações e de outras modificações na organização administrativa brasileira deslançaram principalmente na década de 90. Registra-se nesse período o surgimento do primeiro Plano Nacional de Desestatização, implementado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990¹⁴ e, sobretudo as diversas ações efetivadas durante os governos de Fernando Henrique Cardoso, com especial destaque para o novo Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997) e para a Emenda Constitucional nº 19/1998.

As premissas jurídicas, econômicas e culturais dessas propostas de mudança na organização administrativa brasileira foram expostas no Plano Diretor de Reforma do Estado,¹⁵ documento construído com intuito de lançar as bases da administração pública gerencial no Brasil.

O plano diretor propunha, dentre outros aspectos, o redimensionamento do Estado, limitando sua atuação “àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada”.¹⁶ É dizer, buscava-se operar a contenção da atuação empresarial do Estado (atuação subsidiária¹⁷), que poderia intervir tão somente nos limites e atividades constitucionalmente previstos.

Esse redimensionamento das empresas estatais – com introdução da ideia de competição até mesmo na esfera dos serviços públicos¹⁸ – teve impacto na interpretação do seu regime jurídico, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998. A esse respeito, Floriano de Azevedo Marques Neto anota que:

A emenda tentou, digamos assim, aliar o processo de adstrição das empresas estatais ao direito privado. E o fez num momento em que o papel do Estado em face do domínio econômico (e, por consequência das empresas por ele controladas, que são instrumento desta atuação) passava por uma significativa transformação.¹⁹

Acrescenta-se que na atualidade, apesar de todas as incertezas do contexto político-econômico brasileiro, existem fortes sinais de que o pêndulo continuará a rumar em direção às privatizações.²⁰

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, 1995.

¹⁷ Afirma-se, a respeito do princípio da subsidiariedade, previsto no art. 170 da CR, que “o recurso às formas de direito privado da Administração Indireta envolve a criação de empresas ou de fundações. O gênero ‘empresas estatais’ envolve, além da empresa pública e da sociedade de economia mista, outras empresas, subsidiárias e controladas, que exigem uma disciplina legal, já que o princípio da livre-iniciativa estabelece uma limitação constitucional à atividade empresarial do Estado (...)” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Criação e Função Social da Empresa Estatal: a proposta de um novo regime jurídico para as empresas sobre controle acionário estatal, p. 3. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 580.

¹⁹ MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 580.

²⁰ Essa é a diretriz que pode ser extraída do chamado Programa de Parcerias de Investimento, proposto pela Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016, cujo objetivo reside na “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (art. 1º, *caput*), a incluir “as demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a lei nº 9.491, de 1997” (art. 1º, §1º, III). Nota-se que a indicação da retomada das medidas de privatização é constantemente relacionada à necessidade de ajustas as finanças públicas em contexto de déficit orçamentário, apesar dos diversos indicativos econômicos das desvantagens de realizar a alienação de ativos em tempos de crise econômica.

¹⁴ Nas palavras de Mario Engler (*op. cit.*, p. 51), o programa é considerado tímido por ter atingido tão somente empresas manufatureiras que já atuam em regime de competição, sem afetar setores monopolísticos cuja alteração dependeria de amplas reformas constitucionais para as quais o governo Collor não detinha suficiente apoio político.

¹⁵ De acordo com referido Plano Diretor de Reforma do Estado, a Constituição de 1988 teria representado retrocesso burocrático no trato das empresas estatais: “o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado”.

Para as empresas estatais remanescentes nesse contexto, restará o desafio de operar em uma conjuntura de crise e de enrijecimento dos padrões legais de controle – tendo em vista a reação às diversas denúncias de corrupção e desvio de recursos públicos nessas entidades.

Assim, tendo sido expostas as principais linhas de expansão e diminuição da atuação das empresas estatais, passa-se ao delineamento do seu regime jurídico, peça fundamental para que se possa tecer considerações sobre as licitações dessas entidades.

2 O regime jurídico das empresas estatais

O regime jurídico das empresas estatais enseja discussões, sobretudo em relação aos limites ao uso do direito privado por tais entidades, em virtude das limitações de direito público a elas aplicáveis. Assim, nas palavras de Juan José Carbajales, referidas empresas se situam em “zona de desconforto permanente, tensionadas entre a ideia de Estado e o perfil de uma empresa privada”.²¹

A contínua tensão entre público e privado, com alternância entres esses regimes, não impediu que o fenômeno do uso do direito privado pela administração, denominado comumente de “fuga para o direito privado”,²² fosse progressivamente aceito na prática administrativa, sobretudo no que diz respeito à atuação empresarial do Estado.²³ Por outro lado, a personalidade jurídica de direito privado das estatais, nesse contexto, não implicou no afastamento total de normas de direito público.

²¹ CARBAJALES, Juan José. *Las Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal – SABIE: El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidad de “empresa pública”?* Buenos Aires: Ediciones Rap, 2011, p. 48.

²² Maria João Estorninho caracteriza a expressão e remete sua origem à obra de Fritz Fleiner (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11).

²³ Nas palavras de Maria João Estorninho: “o alargamento dos fins do Estado implicou, não apenas a adoção de novas formas de organização dos entes que exercem tais atividades. Aliás, o facto de se passar a considerar que a actuação segundo normas de direito privado não tem nada de ‘temível’, levou mesmo a que muitas áreas da Administração Pública não precisassem mais de se ‘disfarçar’ (GIANNINI) sob formas publicísticas. É verdade que a Administração organizada sob formas jurídico-privadas tem tido alguma relevância do ponto de vista da dogmática jurídica, mas o seu enorme desenvolvimento na dita ‘economia de guerra e do pós guerra’, espelhado, antes de mais nada, na introdução dos entes públicos económicos e empresariais, nem sempre se tem traduzido num verdadeiro instituto autónomo de Direito Administrativo (...). Assim, pode-se dizer com STÖBER que a criação de sociedades de direito privado tem tido um ‘papel de destaque’ na praxis administrativa mas em contrapartida, tem sido descurada na doutrina” (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, p. 53).

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ faz relevante síntese dessas derrogações de direito público aplicáveis às empresas estatais conforme previsão constitucional, a incluir: (1) controle de atos lesivos ao patrimônio das estais pela via da ação popular – art. 5º, LXXII; (2) previsão de situações de inelegibilidade e prazos para sua cessão a evitar influência do poder econômico ou abuso de função pública na administração indireta – art. 14, §9º; (3) submissão aos princípios da Administração Pública – art. 37, *caput*; (4) obrigatoriedade do concurso público – art. 37, II; (5) impossibilidade de acumular cargos e empregos públicos, salvo exceções constitucionalmente previstas – art. 37, XVII; (6) necessidade de autorização legal para criação de empresas públicas e sociedades de economia mista – art. 37, XIX; (7) necessidade de autorização legislativa para criação de subsidiárias ou para participação destas em empresas privadas; (8) fiscalização dos atos das estatais pelo Congresso Nacional (art. 49, X); (9) necessidade de observar os limites para operações de crédito externo e interno fixados pelo Senado – art. 52, VII; (10) vedação ao exercício de funções, cargos, empregos ou contratos com deputados e senadores após a diplomação destes, sob pena de perda do mandato – art. 54 e 55, I; (11) julgamento de contas e avaliação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, para fins de registro, pelo Tribunal de Contas – art. 71, II, III e IV; (12) compreensão do orçamento de investimento das estatais na Lei Orçamentária Anual – art. 165, §5º; (13) condicionamento de mudanças no regime de pessoal à prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes – art. 169, §1º.

