

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A LICITAÇÃO NAS ESTATAIS: O ADVENTO DA LEI N. 13.303/2016 E A
INAPLICABILIDADE DAS REGRAS LICITATÓRIAS NAS CONTRATAÇÕES
RELACIONADAS ÀS SUAS ATIVIDADES FINALÍSTICAS**

MARINA TERRA BASTOS CAMPOS

Rio de Janeiro
2020 / 1º semestre

MARINA TERRA BASTOS CAMPOS

**A LICITAÇÃO NAS ESTATAIS:
O ADVENTO DA LEI N. 13.303/2016 E A INAPLICABILIDADE DAS REGRAS
LICITATÓRIAS NAS CONTRATAÇÕES RELACIONADAS ÀS SUAS ATIVIDADES
FINALÍSTICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Dr. Luigi Bonizzato**

Rio de Janeiro
2020 /1º semestre

MARINA TERRA BASTOS CAMPOS

**A LICITAÇÃO NAS ESTATAIS:
O ADVENTO DA LEI N. 13.303/2016 E A INAPLICABILIDADE DAS REGRAS
LICITATÓRIAS NAS CONTRATAÇÕES RELACIONADAS ÀS SUAS ATIVIDADES
FINALÍSTICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Dr. Luigi Bonizzato**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Luigi Bonizzato

Orientador

Luciana Silveira

Membro da Banca

Tayssa Rodrigues

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020 / 1º semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

TC1981 Terra Bastos Campos, Marina
A LICITAÇÃO NAS ESTATAIS: O ADVENTO DA LEI N. 13.303/2016 E A INAPLICABILIDADE DAS REGRAS LICITATÓRIAS NAS CONTRATAÇÕES RELACIONADAS ÀS SUAS ATIVIDADES FINALÍSTICAS / Marina Terra Bastos Campos. -- Rio de Janeiro, 2020.
58 f.

Orientador: Luigi Bonizzato.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Licitação. 2. Lei nº 13.303. 3. Estatal. 4. Inaplicabilidade. I. Bonizzato, Luigi, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

AGRADECIMENTOS

“Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e os seus planos serão bem-sucedidos.”
(Provérbios 16:3)

Não poderia começar de forma diferente, senão dando toda honra e toda glória ao meu Senhor, Jesus Cristo. O poder da oração e do amor de Jesus mudou a minha fé e a minha vida. E, se hoje estou concluindo essa etapa, é porque Ele sonhou isso pra mim e me sustentou até aqui. E, com a intercessão de Nossa Senhora e a proteção do meu Anjo da Guarda, pude me fortalecer a cada dificuldade e, principalmente, ter minha integridade física preservada em meio às idas diárias à Central do Brasil e noites indo e voltando de minha cidade. São tantos livramentos e bençãos que nem sei definir. Minha gratidão é eterna.

Dedico essa vitória à minha família, especialmente a minha mãe, Valéria. A mais pura demonstração do amor de Deus e de Nossa Senhora por mim. Você é meu orgulho e a razão de tudo, mãe. Sem você, jamais seria possível. Você lutou diariamente para me dar as melhores oportunidades, abdicando de si própria, e teve que lidar com a preocupação e com a saudade. E você venceu tudo isso junto comigo. Você é a pessoa mais forte que eu conheço. Espero um dia te dar todo o orgulho que você merece.

Agradeço imensamente ao meu pai, Renato, pelo apoio incondicional nessa jornada. Quantas vezes te vi segurar o choro ao me ver conquistar coisas que, para mim, eram pequenas, mas para você eram enormes... Você sempre me valorizou e me fez sentir muito amada e especial. Sonhou com essa vitória como se fosse sua, e pode ter certeza de que é. Mesmo sem ter estudo, você é muito sábio e sua honestidade e garra sempre serão um enorme exemplo pra mim.

Marcus, meu irmão, sou muito grata a você. Tenho muito orgulho do homem íntegro que se tornou. Você não imagina o quanto aprendi com a nossa convivência, com nossas conversas, com a sua paciência, sua humildade e até as nossas diferenças. Espero que você nunca duvide do quão grande você é. Essa conquista também foi por você.

À minha querida Vozinha, meu coração é só gratidão. Pra falar da senhora, que me ensinou a ler e a escrever, faltam-me palavras. A língua portuguesa é riquíssima em seu vocabulário, mas, ainda assim, a sua importância em minha vida não possui definição. A senhora é responsável por eu ser quem sou hoje. Seu apoio e seu amor me fortalecem a cada dia e levam ao caminho da paz e do bem. A senhora é um ser de muita luz e bondade e espero um dia ter um coração tão puro quanto o seu. Obrigada por tudo.