Por essa breve exposição é possível perceber que a delimitação do conteúdo do regime jurídico das estatais comporta grande detalhamento: quanto ao regime orçamentário e financeiro, pessoal, controle, licitações e contratos (tema específico deste trabalho), dentre outros aspectos.

A presença das normas de direito público, contudo, não pode descurar que o delineamento constitucional do regime jurídico das empresas estatais aponta para uma composição híbrida, é dizer, de aplicação do direito privado com derrogações do direito público, nos limites impostos pela Constituição.

Em todos esses pontos, a interpretação do regime jurídico das estatais deve contemplar duas vertentes: se por um lado não se podem conceder privilégios a estatais em relação às empresas privadas,

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 201-203.

por outro lado é inegável que o regime de direito público não pode ser a elas aplicado de forma indiscriminada, a descaracterizar sua personalidade de direito privado e sua concorrência no mercado, quando tal concorrência for possível.

Marçal Justen Filho, nesse contexto, afirma que “não se aplicará o regime de direito público quando produzir encargos que tornem inviável a competição de empresa pública ou sociedade de economia mista com os agentes privados. O raciocínio aplica-se tanto ao aspecto de vantagens quanto ao aspecto de encargos constantes da disciplina publicística”.²⁵

Apesar do exposto, a definição dos limites à aplicação do direito público as estatais está longe de ser tema pacificado.²⁶

Como afirmam Carlos Ari Sunfeld e Pagani de Souza o receio do emprego das formas de direito privado (e o respectivo desejo de ampliar as derrogações de direito público aplicáveis) ensejou resistência na doutrina administrativista a gerar consequências na interpretação do regime jurídico das estatais. Ainda segundo esses autores, foi nesse contexto que tal resistência deu corpo a *classificação das empresas estatais em “exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos”*.²⁷

Trata-se, portanto, da discussão sobre a dualidade de regime jurídico aplicável às estatais conforme a natureza das suas atividades, é dizer, a questão da diferenciação do regime jurídico das estatais prestadoras de serviço público e das estatais exploradoras de atividade econômica.

Desse modo, consolidou-se posição doutrinária e jurisprudencial até então predominante²⁸ no

sentido de diferenciação do regime jurídico aplicável conforme o tipo de atividade desempenhada pelas estatais. Rodrigo Zambão da Silva sintetiza tal corrente de diferenciação do regime jurídico das estatais exploradoras de atividade econômica em relação ao aplicável às estatais prestadoras de serviço público nos seguintes termos:

De acordo com uma linha majoritária, o art. 173 da Constituição Federal não seria aplicável às estatais prestadoras de serviço público, que estariam submetidas à disciplina do art.175 da Constituição Federal e, como consequência, mais publicizado. Para o setor da doutrina em destaque, o art.173 da Constituição Federal regularia apenas as estatais no desempenho de atividades econômicas em regime de concorrência (...). Assim, para o entendimento doutrinário em análise, o art. 175 da Constituição Federal estabelecerá um regime especial para prestação de serviços públicos adequado à natureza e importância dessas atividades, bem como às exigências de continuidade, modicidade e qualidade, supostamente incompatíveis com a sujeição ao regime próprio das sociedades privadas.²⁹

Ao lado dessas posições, dá-se destaque a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na medida em que sua formulação a respeito do escopo de derrogações de direito público aplicáveis às estatais promove também refinamento à ideia geral de que as empresas exploradoras de atividade econômica se submetem em regra ao direito privado e que as exploradoras de serviços públicos se submetem ao direito público.

De acordo com Di Pietro *a chave para delimitar o regime jurídico aplicável encontra-se na origem da regra que determinou o uso do direito privado*. Se a Constituição determina o uso do direito privado, só a própria constituição poderia derogá-lo. Por outro lado, não havendo imposição constitucional, as derrogações ao direito privado ocorrerão conforme discricionariedade do legislador. Nesse escopo a autora advoga que as derrogações de direito público aplicáveis às empresas estatais que atuam no domínio econômico só serão possíveis se encontrarem fundamento direto na própria Constituição, uma vez que é o próprio texto constitucional que ordena o uso do direito privado por essas entidades:

Enquanto nas relações de direito público as prerrogativas se presumem independentemente de previsão legal, nas relações de direito privado de que a Administração participa o que se presume, no silêncio da lei, é a inexistência de prerrogativas;

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 30.

²⁶ A polêmica é antiga e está longe do fim. Veja-se a percepção do professor francês R. Houin, em artigo traduzido para o português em 1957, pela *Revista de Direito Administrativo*: “Daí resulta certa insegurança para aqueles que tratam com a empresa pública e que devem examinar os dispositivos que as disciplinam, para saber se o representante da empresa está investido dos poderes necessários. Esse perigo também existe no campo do direito comercial, embora atenuado na prática, que confere aos pressupostos comerciais o mínimo de poderes, sem os quais as relações contratuais tornar-se-iam impraticáveis. Seria aconselhável suprimir, ou pelo menos unificar, as derrogações feitas pelo regime das empresas públicas ao direito comum” (A Administração das Empresas Públicas e as Normas do Direito Comercial. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 48, Rio de Janeiro: FGV, abr./jun. 1957, p. 48).

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e Seu Controle*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 89.

²⁸ Veja-se, por exemplo, decisão do STF no sentido de diferenciar as estatais conforme a atividade que desempenham. Na ADI 1642, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03.04.2008. No mesmo sentido: ARE 689.588-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 27.11.2012, Primeira Turma, DJE de 13.2.2012. Ainda: as decisões que interpretavam a redação originária do art. 173, §1º, também apresentavam esse entendimento. Veja-se RE 172.816, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 13.5.1994.

²⁹ SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

os desvios ao direito comum são apenas os expressamente estabelecidos em lei. (...) *Não há limites a essas derrogações, a não ser que o regime jurídico privado seja imposto pela Constituição, como ocorre com as empresas estatais que atuam no domínio econômico, por força do disposto no art. 173, §1º, II. As derrogações ao direito privado, nesse caso, somente serão válidas se tiverem fundamento na própria Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.*³⁰

Seguindo tal raciocínio, aplicam-se às estatais exploradoras de atividade econômica apenas as disposições de direito público cuja observância deriva de mandamentos constitucionais.