Eu certamente não teria chegado até aqui sem o meu marido, Gabriel. Você me fez descobrir uma força que eu pensei que não tivesse. Por você, eu tento ser alguém melhor todos os dias. Seu nome é de anjo e não consigo pensar em um papel diferente de alguém que me protege, cuida de mim e sara as minhas feridas. Você é meu presente de Deus e minha inspiração diária.

Agradeço a todos os meus familiares, em especial meus tios Sebastião, Monica e Ana Lucia, que abriram as portas de seus lares e de seus corações para me receberem e me darem todo o apoio que eu precisava. Com vocês, eu me senti mais do que como sobrinha: me senti filha, me senti acolhida. Essa conquista jamais teria sido alcançada sem vocês.

Aos meus priminhos Clara e Guilherme, os meus amores, que enchem a minha vida de luz, de cor, de esperança e de amor: muito obrigada pelos beijos, abraços e sorrisos sinceros, que me fizeram deixar para trás qualquer tristeza ou dificuldade.

Onde quer que vocês estejam, saibam, Vozinho e tio Julinho: essa conquista também é de vocês. Sinto suas presenças o tempo todo comigo e tenho em minha memória e em meu coração tudo que fizeram por mim. Serei eternamente grata por ter tido a honra de ter vocês em minha vida.

Aos meus amigos, os quais pouparei os nomes, para evitar esquecer de mencionar algum e ser injusta: obrigada por terem sido meu ponto de paz. Por terem me tirado de tantos sufocos e de tantas fossas. Por terem celebrado cada vitória comigo. Por terem acreditado em mim quando nem eu mesma o fazia. Cada um de vocês tem um lugar especial em meu coração.

A todos que contribuíram de alguma maneira à minha formação – professores, funcionários, colegas de estágio e de estudos –, minha eterna gratidão pela enorme contribuição. Espero um dia fazer por vocês tanto quanto fizeram por mim.

À FND: obrigada por ter me tornado tão forte.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as inovações trazidas pela Lei nº 13.303/2016, o Estatuto das Estatais, em especial a previsão expressa da não incidência das regras licitatórias nas contratações relacionadas ao objeto social das estatais, o que direciona a uma nova modalidade de contratação direta: a inaplicabilidade de licitação. A edição do Estatuto passou a ser prevista na Constituição por meio da redação dada pela Emenda nº 19/1998. Para compreensão do tema, será feita uma abordagem geral acerca das licitações no ordenamento jurídico brasileiro, bem como uma retrospectiva histórica do regramento atinente às licitações das estatais, passando pela primeira, segunda e terceira fase, com destaque para a contribuição do Tribunal de Contas da União na flexibilização das regras licitatórias nas contratações envolvendo suas atividades finalísticas.

Palavras-chave: Licitação; Estatal; Contratações; Eficiência; Atividade-fim; Inaplicabilidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the innovations brought by Law N° 13.303/2016, the State Statute, especially the express prediction of the non-incidence of bidding rules on contracts related to the state's social object, which leads to a new modality of direct contracting: the inapplicability of bidding. The edition of the Statute began to be provided for in the Constitution through the wording given by Amendment N°. 19/1998. To understand the theme, a general approach will be made about bids in the Brazilian legal system, as well as a historical retrospective of the rule regarding the bidding of the state, going through the first, second and third phase, with emphasis on the contribution of the Federal Court of Auditors in the flexibilization of bidding rules in contracts involving their finalistic activities.

Keywords: Bidding; State-owned Company; Efficiency; End-activity; Inapplicability

SUMÁRIO

Introdução	10
I – As licitações no ordenamento jurídico brasileiro	12
1.1. Os princípios norteadores da licitação.....	14
1.2. Tipos e modalidades de licitação	18
1.3. Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação	19
II - O contexto histórico das licitações no Brasil antes da Lei nº 13.303/2016	22
2.1. A primeira fase de licitações no Brasil: a centralização administrativa e ausência de disposições legais sobre as estatais	22
2.2. A segunda fase de licitações no Brasil: a criação da administração indireta e permanência do não-dever de licitar.....	23
2.3. A terceira fase de licitações no Brasil: a inclusão das estatais no rol de obrigatoriedade de licitação e o retorno da onda liberalizante.....	26
2.4. A contribuição do Tribunal de Contas da União na flexibilização das regras licitatórias	30
III- A Lei das Estatais: liberdade de gestão e restrição ao controle do Estado	35
3.1. A inaplicabilidade de licitação nas contratações relacionadas ao objeto social das estatais	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

Editada em 30 de junho de 2016, a Lei nº 13.303 ficou conhecida como “Estatuto das Estatais” e veio com a missão de corrigir uma importante omissão legislativa, referente à regulamentação do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, in verbis:

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.¹

A Emenda Constitucional nº 19/1998 foi responsável pela redação do aludido dispositivo, cujo comando passou despercebido aos olhos do legislador ordinário por quase vinte anos.