A par da explanada posição predominante e o refinamento deste raciocínio nos moldes propostos por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, surgiram posicionamentos no sentido de questionar o tratamento apartado das estatais conforme a atividade por elas desempenhada, seja por considerar que tal classificação resulta em descaracterização da natureza empresarial dessas entidades, seja pela defesa de aplicação ampla do art. 173 da Constituição³¹ ou ainda pela dificuldade em distinguir serviços públicos das atividades econômicas – pela sua crescente aproximação. Nesse sentido, Sundfeld e Pagani de Souza afirmam:

O efeito produzido por esta classificação das empresas estatais, que as aparta em “prestadoras de serviço público” e “exploradoras de atividade econômica”, então, é grande: neutraliza-se a despublicização pretendida com a opção legislativa pelo figurino empresarial. Cai por terra a ideia original de despublicização (maior agilidade, flexibilidade e comprometimento com resultados) que presidiu a criação de entidades públicas sob o formato empresarial (notadamente no que tange às empresas classificadas como prestadoras de serviço público (...)). Verifica-se, por um lado, que a própria distinção “serviços públicos” *versus* “atividades econômicas”

mostra sinais de crise, vez que sua maior utilidade residia (ao menos supostamente) em permitir ao intérprete identificar, diante de um caso concreto, qual o regime jurídico aplicável à situação: tratando-se de atividade econômica em sentido estrito (assim qualificada pelo Direito), o caso se submeteria ao regime de direito privado; tratando-se de serviço público (tal como qualificado pela ordem jurídica), ele se sujeitaria ao regime de direito público. *O problema é que a legislação brasileira vem dificultando essa tarefa atribuída ao intérprete consoante salientado na introdução deste capítulo vez que tem reconhecido, por exemplo, serviços públicos não subordinados ao regime publicístico, mas sim, a um regime de direito privado. Cai por terra, assim, a utilidade maior daquela distinção clássica e, no que tange ao regime das estatais, ela também se torna de utilidade questionável.*³²

Floriano de Azevedo Marques Neto aprofunda as críticas em questão e apresenta entendimento no sentido de que o fator relevante para definição do regime jurídico das estatais, sob o ponto de vista da gestão da entidade, depende da existência ou não da possibilidade de competição, nos seguintes termos:

O que me parece relevante para se verificar o regime jurídico a balizar a atividade da empresa estatal será a atividade que exerce e se a mesma se desenvolve em ambiente de competição ou não. No contexto jurídico e econômico atual, podemos ter atividades econômicas (agora em sentido amplo, é dizer, atividades às quais se pode atribuir relevância econômica) consideradas serviços públicos prestadas em regime de exclusividade ou de competição. Bem como podemos ter atividades econômicas em sentido estrito (aquelas que não são tomadas pela ordem jurídica como serviço público) exploradas em regime de monopólio ou competição, neste último caso como o gênero das atividades econômicas. Hodiernamente, portanto, saber se a empresa estatal explora serviço público ou atividade econômica em sentido estrito parece ser irrelevante.³³

A despeito das contendas doutrinárias acima narradas, a questão passou por recente reviravolta, tendo em vista a promulgação da Lei nº 13.303/2016. A nova lei implanta regime jurídico aplicável a todas as estatais, de forma indistinta, abarcando todas as entidades que explorem “(...) atividade econômica de produção ou comercialização

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15-16.

³¹ Alice Maria Gonzales Borges considera que o art. 173, §1º, III refere-se a todas as espécies de sociedade de economia mista e de empresas públicas, a incluir aquelas que prestam serviços públicos, asseverando, contudo que “ao entender-se que o estatuto jurídico das sociedades de economia mista e empresas públicas, previsto no art. 173, §1º, da Constituição deverá abranger a todas, sejam dedicadas à atividade de exploração econômica *stricto sensu* (cada vez mais raras, depois de tantas privatizações), sejam prestadoras de serviços públicos, isto não quer dizer que se deva conferir-lhes um disciplinamento único. Muito ao contrário. Ao disciplinar tais entidades, não se podem esquecer, mais uma vez recorrendo à interpretação conjugada da Constituição como um todo harmônico, as diferenças essenciais entre as estatais que desempenham atividade econômica e as que prestam serviço público, pois estas últimas se acham sujeitas, também, ao regime constitucional do serviço público” (BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 9-26, jul./dez. 2010).

³² SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90-91.

³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 581.

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*” (art. 1º).

A solução legal parte, aparentemente, de conceito amplo de exploração de atividade econômica, a englobar até mesmo serviços públicos que não podem ser prestados em regime de concorrência. A lei foi além da literalidade do art. 173, §1º, e talvez mais longe que aqueles que aproximam o regime das prestadoras de serviço público ao das exploradoras de atividade econômica: ao igualar situações jurídicas díspares, corre o risco de não agradar nem gregos nem troianos.

Contudo, considerando que a lei se encontra vigente³⁴ e que em breve seus efeitos afetarão as estatais já constituídas,³⁵ e que, por outro lado, não se tem notícia de declaração de sua inconstitucionalidade, é preciso reposicionar a interpretação do regime jurídico das estatais a esta nova realidade legislativa. Para realizar tal reposicionamento de forma sistemática, passa-se a estudar a evolução do tratamento normativo e doutrinário das licitações e contratos das empresas estatais.

3 Licitações das empresas estatais

As licitações são normalmente conceituadas como procedimento ou processo administrativo “destinado à formação da vontade administrativa contratual”.³⁶

A imposição de licitação para celebração de contrato pelas estatais é normalmente considerada um imperativo de isonomia e preservação do patrimônio público, pois:

As empresas estatais manejam, de alguma forma, bens públicos. Ainda que competindo no mercado, pode-se dizer que no seu mister estão envolvidos bens públicos tanto porque desses bens derivou (no todo ou em parte) o capital social da empresa, como também porque, detendo o Estado parcela

do capital, poderá o poder público ser chamado a responder, proporcionalmente à sua participação, por obrigações inadimplidas pelo ente estatal. (...). Segue daí que, independentemente de qual fosse a prescrição constitucional ou legal prescritora de procedimentos rigorosos para escolha e contratação do particular com quem trará suas parcerias, já estaria o princípio republicano a exigir que tal procedimento, e regra, observasse os cânones da isonomia e da preservação do patrimônio público.³⁷

A imposição da licitação não significa, contudo, possibilidade de desconsiderar as peculiaridades da atividade empresarial do Estado sob regime de direito privado, sobretudo a necessidade de preservação das suas condições de competição, como exposto. Dessa forma, passa-se ao estudo da evolução do tema no direito brasileiro, com análise da recém-publicada Lei nº 13.303/2016.

3.1 Evolução das normas de licitações nas estatais brasileiras: do Decreto-Lei 200/76 até a previsão do Estatuto das Estatais pela Emenda Constitucional 19/98

Embora o estudo das normas de licitações e contratos no direito brasileiro remonte a diplomas centenários – como o caso do Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862³⁸ – foi a partir da edição do Decreto-Lei 200/1967 que “a ideia de que os contratos públicos devem ser disputados em licitação se disseminou amplamente na Administração brasileira e passou a ser aplicável às aquisições feitas não só por entes administrativos centralizados e descentralizados (autarquias), como pelos entes estatais organizados na forma de direito privado”.³⁹

Como aponta Adilson Dallari, desde a edição do DL 200/1967 consolidou-se o modelo básico de licitações brasileiro como procedimento administrativo com três fases básicas, quais sejam a comunicação aos interessados, seleção dos participantes (habilitação) e seleção das propostas.⁴⁰

³⁴ A Lei nº 13.303/2016 entrou em vigor em 01.07.2016, data de sua publicação.

³⁵ O art. 91, *caput*, da Lei nº 13.303/2016 concede prazo de 24 meses para que as empresas públicas e as sociedades de economia mista constituídas anteriormente à vigência da lei promovam as adaptações necessárias à adequação ao disposto no referido diploma. De acordo com o art. 91, §3º, permanecem regidos pela legislação anterior os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do referido prazo de 24 meses.

³⁶ Adilson Dallari assim afirma: “Roberto Dromi, com invejável clareza, separa a licitação do contrato. A licitação é um procedimento pré-contratual, destinado à formação da vontade administrativa contratual, mas que não se confunde com o contrato, que somente existe após um acordo de vontades feito por meio de outro procedimento legalmente previsto. É preciso distinguir o procedimento pré-contratual de preparação do futuro contrato, e o procedimento contratual, de execução ou celebração do contrato” (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 28).

³⁷ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado *In*: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 585.

³⁸ Decreto nº 2.926 – de 14 de maio de 1862 – “Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Publicas”. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75862&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e Seu Controle*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21.

⁴⁰ DALLARI, Adilson Abreu. Consensualidade, gestão e função pública: transformações no regime das licitações e contratos administrativos. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 517.

A redação originária do art. 125 do Decreto-Lei 200/1967 apresentava vinculação ao modelo legal de licitação para administração direta e autarquias, posição fundamental para desenvolvimento da doutrina de dualidade ou dicotomia das regras de licitação e contratos, considerando-se permitida existência de modelo simplificado para empresas estatais.⁴¹

A dicotomia prevaleceu na legislação de licitações subsequente – Decreto-Lei nº 2.300/1986 – de modo que nos termos dos arts. 86 e 84 do referido dispositivo, as estatais poderiam seguir regulamento próprio desde que preservados os princípios básicos da licitação, os limites de valor para fixação da modalidade licitatória e os prazos de publicação dos editais e de interposição de recursos.

Apesar da consolidação do regime de licitações nesses termos, observou-se, empiricamente, uma série de abusos e desvios nas estatais, a configurar violação aos princípios de isonomia, impessoalidade, moralidade e economicidade da atuação administrativa.

Em reação a esse fenômeno, formou-se tendência no sentido de ampliação da incidência de normas de direito público para tais entidades, muitas vezes sem considerar suas peculiaridades. Essa tendência ao enrijecimento do regime das estatais impactou diretamente o texto da Constituição da República de 1988, inclusive no que diz respeito às licitações, como identifica Floriano de Azevedo Marques Neto:

Como reação aos desvios, a Carta adotou opção que acabou por praticamente erradicar as vantagens que advinham da criação dos entes estatais de direito privado. Ao equipará-los aos entes da Administração Direita e submetê-los ao regime de direito público (especialmente no tocante aos procedimentos de contratação de pessoal, previsões orçamentárias e licitações), inicialmente sem nenhuma temperança, a CF inaugurou uma situação peculiar.

⁴¹ A este respeito, Hely Lopes Meirelles afirmou: “Com normas tão claras a respeito, puderam a doutrina e a jurisprudência fixar-se no entendimento dominante de que tais entidades, embora organizadas pelo Estado, não se sujeitam às regras rígidas da licitação estatal para seus contratos, sendo-lhes lícito adotar sistemas próprios de seleção de contratantes ou mesmo efetuar contratações diretas com empresas ou pessoas escolhidas para suas obras, serviços e fornecimentos (...). E compreende-se que assim seja porque a Constituição da República, ao permitir que o Estado organize e explore atividades econômicas em caráter suplementar à iniciativa privada (...). Com isto o legislador constitucional nivelou deliberadamente os estabelecimentos empresariais do Estado aos particulares, para que tivessem a mesma liberdade de ação e a mesma flexibilidade operacional das organizações congêneres da iniciativa privada” (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e sociedade de economia mista. *Revista de Direito Público*. Ano VII, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 52, apud ALMEIDA, Aline Paola C. B. Camara de. O regime licitatório das empresas estatais. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 181-183).

As empresas estatais atuantes em atividades econômicas em sentido estrito passavam a ter as “desvantagens” (as restrições materiais e procedimentais enrijecedoras da gestão) da submissão ao regime público, sem direito a vantagens não extensiva às suas congêneres privadas (é dizer, não controladas pelo Estado), pois isto a Constituição expressamente vedava (cf. artigo 173, §§1º 2º).⁴²

A exacerbação das regras de direito público, na redação original da Constituição, contribuiu para uma interpretação conservadora do regime de licitações das estatais. O cenário agravou-se com a edição da Lei nº 8.666/1993, cuja estrutura normativa visava, claramente, unificar os regimes licitatórios aplicáveis à administração direta e indireta – sobretudo tendo em vista o teor do seu art. 1º, Parágrafo único e o art. 119.

Como já discutido acima, esse processo de “recaptação pelo direito público das entidades estatais com personalidade jurídica de direito privado”⁴³ veio a ser questionado no contexto das proposições de reforma administrativa durante a década de noventa. Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 19/1998 – dentre outras modificações – tornou clara a necessidade de adequação entre o regime jurídico das estatais e as suas licitações pela alteração dos artigos 22, XXVII, e 173, §1º da Constituição da República.

Pela nova redação do art. 22, XXVII, restou evidente a competência para que a União legisle sobre normas gerais de licitações e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista de forma dissociada das regras aplicáveis à administração direta, autárquica e fundacional. Representa,

⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado*. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 579.

⁴³ O conceito de recaptação ou captura das estatais pelo regime jurídico de direito público é explorado por Floriano de Azevedo Marques Neto no artigo *As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado*. Outros autores utilizam a expressão “autarquização das estatais”, como por exemplo, Henrique Motta Pinto: “A aplicação excessiva das normas próprias, que desconsidera o caráter empresarial das estatais e as suas particularidades dentro do universo das figuras da organização administrativa, conduz à descaracterização das empresas estatais e a sua aproximação com o regime jurídico das pessoas de direito público. *Daí a se falar em um movimento de autarquização das empresas estatais, uma vez que a autarquia é uma pessoa de direito público descentralizada, cujo regime jurídico passa a servir de paradigma para a equiparação*. Diante desse risco, coloca-se o desafio de saber quando as normas próprias são admissíveis, e, em caso positivo, em que intensidade. A resposta a esse desafio deve ser buscada concretamente, por meio de soluções que obtenham um equilíbrio entre a necessidade da medida imposta pela norma própria e a preservação do modelo empresarial adotado pelo Estado para uma entidade sua” (PINTO, Henrique Motta. A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Superior Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na Administração Pública. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 15, n. 57. São Paulo, 2010).

portanto, avanço no sentido de dissociar as regras de licitação e contratação das estatais das normas gerais previstas na Lei nº 8.666/1993 – o que por si só implicaria na necessidade de conferir aos seus dispositivos interpretação conforme à constituição.

A redação alterada no §1º do art. 173, por sua vez, destacou a diferença entre o regime jurídico das estatais e o regime aplicável à administração direta, autárquica e fundacional (já implícita na redação original da Constituição), nos seguintes termos:

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:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

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

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Assim, de acordo com a nova redação do art. 173, a lei deveria estabelecer estatuto jurídico com normas específicas para “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Inegável que a previsão de um estatuto com normas gerais para as estatais refletiu antigo pleito por maior uniformização e controle dessas entidades.⁴⁴ Contudo, considerando o largo período sem

a edição do estatuto das estatais (como visto, a legislação referenciada só foi editada quase 18 anos após a publicação da EC 19/1998), instaurou-se grande divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da definição de quais normas se aplicariam a tais empresas.