Neste contexto, a determinação das bases gerais do regime licitatório e contratual das empresas estatais, durante esse período de vacância legislativa, esteve nas mãos da doutrina administrativista e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e, com menor participação, do Supremo Tribunal Federal. Desta feita, nota-se que tais entendimentos – bem como outras novas interpretações – foram recepcionados pela nova legislação, os quais serão objeto de análise no presente trabalho.

Para que as estatais pudessem se adaptar a tamanhas inovações, a referida Lei trouxe, em seu art. 91, o prazo de vinte e quatro meses, a contar da sua promulgação, para que suas disposições passassem de fato a vigor, chegando ao seu termo ad quem em julho de 2018.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2020.

O presente trabalho tem por objetivo analisar os entendimentos recepcionados pela Lei das Estatais no âmbito da (não) aplicação das regras licitatórias, especialmente no que concerne às contratações relacionadas às suas atividades finalísticas, através de uma revisão bibliográfica, com foco na estruturação jurisprudencial, doutrinária e normativa. Nesse sentido, iniciará por meio de uma abordagem geral acerca das licitações no ordenamento jurídico brasileiro, dissertando a respeito de seu conceito e suas finalidades, princípios norteadores, bem como tipos e modalidades, além as hipóteses de contratação direta, nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Em seguida, passa-se a uma perspectiva histórica das contratações das estatais no ordenamento brasileiro e do conseqüente dever de licitar. Ato contínuo, será feita uma exposição acerca da contribuição exercida pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, na flexibilização das regras licitatórias envolvendo suas atividades finalísticas.

Finalmente, serão trabalhadas, como objeto principal da presente pesquisa, as inovações na matéria trazidas pela Lei nº 13.303/2016, em especial a previsão expressa da não incidência das regras licitatórias nas contratações relacionadas ao objeto social das estatais, o que direciona a uma nova modalidade de contratação direta: a inaplicabilidade de licitação.

I – AS LICITAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo a lição do ilustre Marçal Justen Filho²,

a licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da Isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

De acordo com o comando do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, via de regra, ou seja,

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações licitação que garanta aos seus participantes igualdade de condições.³

Dentre as suas finalidades, estão viabilizar a contratação mais vantajosa à Administração e assegurar ao administrado a oportunidade de concorrer, em igualdade de condições, com os demais interessados. É o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴

(...) visa a garantir duplo objetivo: de um lado, proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso; de outro, garantir aos administrados ensejo de disputarem entre si a participação nos negócios que o Estado entenda de realizar com os particulares.

A este respeito, importante citar a doutrina de Diógenes Gasparini:⁵

A procura da melhor proposta para certo negócio é o procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou mesmo vedada. A seleção dessa melhor proposta, feita segundo

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2020.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas e dever de licitar. In: **Revista de Direito Público – RDP**, vol. 34 n. 5, jun. 1975, p. 535.

⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 470.

critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderam ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento. Assim, não pode ser aproveitada qualquer proposta, ainda que seja melhor que a melhor das apresentadas, se não integrar esse procedimento.

Além da busca pela melhor proposta e isonomia, a Lei nº 12.349/10 acrescentou à redação do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, a garantia de Desenvolvimento Nacional como uma das finalidades do procedimento licitatório. Veja-se:

Art. 1º. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (...)

Quanto à competência para legislar, de acordo com o inciso XXVII do art. 22, da Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar sobre

normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.⁶

Nesta senda, registre-se que, uma vez em consonância com as regras trazidas na legislação federal, os estados e municípios poderão definir normas específicas para regulamentação de seus procedimentos licitatórios.

No âmbito federal, existem, atualmente, três leis gerais de licitações: Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), bem como duas leis que versam acerca de contratos administrativos, quais sejam, as Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04. Adicionalmente, tem-se a Lei nº 12.462/11, a qual trata do RDC (Regime Diferenciado de Contratações).

⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2020.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal entende haver disposições da Lei nº 8.666/93 que definem regras específicas de licitação, sendo que, nesses casos, os dispositivos serão aplicáveis somente às licitações realizadas no âmbito federal. A título de exemplo, a norma que trata acerca de permuta de bens imóveis.⁷

1.1. Os princípios norteadores da licitação

Uma das noções primordiais é a de que o procedimento licitatório deve pautar-se em todos os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública – tanto aqueles expressos no art. 37, caput, e demais dispositivos da Carta Magna, quanto os princípios implícitos no ordenamento jurídico. Ou seja, todos os princípios aplicáveis à atuação do Estado devem ser observados na realização de licitações públicas. Porém, alguns merecem destaque.