Enquanto para alguns a regra do art. 173, §1º não era autoaplicável, de modo que na ausência do estatuto das estatais deveria se aplicar as normas gerais de licitações e contratos,⁴⁵ outros advogaram a aplicabilidade do dispositivo – inclusive com a possibilidade de estabelecimento de regulamento simplificado por parte das estatais⁴⁶ – tema que ganhou grande destaque em virtude do questionamento judicial da validade do regulamento de licitações e contratos da Petrobras.⁴⁷

⁴⁵ Como sintetizado por Adilson Dallari: “Entende parte considerável da doutrina que, enquanto não for editado o estatuto das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, previsto no art. 173, §1º, da Constituição Federal, as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas devem observar fielmente as normas da Lei nº 8.666/93” (In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. 229: 69-85. Jul./Set. 2002).

⁴⁶ Descrevendo a tendência de normas simplificadas de licitação para estatais, Henrique Motta Pinto afirma: “Não há, portanto, um tratamento licitatório diferenciado para as empresas estatais no sistema da Lei 8.666/93, que ficam sujeitas às mesmas regras aplicáveis às demais entidades estatais. Como reação a essa uniformidade de regime licitatório, vem se disseminando uma tendência legislativa de instituição de regimes licitatórios simplificados para empresas estatais, em atenção à sua personalidade jurídica de direito privado e seu funcionamento empresarial. Em 1997, a Lei do Petróleo flexibilizou as licitações a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), afastando a incidência da Lei 8.666/93 com a previsão de um procedimento licitatório simplificado, definido por decreto do presidente da República (Lei 9.478/97, art. 67, e Decreto 2.745/98). A Lei 11.652/08 adotou semelhante solução legislativa para as licitações da Empresa Brasil de Comunicação S.A. (EBC), cujo regulamento simplificado encontra-se no Decreto 6.505/08. Em 2009, a fórmula também foi aplicada para as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), para permitir que as aquisições de bens e as contratações de serviços, que ela e suas controladas realizem, ocorram por meio de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do presidente da República (Lei 11.943/09). Em razão de tal tendência legislativa, vem sendo debatida a questão da validade das normas que permitem a criação de procedimentos licitatórios simplificados para empresas estatais. A discussão foi judicializada e começa a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio de decisões cautelares, a corte vem preservando os efeitos dos procedimentos licitatórios da Petrobras, realizados com base na Lei do Petróleo e no Decreto 2.745/98, contra decisões, de outras instâncias judiciais e do Tribunal de Contas da União, que os anulam para impor à estatal a observância da Lei 8.666/93. Em mandado de segurança interposto pela Petrobras, o STF, em decisão monocrática do min. Gilmar Mendes, deferiu a medida cautelar para suspender os efeitos de decisão do TCU que determinou à sociedade de economia mista que se abstivesse de aplicar o seu regulamento simplificado de contratações e seguisse a Lei 8.666/93” (PINTO, Henrique Motta. A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Superior Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na Administração Pública. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 15, n. 57, São Paulo, 2010).

⁴⁷ No caso da Petrobras, o procedimento simplificado foi regulado pelo Decreto nº 2.745/1998, editado “nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e do art. 173, §1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998”. Destacam-se as seguintes decisões monocráticas com posicionamento favorável ao regime diferenciado da Petrobras: STF, MS 31235 MC/DF, Decisão Monocrática, Ministro Relator Dias Toffoli, *DJe* 29.03.2012. Ag. Reg. em MS 30.358/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 11.10.2012; Ag. Reg. em MS 30.349/

⁴⁴ Destaca-se, nesse sentido, a proposta feita por Pedro Paulo de Almeida Dutra, em *O controle de empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 177: “1)Defendemos a necessidade de dotar o Brasil de uma Lei de Orientação do Setor Público (LOSP), na qual ter-se-ia: a) a definição dos direitos e dos deveres do Estado em relação às suas empresas, na condição de Estado-criador e Estado-acionista; b) a definição dos direitos e deveres das empresas em relação ao Estado-criador e ao Estado-acionista; c) a definição de regras uniformes para todas as empresas do Estado; d) a institucionalização da função instrumental das empresas estatais e afixação dos limites de suas ações; e) a fixação de regras referentes às relações das empresas com o sistema de planejamento do País; f) o estabelecimento das regras que concernem à inserção das empresas estatais na vida cotidiana do Estado e suas relações com o Ministro em questão – no âmbito de Supervisão Ministerial –, com o Governo e com o Parlamento; g) a fixação das regras mínimas referentes à instituição dos órgãos de controle; h) a fixação das regras mínimas referentes ao estatuto do pessoal”.

A solução pela aplicação de regulamento simplificado tende a compor de forma mais adequada os diversos interesses e particularidades das estatais,⁴⁸ adaptando a elas, inclusive, as regras de dispensa e inexigibilidade de licitação. Em sentido semelhante, ao analisarem o regulamento da Petrobras, Marcia Ribeiro e Rosangela Alves afirmaram:

Afora a previsão de algumas situações de atualização da lei geral, com a disciplina de contratações vinculadas à tecnologia, simplificação de procedimentos e fixação de normas procedimentais relacionadas aos cadastros de potenciais ofertantes de bens ou serviços, o regulamento acentua exigências de tratamento distinto àquele imposto às contratações da Administração Pública em geral para situações de caráter tipicamente empresarial e privado, compatíveis com negociações inseridas num contexto de mercado. Aí está o diferencial consagrado pela regulamentação, que somente se justifica pela característica da Petrobras de empresa que atua no mercado e que deve ter garantido para si o respeito a um princípio tipicamente econômico, como o é o da economicidade, e aos inafastáveis princípios característicos da atividade administrativa, como aqueles da moralidade e isonomia. Observa-se, a partir do regulamento, que grande parte das contratações entabuladas pela empresa são dissociadas da licitação, por inexigibilidade – o que prescinde, inclusive, do procedimento de dispensa. E o são especialmente porque, a partir da quebra do monopólio da concessão de atividades relacionadas a petróleo e outras fontes, a empresa se viu na contingência de ter de competir – como regra com outras empresas privadas para a obtenção de concessões estatais.⁴⁹

DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 27.03.2012; MS-ED 25.986, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 30.6.2006; MS-MC 26.783, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 1.8.2007; MS 27.232, Rel. Min. Eros Grau, *DJe* nº 90/2008, publicado em 30.5.2008; MS 27.743, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 237/2008, publicado 15.12.2008; MS 28.745, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 12.5.2010; MS 28.626, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 4.3.2010; MS 27.796, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 6.2.2009; MS 28.897, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 2.8.2010; MS 29123 MC/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 09.09.2010; MS 31235 MC/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 29.03.2012.

⁴⁸ Nesse sentido, Binenbojm afirma “a verdade é que a aplicação da Lei nº 8.666/93 às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas sempre se revelou problemática na prática, seja pela excessiva lentidão e onerosidade de seus ritos, como pela baixa economicidade de seus resultados. Inseridas, muitas vezes, em ambientes de livre concorrência, a Lei de Licitações sempre representou um ingrediente importante de baixa competitividade das estatais brasileiras vis-à-vis de empresas privadas libertas dos mesmos entraves burocráticos. Tudo a contribuir, injustamente, para o discurso e a prática do sucateamento das empresas controladas pelo Poder Público” (BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos Simplificados de Licitações das Empresas Estatais: O caso da Petrobras. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 309).

⁴⁹ RIBEIRO, Marcia Carla; ALVES, Rosangela do Socorro. *Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no Mercado*. Monografia contemplada com menção honrosa em concurso promovido pelo DEST. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_avaliacao_premio_dest_2008.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

Ademais, o entendimento pela possibilidade de criação de regulamentos próprios já havia sido contemplado pelo anteprojeto de normas gerais para organização administrativa brasileira, que previa criação de novo regime de licitação para as entidades de direito privado (empresas estatais e fundações estatais) em reação ao regime unificado instaurado pela Lei nº 8.666/1993. Como explica Carlos Ari Sunfeld, a solução do anteprojeto consistia em elencar os aspectos fundamentais da licitação – a atender os imperativos do art. 37, XXI, da Constituição, permitindo a “*criação de regulamentos próprios*, nos seguintes casos: para qualquer empresa estatal não dependente e para as entidades estatais privadas dependentes (empresas estatais ou fundações estatais) que tenham celebrado contrato de autonomia com o órgão supervisor do executivo”.⁵⁰

Apesar do relatado caminho de progressiva aceitação da validade das normas que permitem a criação de procedimentos licitatórios simplificados para empresas estatais (e antes mesmo que o tema fosse decidido com definitividade pelo STF), houve radical mudança nesse tema, em virtude da promulgação da Lei nº 13.303/2016. Como se verá no tópico a seguir, a lei adotou caminho na contramão da tendência legislativa e doutrinária, reduzindo a quase zero o papel dos regulamentos simplificados das estatais.

Por fim e apesar dos atropelos trazidos pela Lei nº 13.303/2016, destacam-se por sua importância no tema algumas teorias desenvolvidas com o intuito de fornecer maior proporcionalidade à obrigação de licitar à luz do regime jurídico das estatais, em complemento à dualidade de normas gerais de licitação acima exposta.

Tais teorias partiram da percepção de que a imposição generalizada das normas de direito público de licitação geraria óbices insuperáveis ao exercício da atividade empresarial.

A teoria mais comum – propalada tanto pela doutrina⁵¹ quanto pela jurisprudência⁵² – passa pela diferenciação da obrigação de licitar entre as atividades

gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_avaliacao_premio_dest_2008.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 59.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 208-209. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, O Regime Jurídico das Empresas Estatais. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 158-160.

⁵² Veja-se, por exemplo: STJ, RMS 17.949/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Otávio de Noronha, *DJ* de 26.09.2005. TCU, Acórdão 121/1998 – Plenário, Relator Ministro Iram Saraiva, julgado em 26.08.1998.

fim e atividades meio. Tal raciocínio considera que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito não estariam submetidas ao dever de licitar para o exercício de suas atividades fim, sob pena de sofrerem injusto prejuízo em relação às condições de suas concorrentes privadas. Por outro lado, a isenção não alcançaria as atividades meio, tendo em vista que a ausência de competição no desempenho dessas impede o afastamento das regras licitatórias.

Marçal Justen Filho⁵³ e Floriano de Azevedo Marques Neto apontam para insuficiência das teorias que estudam a obrigação de licitar sob a perspectiva de diferenciação entre atividades fins e atividades meio, considerando a impossibilidade de uma divisão absoluta entre estas atividades: seria possível realizar licitação para atividades fim que não demandassem procedimentos expeditos e por outro lado, a licitação de determinadas atividades meio poderiam ensejar prejuízo à capacidade competitiva das estatais.

Assim sendo, Marques Neto faz proposição de um novo critério para avaliação da extensão da obrigação de licitar, qual seja:

Defendo que o crivo para se verificar se uma empresa estatal deve ou não observar regras formais de contratação atinentes ao regime de direito público deve ser a verificação (e suficiente demonstração) no caso concreto da incompatibilidade entre o procedimento (ou formalidades a ele inerentes) e a finalidade da contratação alvitrada no âmbito da atividade competitiva por ela exercida.⁵⁴

⁵³ Segundo Justen Filho, “a questão não se refere à configuração de uma contratação como relacionada à atividade-fim ou à atividade-meio. O relevante reside na existência de competição entre a entidade estatal e os outros agentes econômicos. Quando o Estado se dispuser a atuar no mercado, deverá submeter-se a exigências próprias e características do setor. Um dos pontos fundamentais da organização empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores de produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informais para seleção da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre com as atividades-fim, mas isso não pode ser estabelecido como regra absoluta. Pode haver atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto como pode existir atividade-meio que exija solução imediata e destituída de formalidade. A ausência de licitação derivará, então, da impossibilidade de obter sucesso na atividade empresarial se for aplicada a licitação, eis que isso eliminará margens de autonomia indispensáveis e inerentes à atuação no mercado. Admitir-se-á ausência de licitação quando esta for a única alternativa sustentável perante a técnica e a ciência para desempenho satisfatório da atividade empresarial considerada em face de circunstâncias concretas e determinadas” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 30).

⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcus Juruena Villela (Org.). *Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 588.

Nesse contexto, a inviabilidade de competição, especificamente no âmbito do cotidiano de uma empresa estatal que compete intensamente no mercado, poderá ocorrer em diversas situações, por diferentes motivos. Floriano de Azevedo Marques Neto, identifica, dessa forma três principais hipóteses em que o objeto da contratação (ou a realidade fática na qual ele se insere) obsta a competição – e, pois, a realização de licitação. São elas: (i) incompatibilidade entre o procedimento licitatório e a natureza do objeto da contratação (por expor ao conhecimento dos concorrentes informações sigilosas ou estratégicas); (ii) falta de sintonia entre a velocidade exigida pelo contexto empresarial e os prazos demandados por um processo licitatório; ou ainda (iii) impossibilidade de definição dos contornos da contratação ou dos critérios de sua precificação à luz da realidade comercial da atividade explorada pela empresa estatal.⁵⁵

Feita esta exposição das linhas gerais da evolução normativa e doutrinária das licitações nas estatais, passa-se a analisar em específico o teor da Lei nº 13.303/2013.

3.2 Lei nº 13.303/2016: Estatuto das Estatais

3.2.1 Aspectos gerais da Lei nº 13.303/2016

A Lei nº 13.303/2016 apresenta regulamento minucioso e contempla, ainda que parcialmente, o conteúdo do “Estatuto das Estatais” mencionado pelo art. 173, §1º da Constituição da República, tratando: da função social (art. 27); das formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade (art. 85 ao art. 90); da sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas (tema não enfrentado completamente, mas abordado pelos arts. 5º a 13); da licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (arts. 28 a 67 para licitações e arts. 68 a 84 para contrato); da constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários (arts. 13, 18, 23 e 26) e por fim, dos mandatos, avaliação de desempenho e responsabilidade dos administradores (arts. 8º, 13, 16 e 17).