Válido iniciar pelo basilar Princípio da Legalidade, tendo em vista que, segundo José dos Santos Carvalho Filho, para toda a Administração Pública, e

impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei que verifique com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.⁸

A este encontra-se atrelado o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (que, em regra, trata-se do edital, exceto no convite, em que a lei prevê a convocação mediante carta-convite, que é de um instrumento convocatório simplificado), dispondo que ficam os licitantes obrigados, bem como a própria Administração Pública, à observância das normas constantes do instrumento convocatório, inclusive no que tange ao critério de escolha do vencedor a ser utilizado nas licitações. Sobre a sua relevância, discorre novamente Carvalho Filho:⁹

⁷ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADI nº 927**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 03 de novembro de 1993. Diário da Justiça, Brasília, DF, 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>> Acesso em: 05 out. 2020.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 266.

⁹ *Ibidem*, p. 266.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Deve, ainda, o procedimento licitatório observar o Princípio da Publicidade. Isso porque é fundamental que todas as fases da licitação sejam dotadas da devida transparência, de maneira a preservar o interesse público, uma vez que oferece controle do procedimento, sobretudo para aferir possíveis irregularidades, bem como permite haver ampla competitividade entre os concorrentes. É o que ensina Marçal Justen Filho:¹¹

A publicidade desempenha duas funções. Permite o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/88, a garantia foi ampliada (art. 5º, XXXIII).

Na senda do Princípio da Moralidade, exige-se que o gestor adote uma conduta proba e honesta, de maneira a garantir uma adequada administração, com o fito de garantir o interesse público. Na lição de Diógenes Gasparini sobre o tema,

exige-se do agente público uma conduta ética arcada por comportamentos legais e honestos no exercício da atividade administrativa e, por conseguinte, na condução de qualquer licitação. É decorrência de igual princípio previsto no art. 37 da Lei Maior federal.¹²

Uma das mais importantes diretrizes é dada pelo Princípio da Isonomia. Em seu aspecto material, isto significa tratar igualmente os iguais e oferecer tratamento desigual aos desiguais na medida de suas diferenças. Neste sentido, o princípio visa a igualar juridicamente aqueles que são desiguais faticamente, formando o que se convencionou chamar de isonomia material, conforme explicita Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. XXI, do Texto Constitucional.¹³

¹⁰ Com as devidas ressalvas relacionadas ao princípio do sigilo das propostas, as quais serão apresentadas no presente trabalho.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.

¹² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, 2006, p. 547.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 542.

Sendo assim, nota-se que está em conformidade com esse princípio o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme disposto na Lei Complementar nº 123/06, bem como a possibilidade de criação de preferências para aquisição de produtos manufaturados ou serviços nacionais que obedeçam às normas técnicas brasileiras, nos moldes da Lei nº 8.666/93.

Ainda neste contexto, vale citar o Princípio da Impessoalidade, o qual está diretamente ligado ao Princípio da Isonomia, posto que determina o tratamento imparcial dos participantes do certame, ou seja, a ausência de subjetividade, não sendo admitidos por parte do agente público favoritismos ou discriminações.

Ademais, de acordo com o Princípio do Julgamento Objetivo, o ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se incluam às escolhas dos julgadores. Portanto, o administrador não se deve valer de critérios que não estejam previamente definidos no edital para definição do vencedor do certame. A este respeito, preleciona Maria Sílvia Zanella Di Pietro:¹⁴

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com seus critérios fixados no edital. E também está consagrado de modo expreso, no artigo 45, em cujos os termos 'o julgamento das propostas objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle'. Para fins de julgamento objetivo, o mesmo dispositivo estabelece os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e do maior lance ou oferta. Esses critérios não são aplicados para o concurso e para o pregão.

Dando prosseguimento, tem-se, ainda, o Princípio do Sigilo das Propostas, o qual garante que as propostas apresentadas pelos licitantes sejam sigilosas até a data da abertura dos envelopes, a ser feita em conjunto por todos os concorrentes, em sessão pública, conforme previamente determinado pelo edital. Visa este princípio a competitividade entre os concorrentes, bem como a manutenção da probidade durante o processo licitatório. Sua inobservância pode gerar infração também aos princípios da igualdade e legalidade. A título de

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 155.

exemplo, o STJ, em voto proferido em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança¹⁵, de relatoria do Ministro José Delgado, pontuou:

Admitir o pedido seria subverter todos os princípios básicos da licitação, não só o da igualdade entre os licitantes, mas, também, o do sigilo das propostas. Considere-se que os envelopes que contêm as propostas dos demais participantes já foram abertos, com o conhecimento de seus conteúdos, produzindo, conseqüentemente, os efeitos legais.