A aceleração da aprovação da lei e o recebimento da alcunha de “Lei de Responsabilidade das Estatais” já demonstram seu intuito moralizante

⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcus Juruena Villela (Org.). *Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 595 e ss.

e enrijecedor das regras aplicáveis às estatais – muitas vezes sem a devida reflexão a respeito das consequências dessas medidas. Como afirma Caio Loureiro:

A aprovação do Estatuto, já há muito discutido no Congresso Nacional, foi abreviada pela recente conjuntura das empresas estatais, especialmente acerca da necessidade de prever regras mais rígidas de governança e na relação com os particulares. (...)

O caráter endurecedor e moralizante do Estatuto trouxe consigo alguns avanços inegáveis, principalmente na gestão das estatais. Há, contudo, potencial de engessamento das contratações realizadas por essas empresas, o que pode resultar em desvantagens para aquelas que atuam em regime de competição com empresas privadas. Por sua vez, a celeridade do trâmite do PLS 555, do qual se originou o Estatuto, acarretou alguns equívocos que podem ensejar dúvidas relevantes na interpretação do novo diploma.

Corre-se o risco, nesse cenário, de anular-se a evolução na compreensão do regime jurídico das estatais, construído sobretudo após a Emenda Constitucional nº 19/1998.

Como já adiantado, a lei possui largo espectro de incidência, na medida em que aplicável a todas as estatais, de forma indistinta, a contemplar todas as entidades que explorem “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 (art. 1º)”. A falta de tratamentos compatíveis com as especificidades das estatais reflete-se na disciplina uniforme e prolixa das licitações, como se verá a seguir.

3.2.2 Licitações na Lei nº 13.303/2016

Não obstante a demonstrada evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido da necessária autonomia para as regras de licitação das estatais, com previsão de formatos mais expeditos e compatíveis com o exercício de atividade empresarial em regime de concorrência, a edição da Lei nº 13.303/2016 trouxe corpo de regras muito complexo e que em grande parte condensa a regulamentação já existente e aplicável à administração direta, autárquica e fundacional. Inegável a inspiração do diploma no Regime Diferenciado de Contratações pincelando-o com disposições de outras legislações de licitação (p.e., pregão). Até mesmo os pontos considerados inovadores,⁵⁶ como a

⁵⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

previsão de contratação semi-integrada cujo edital é acompanhado apenas de projeto básico, já possuía desenho correlato na legislação brasileira desde a edição da lei de concessão de serviço público (Lei nº 8.987/1995).

O presente artigo não objetiva reproduzir o minucioso regramento procedimental da lei, sintetizando nos seguintes termos por Maria Tereza Fonseca Dias:

As disposições referentes as licitações e contratos foram previstas nos arts. 28 a 84 da lei, contando com a seguinte estrutura e principais previsões:

- Da exigência de licitação e dos casos de dispensa e de inexigibilidade (art. 28);
- Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos (art. 31 a 41);
- Das normas específicas para obras e serviços (art. 42 a 46);
- Das normas específicas para aquisição de bens (art. 47 e 48);
- Das normas específicas para alienação de bens (art. 49 e 50);
- Do procedimento de licitação (art. 51 a 62), contemplando as seguintes fases (art. 51): preparação; divulgação; apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; julgamento; verificação de efetividade dos lances ou propostas; negociação; habilitação; interposição de recursos; adjudicação do objeto; homologação do resultado ou revogação do procedimento; e critérios de julgamento das propostas (art. 54): menor preço; maior desconto; melhor combinação de técnica e preço; melhor técnica; melhor conteúdo artístico; maior oferta de preço; maior retorno econômico; melhor destinação de bens alienados. Quanto a habilitação, foram previstas as seguintes possibilidades (art. 58): exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante; qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório; capacidade econômica e financeira; recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço. Observa-se que as regras procedimentais trataram de compilar as diversas possibilidades já previstas tanto na Lei n. 8.666/1993, quanto na lei do pregão (Lei n. 10.520/2001); na lei do RDC (Lei n. 12.462/2011); na Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei n. 8.987/1995) e na lei das PPPs (Lei n. 11.079/2004);
- Dos procedimentos auxiliares das licitações (art. 63 a 67): pré-qualificação permanente; cadastramento; sistema de registro de preços; catálogo eletrônico de padronização;
- Da formalização dos contratos (art. 68 a 80);
- Da alteração dos contratos (art. 81);

- Das sanções administrativas (art. 82 a 84), compreendendo (art. 83): advertência; multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.⁵⁷

Feita essa ressalva, passa-se então aos pontos da nova legislação que merecem tratamento mais minucioso.

Em relação aos regulamentos simplificados – anteriormente expedidos com autorizações legais pontuais e com respeito aos princípios da administração pública – tem-se que seu papel se encontra deveras reduzido na nova regulamentação. Isso porque a lei deixa pouquíssimo espaço para compatibilização entre o processo licitatório legal e o princípio da concorrência aplicável aos casos concretos.

Aliás, como anota Caio Loureiro, o próprio marco dos regulamentos simplificados de contratação perdeu sua base legal por força do Estatuto das Estatais:

o Estatuto revogou expressamente os artigos 67 e 68 da Lei 9.478/97, que autorizavam a Petrobras a editar regulamento próprio de Contratação. Com isso, é possível concluir que foi revogado também o Regulamento Simplificado de Contratação, aprovado pelo Decreto 2.745/98.⁵⁸

Em adição, tem-se que as causas de licitação dispensada, dispensa e inexigibilidade, arroladas na lei em análise, são por demais restritas e em grande parte assemelhadas àquelas previstas pela lei geral de licitações.

Inclusive, o Estatuto das Estatais prevê como causa de *dispensa* a “compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”, mesmo após extensa construção doutrinária e jurisprudencial dessas situações enquanto causa de *inexigibilidade* de licitação para as estatais, nos termos já explanados acima (item 3.1).

O crivo para análise da necessidade de licitação, sobretudo em virtude da incompatibilidade entre procedimento licitatório e o exercício da atividade empresarial em regime de concorrência, dependerá, sobretudo da forma de aplicação das causas de licitação

dispensada, dispensa e inexigibilidade, de licitação, sobretudo as previstas no art. 28, §3º, art. 29, XVIII e no art. 30, da Lei em análise:

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.

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) XVIII – na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

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.

Outro problema específico diz respeito à indefinição das normas de licitações e contratos para serviços de publicidade. Como esclarece Caio Loureiro:

⁵⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *O Estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016) sob a ótica da Constituição da República de 1988*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/o-estatuto-juridico-das-empresas-estatais-lei-133032016-sob-a-otica-da-constituicao-da-republica-de-1988>>. Consulta em: 30 ago. 2016.

⁵⁸ LOUREIRO, Caio de Souza. Aspectos gerais do Estatuto da Empresa Estatal – Lei 13.303/2016. Disponível em: <<http://www.manesco.com.br/site/pt/litteraDetalhe.php?id=1381>>. Consulta em: 10 jul. 2016.