Conforme preceitua o art. 4º da Lei nº 8.666/2016, a licitação é regida pelo “Princípio do Procedimento Formal”. A sua ideia é a de que o administrador não submeta ao seu próprio juízo as regras procedimentais para realização da licitação, mas tão somente cumpra os parâmetros estabelecidos na lei. Nas palavras de Hely Lopes de Meirelles¹⁶, “procedimento formal significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que a regem em todos os seus atos ou fases”. E complementa, afirmando que “não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências (...)”.

Por fim, de acordo com o Princípio da Eficácia Administrativa, o agente público tem o dever de gerenciar os recursos públicos onerando o menos possível à Administração. A atividade administrativa gera custos e, como os recursos públicos são escassos, é necessário que a sua utilização produza os melhores resultados econômicos possíveis, tanto quantitativa quanto qualitativamente. A ideia de eficácia vincula-se ao Princípio da Eficiência, diretamente ligado ao objeto central do presente trabalho. Por ora, registre-se o seguinte entendimento de Hely Lopes de Meirelles¹⁷, importante tanto para a compreensão do referido princípio, quanto para as diretrizes que serão doravante abordadas:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10404/RS**. Rel. Min. José Delgado. Brasília, DF, 29 de abril de 1999. Diário da Justiça, DF, 01 de julho de 1999. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8390217/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-10404-rs-1998-0091592-3/inteiro-teor-102635624>> Acesso em: 02 out. 2020.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 36 - 37.

¹⁷ Idem. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 89.

1.2. Tipos e modalidades de licitação

De início, imperioso elucidar que os tipos de licitação não podem ser confundidos com as modalidades de licitação. As modalidades se relacionam ao procedimento adotado na licitação, variando conforme o objeto do contrato e o seu preço. Já os tipos se vinculam ao critério de julgamento da licitação, ou seja, à forma de avaliação das propostas dos concorrentes.

Dito isto, são modalidades de licitação: a tomada de preços, a concorrência, o convite, o leilão, o concurso, o pregão e o Regime Diferenciado de Contratação. Por sua vez, os tipos de licitação são divididos em licitação “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance”.

Sendo assim, quatro critérios podem ser estabelecidos, no instrumento convocatório, como forma de escolha do vencedor do certame. Sendo assim, a Administração Pública deverá previamente definir, no edital, o critério de escolha do vencedor a ser utilizado na licitação, não podendo, após feita a escolha, se valer de outro. Havendo empate, a lei estabelece critérios sucessivos de desempate, nas situações em que não foram suficientes os critérios escolhidos para a seleção de uma única proposta vencedora.

No tocante às modalidades, tem-se que a concorrência, a tomada de preços e o convite são escolhidos pela Administração em razão do valor do contrato a ser celebrado, com ressalvas para a concorrência que, em determinadas situações previamente estipuladas por lei, será exigida em razão do objeto a ser contratado. Por sua vez, as outras modalidades, quais sejam, o concurso, o leilão e o pregão, são selecionados em virtude da natureza do objeto do contrato e não do valor, propriamente dito.

Ainda que as modalidades variem, todas têm procedimentos comuns e apresentam fases internas e externas. Além disso, na fase externa, ainda que apresentem variações, todas as modalidades têm as mesmas etapas, tais quais, a publicação do instrumento convocatório, a fase da habilitação, a fase do julgamento (ou classificação), a fase de homologação, finalizando com a etapa de adjudicação.

Mister pontuar brevemente sobre fracionamento da licitação, a qual se trata da divisão do objeto da licitação, com a intenção de utilizar modalidade licitatória menos rigorosa daquela legalmente estabelecida.

Excepcionalmente, o legislador permite o parcelamento e a utilização de modalidade mais simples, em situações em que as parcelas, de natureza específica, necessariamente precisem ser prestadas por profissional diverso. O fracionamento doloso, com a intenção de causar prejuízos à Administração Pública, configura, inclusive, crime tipificado na Lei de Licitações, juntamente à aplicação de sanções administrativas e cíveis cabíveis, não sendo a falta de planejamento por parte do gestor justificativa plausível para o seu cometimento. As orientações¹⁸ do Tribunal de Contas da União são claras nesse sentido:

Em resumo, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado.” (...) Não raras vezes, ocorre fracionamento da despesa pela ausência de planejamento da Administração. O planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento.

1.3. Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação

É certo que a licitação é regra constitucionalmente prevista a ser observada por todos os entes públicos. No entanto, a própria Carta Magna reconheceu existirem ressalvas à sua realização. Logo, faz-se necessário, em determinadas situações, que os contratos sejam celebrados diretamente com a Administração Pública, seja por dispensa de licitação, seja por inexigibilidade do processo licitatório.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁹

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>> Acesso em: 28 ago. 2020.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 218.

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Nesta mesma linha, a esclarecedora lição de José dos Santos Carvalho Filho:²⁰

A dispensa e a licitação têm seus próprios pressupostos legais: nesta, a inviabilidade de licitação; naquela, a situação prevista na lei, embora viável o certame. Desse modo, o primeiro aspecto a ser examinado é se a licitação é viável ou não; se não o for, o caso é logo de inexigibilidade. Só depois de constatada a viabilidade é que o administrador verifica se a situação se enquadra em algum caso de dispensa. Não há, pois, escolha para o administrador.

Em outras palavras, a inexigibilidade de licitação ocorre sempre que as peculiaridades atinentes à singularidade da contratação ou ao contratado (no caso em que seja o único agente apto ou que interesse à Administração) inviabilizarem a competição. Em contrapartida, nas situações de dispensa, o Poder Público encontra-se diante de situação em que é plenamente possível a realização do procedimento licitatório mediante a competição, no entanto, a lei dispõe que é desnecessária a execução do certame, notadamente apoiada no princípio da eficiência.

Vale lembrar que o rol das hipóteses de inexigibilidade trazidas pela lei não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Portanto, mesmo que a circunstância não esteja disposta expressamente no texto legal, a licitação será inexigível quando for inviável a realização de competição entre interessados.

Por outro lado, no rol das hipóteses em que o processo licitatório for dispensado ou dispensável, o legislador cuidou de elucidar todas as situações, sendo, portanto, um rol exaustivo. Nos casos de licitação dispensável, a legislação permite a celebração dos contratos pelo Poder Público sem a necessidade de realização do procedimento licitatório, mas se trata de atuação discricionária do administrador, a quem compete, em cada caso, definir se realizará ou não o certame licitatório. Já nos casos de licitação dispensada, o administrador público não

²⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 282.

pode emitir qualquer juízo de valor, sendo imperativa a contratação direta por determinação legal.

Ainda sobre contratação direta, ensina Marçal Justen Filho: ²¹

A Lei reprime o abuso na contratação direta, seja nos casos de inexigibilidade seja naqueles de dispensa. Deve ter-se em vista que a autorização para contratação direta não importa liberação para a Administração realizar contratações desastrosas, não vantajosas ou inadequadas. A Administração tem o dever de buscar, sempre, a maior vantagem para o interesse público. Esse dever não é afastado nos casos de inviabilidade de competição. Mesmo nos casos de ausência de pluralidade de alternativas, a Administração tem o dever de buscar o melhor contrato possível. Não se justifica uma contratação com valores abusivos simplesmente porque a única alternativa era aquela.

Nesta senda, registre-se o Acórdão nº 648/2007 do Tribunal da Contas da União:

A regra constitucional que incide sobre todas as aquisições do Poder Público é de submissão ao procedimento licitatório, sendo exceção a contratação direta, pelo que o enquadramento do caso concreto nas hipóteses do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, tem de ser plenamente motivado e cabalmente documentado, devendo o respectivo processo reunir todas as provas que de monstrem a adequação da medida e permitam reconhecer a inadequação do instrumento como forma de satisfação do interesse público.²² Acórdão 648/2007 Plenário (Sumário)

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 288.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 648/2007** – Plenário. Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça. Data da Sessão: 18 de abril de 2007. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-30357/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse > Acesso em: 28 ago. 2020.

II - O CONTEXTO HISTÓRICO DAS LICITAÇÕES NO BRASIL ANTES DA LEI Nº 13.303/2016

O art. 173, § 1º, III da Constituição Federal de 1988 estabelece que o estatuto jurídico próprio de cada estatal – tanto que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens, quanto de prestação de serviços – deve versar, dentre outros aspectos, “sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Neste contexto, encontra-se a Lei nº 13.303/2016, a qual, atualmente, concretiza a determinação constitucional aludida. O Estatuto das Estatais, dentre outras matérias, dispõe sobre o regime licitatório e contratual das estatais e, para fins do presente trabalho, prevê expressamente as hipóteses de contratação em que é possível haver a não-incidência das normas licitatórias.

Ocorre que, muito embora suas previsões explícitas não levantem tantas dúvidas com relação à aplicação de tal regramento, vale registrar que, no ordenamento jurídico, nem sempre o regime de contratações das estatais, principalmente no que tange às suas atividades finalísticas, apresentou roupagem legal, sendo a Lei das Estatais um desenredo de um processo evolutivo de flexibilização.