Outro ponto importante do Estatuto é a sujeição dos contratos de publicidade ao regime licitatório e contratual por ele previsto. Essa disposição afastaria, em tese, a aplicação da Lei 12.232/2010, que dispõe sobre normas de licitação e contratação de serviços de publicidade, o que pode representar um problema, tendo em vista que ao contrário desta Lei, o Estatuto não contempla as especificidades do contrato de publicidade. Ao ignorar o regime próprio dos contratos de publicidade, a normativa prevista no Estatuto poderá acarretar problemas e inadequações nos procedimentos de licitação e contratação de agências de publicidade.⁵⁹

Por fim, como se não existissem elementos suficientes para dificultar a aplicação da nova legislação, registra-se a possível controvérsia sobre as normas de licitação e contratos aplicáveis às empresas em funcionamento. Como já afirmado, o art. 91, §3º, determina apenas que permanecem regidos pela legislação anterior os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do referido prazo de 24 meses. Egon Bockmann prenuncia as possíveis controvérsias derivadas do referido dispositivo:

Logo, a Lei incide de imediato, mas não incide de imediato. Pode-se imaginar que os atos e fatos a ser praticados depois do dia 30 de junho de 2016 deverão obediência irrestrita à Lei 13.303/2016 (por exemplo, a nomeação de diretores deve cumprir o art. 17). O mesmo se diga quanto às leis que autorizem a criação de estatais. Todavia, as estatais que já existem precisam se adaptar: neste caso, a Lei 13.303/2016 incide aos poucos, de maneira diferenciada: as normas e práticas que a contrariem são tidas como revogadas; as que precisem de conformação – seja porque ainda não existem, seja porque não são explícitas o suficiente – demandam esforços para cumprir o prazo de 24 meses.

Contudo, ao menos três perguntas ficam em aberto: a primeira delas diz respeito às licitações, que não possuem regra expressa de Direito Intertemporal. O §3º do art. 97 excepciona apenas as licitações e contratos em curso (às quais a lei nova não se aplica). Porém, podem ser promovidas aquelas cujos editais estão prontos e aprovados, mas ainda não foram lançados? Eles haverão de ser recolhidos e refeitos? Além disso, a segunda pergunta: se as leis estaduais, distritais e municipais contrariarem a Lei 13.303/2016, o que acontece? A ordem do legislador federal obriga os legisladores estaduais, distrital e municipais? Ou será o administrador quem vai escolher quais normas aplica – se a federal ou se a que criou a respectiva estatal? Mas a pergunta mais interessante talvez seja a terceira: o

que acontece no primeiro dia depois do término do 24º mês? Qual a sanção para a desobediência ao *caput* do art. 91? As empresas estatais não-adaptadas serão ilícitas? Ou fica tudo como dantes?⁶⁰

Tendo em vista a publicação recente da lei analisada, são essas as reflexões preliminares que se faz ao novo regime licitatório das estatais. Resta torcer pela interpretação razoável da nova legislação, a viabilizar o regular exercício da atividade empresarial do Estado.

4 Conclusões

Tendo sido expostos os principais contornos do regime jurídico das licitações nas empresas estatais, passa-se a expor brevemente as conclusões do presente trabalho:

- a. Há movimento pendular da organização administrativa que ora ruma para ações de estatização das atividades econômicas, ora pende para processos de privatização – situações que são influenciadas pelo contexto socioeconômico, político e jurídico de cada país.
- b. De igual maneira, há constante tensão entre as regras de direito público e de direito privado aplicáveis às estatais. A descoberta de desvios aos princípios da administração relacionados à atuação dessas empresas gera grande comoção social e influencia diretamente na expansão da aplicação de normas de direito público a tais entidades.
- c. Ocorre que em experiência passada – sobretudo observada em virtude da promulgação da Lei nº 8.666/1993 – demonstrou-se que o enrijecimento do controle burocrático não resulta, necessariamente, em maior correção na atuação das estatais. Por outro lado, a rigidez pode impactar diretamente o regime constitucional de direito privado necessário à preservação das condições de competitividade dessas empresas.
- d. A edição da EC 19/98 contribuiu para ponderação do regime jurídico das estatais tendo em vista a necessidade de igualdade de competição com as empresas privadas. Contudo, a edição recente da Lei nº 13.303/2016 poderá promover novo enrijecimento das regras de licitação das estatais

⁵⁹ LOUREIRO, Caio de Souza. *Aspectos gerais do Estatuto da Empresa Estatal – Lei 13.303/2016*. Disponível em: <<http://www.manesco.com.br/site/pt/litteraDetalhe.php?id=1381>>. Consulta em: 10 jul. 2016.

⁶⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4g-pos25w70xdeevjx>>. Consulta em: 06 jul. 2016.

e possível desconstrução das teses que fundamentavam as hipóteses de sua inexigibilidade e dispensa.

- e. Dessa forma, espera-se que a evolução na compreensão do regime jurídico das estatais seja considerada na interpretação conferida ao novo normativo.

5 Bibliografia

- ALMEIDA, Aline Paola C. B. Camara. O regime licitatório das empresas estatais. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre de Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos Simplificados de Licitações das Empresas Estatais: O caso da Petrobras. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, Alice Gonzales. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº19/98. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 1-12, 1999.
- BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 9-26, jul./dez. 2010.
- BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, 1995.
- CARBAJALES, Juan José. *Las Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal – SABIE –*: El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidade de “empresa pública”?. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2011.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Sociedade de Economia Mista – Sua natureza – Seus problemas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, 103: 1-15, jan./mar. 1971.
- CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal: uma análise econômica do art. 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DALLARI, Adilson Abreu. Consensualidade, gestão e função pública: transformações no regime das licitações e contratos administrativos. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *O Estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016) sob a ótica da Constituição da República de 1988*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/o-estatuto-juridico-das-empresas-estatais-lei-133032016-sob-a-otica-da-constituicao-da-republica-de-1988>>. Consulta em: 30 ago. 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, O Regime Jurídico das Empresas Estatais. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- HOUIN, R. A Administração das Empresas Públicas e as Normas do Direito Comercial. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 48, Rio de Janeiro: FGV, abr./jun. 1957.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LOUREIRO, Caio de Souza. *Aspectos gerais do Estatuto da Empresa Estatal – Lei 13.303/2016*. Disponível em: <<http://www.manesco.com.br/site/pt/litteraDetalle.php?id=1381>>. Consulta em: 10 jul. 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MAURER, Hartmut. El derecho administrativo como parte del derecho público y su delimitación respecto del derecho privado. In: MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo Alemán*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), 2012, p. 50-52. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3143>>. Consulta em: 07 jul. 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevjx>>. Consulta em: 06 jul. 2016.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- PEREIRA, Cesar Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PINTO, Henrique Motta. A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Superior Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na Administração Pública. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 15, n. 57. São Paulo, 2010.
- RIBEIRO, Márcia Carla; ALVES, Rosângela do Socorro. *Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no Mercado*. Monografia contemplada com menção honrosa em concurso promovido pelo DEST. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_avaliacao_premio_dest_2008.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.
- SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TACITO, Caio. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, 151:228, jan./mar. 1983.

TONITELLI, Pierangelo. From private to public to private again: a long-term perspective on nationalization *Análise Social*, vol. XLIII (4º), 2008, 675-692.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

AVELAR, Mariana Magalhães. Licitações das empresas estatais: delineamento do regime jurídico aplicável aos procedimentos de contratação do Estado empresário. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 177, p. 49-64, set. 2016.