2.1. A primeira fase de licitações no Brasil: a centralização administrativa e ausência de disposições legais sobre as estatais

Compreende André Rosilho²³ que, em 1922, com a edição do Regulamento Geral da Contabilidade Pública (Decreto nº 15.783/1922), do Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536/1922) e, após, do Decreto-lei nº 2.416/1940 deu-se o início da primeira fase de licitações no Brasil.

Todavia, à época, as contratações por empresas estatais não dispunham de regramento específico e as explicações para tal problemática pode ser explicada sob duas óticas.

²³ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52.

A uma, visto que a organização do Estado brasileiro dispunha de uma centralização de sua estrutura, em que as atividades constitucionalmente atribuídas eram executadas pela própria Administração Direta, por meio de seus entes federativos. Portanto, não havia Administração Indireta, ou seja, a ideia de estruturas administrativas autônomas dotadas de personalidade jurídica própria era inexistente.

A duas, pois o Brasil adotava uma postura “não-intervencionista”, ao passo em que não interferia de forma direta no domínio econômico, o que durou até 1930, consoante as lições de Maria Carla Pereira Ribeiro²⁴. Portanto, não era comum a existência de empresas estatais fazendo parte da estrutura da Administração, com raras exceções, à exemplo do Banco do Brasil,²⁵ criado no século XIX e que, para alguns autores, trata-se da primeira sociedade de economia mista a surgir no país.

É certo que essa ausência de regramento a ser seguido pelas estatais em suas contratações fez com que a doutrina majoritária e da jurisprudência da época firmassem entendimentos acerca da desnecessidade de observância dos procedimentos licitatórios pelas estatais, restringindo-se apenas à obediência aos princípios da Administração Pública.²⁶

2.2. A segunda fase de licitações no Brasil: a criação da administração indireta e permanência do não-dever de licitar

Esse cenário de vacância legislativa apenas sofreu mudanças ao longo de 1960, quando foi aprovada uma reforma que trouxe ao Brasil, dentre outras importantes inovações, uma estrutura de Estado organizacional bipartida. Tal forma de organização foi inspirada no sistema europeu continental, dividindo a Administração em “central” e em “descentralizada”; que nada mais é o que se conhece por Administração direta e indireta, respectivamente.

Nesta senda, destaca-se a criação do Decreto-lei nº 200/1967, cuja atenção voltou-se às estatais e estruturou essa nova forma de organização do Estado.

²⁴ RIBEIRO, Maria Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 81.

²⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 67-68.

²⁶ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 51-52.

Para fins do presente trabalho, vale registrar, inclusive, que tal diploma legal é considerado marco unificador do tema das licitações no Direito brasileiro. Isso porque, embora tenha sido criado com âmbito de incidência voltado apenas à União, sua margem ampliou-se de maneira a atender também os Estados e Municípios, por meio da Lei nº. 5.456/1968, cujo art. 1º apresenta a seguinte redação:

Art. 1º. Aplicam-se aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas no arts. 125 a 144 do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta Lei.²⁷

Consoante os ensinamentos de André Rosilho²⁸, o supracitado Decreto-lei foi criado com o intuito de ser, em suas palavras, “uma espécie de norma-quadro”, posto que apresenta “balizas e limites” que abrangem, inclusive, a matéria das licitações. Nesta senda, dispõe que

o Decreto-lei 200/1967, assim como o Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, estabeleceu o dever geral de licitar, para somente então excepcionar sua incidência em casos particulares. Neste sentido, determinou-se que a Administração direta e as autarquias – da União, Estados e Municípios – teriam de licitar previamente à contratação de compras, obras e serviços, obedecendo, para tanto, às normas consubstanciadas no Decreto-lei 200/1967. Note-se que ficaram de fora da obrigatoriedade de licitar, pela redação do diploma normativo, a Administração indireta e as alienações realizadas pelo Poder Público”.²⁹

Portanto, sob a ótica do referido autor, o Decreto-lei nº 200/1967 teria repetido a abordagem da legislação anterior, ao desobrigar as estatais do dever de licitar, posto que se encontram fora do mencionado “grau de abrangência do dever de licitar”.

No que se refere às disposições constitucionais da época, mister registrar as palavras de Arnaldo Wald:

(...) o próprio Decreto-lei nº. 200 manteve a orientação fixada pela Constituição Federal, pois no seu art. 125 e nas disposições seguintes, estabeleceu normas para as licitações da Administração Direta e das autarquias (ipsis verbis) excluindo, a contrário sensu, as empresas públicas e as sociedades de economia mista,

²⁷ BRASIL. Lei nº. 5.456/1968. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de junho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5456.htm> Acesso em: 25 out. 2020.

²⁸ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52.

²⁹ Ibidem.

consideradas ambas pelo próprio diploma legal como órgãos não autárquicos da Administração Indireta (art. 49, inciso n, do Decreto- lei n.º. 200).³⁰

E conclui:

(...) tanto a interpretação literal, como a lógica e até a sistemática convergem, assim, no sentido de excluir a aplicação imperativa do sistema de licitação às empresas públicas e sociedades de economia mista, por serem enquadradas como entidades com personalidade jurídica de direito privado.

De acordo com Orlando Carlos Gandolfo, o intuito do legislador pelo afastamento da obrigatoriedade de licitar por parte das estatais amparou-se no art. 170, §2º da Constituição Federal vigente à época da edição do referido Decreto, dispositivo este que estabeleceu expressamente que “as empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações”; sendo incompatível com tais entidades o dever de licitar. A este respeito, leciona:

O decreto-federal n. 200, de 27.2.1967, inclui no âmbito da administração indireta as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (art. 4º, n. II, letras ‘a’, ‘b’, e ‘c’, com a redação dada pelo decreto-lei n. 900, de 29.9.1969); porém, o art. 125, apenas sujeita à licitação a administração direta (Secretarias de Estado) e as autarquias, deixando de fora as empresas Públicas e as sociedades de economia mista” (...) Aliás, no texto ilegal incorreu omissão mas exclusão premeditada, tecnicamente concebida, uma vez que a Lei Maior dispõe: “Art. 170 (...) §2.º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. (...) Nessa conformidade, não pode a sociedade anônima, cujo objetivo essencial consiste no exercício da mercancia, ficar aperrada às normas que norteiam o ordenamento administrativo das repartições-públicas.³¹

Considera o autor, ainda, ser incoerente

a empresa funcionar segundo os métodos da empresa privada (art. 71 da Constituição do Estado), o que indica a velocidade comercial que deve imprimir aos seus negócios, e ficar, ao mesmo tempo, sujeita às peias burocráticas que caracterizam as licitações públicas realizadas pelas Secretarias de Estados e Autarquias.³²

Todavia, vale registrar que a despeito de restarem desobrigadas da realização de procedimento licitatório, as empresas públicas e sociedades de economia mista, como qualquer

³⁰ WALD, Arnaldo. Empresa pública - Obrigações e contratos - Licitação - Rede Ferroviária Federal. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 118, nov. 1974, p. 452-459 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40566/39297>>. Acesso em: 05 out. 2020.

³¹ GANDOLFO, Orlando Carlos. **Licitação promovida por sociedade controlada pelo Estado**: submissão aos métodos das empresas privadas – inteligência do art. 79 da lei n. 10.395, do Estado de São Paulo. In: Revista dos Tribunais – RT, n. 436/49, fev./1972.

³² Ibidem.

outra figura da Administração Pública, sempre estiveram sob o crivo dos valores constitucionais a fim de garantir a validade de suas contratações, as quais, mesmo sem aplicação da maioria das normas sobre o assunto, jamais se deram de maneira irrestrita.

O entendimento de Antonio Carlos Cintra do Amaral é capaz de ilustrar a posição da doutrina nesse sentido, ao passo em que pontua que compreende que

tanto a Administração Direta ou Centralizada, quanto as entidades descentralizadas, são obrigadas, pois, a efetuar licitação com vistas à realização de suas obras, serviços, compras e alienações. As licitações promovidas pela Administração Direta ou Centralizada e pelas autarquias devem observar as normas legais. Quanto às demais entidades descentralizadas [como as sociedades de economia mista], são elas obrigadas à realização de suas aquisições, serviços e obras de acordo com os princípios da licitação.³³

Portanto, apesar de terem ganhado espaço tanto no ordenamento jurídico quanto na estrutura organizacional do Estado, nota-se que a – não – observância das regras licitatórias por parte das estatais, na prática, permaneceu a mesma na segunda fase das licitações no Brasil, haja vista bastar, às suas contratações, sujeitarem-se aos princípios constitucionais. Diga-se, inclusive, que a forma republicana adotada pelo país desde 1891 deu ensejo a essa sujeição a tais pautas valorativas.

Neste sentido caminhou o entendimento doutrinário à época, que se manteve consoante à primeira fase de licitações e, de igual modo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

2.3. A terceira fase de licitações no Brasil: a inclusão das estatais no rol de obrigatoriedade de licitação e o retorno da onda liberalizante

Marcada pela edição do Decreto-lei nº 2.300/1986, a terceira fase de licitações no Brasil começou a apresentar novas diretrizes, que seguiram na mesma linha até a Lei nº 8.666/1993, a Lei das Licitações.

Isso porque, como jamais visto anteriormente, determinou-se que, até a edição de seus próprios regulamentos de licitações, as sociedades de economia mista e empresas públicas

³³ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Licitações promovidas pelas empresas sob controle do poder público. In: **Revista de Direito Público** – RDP, v. 63/37, jul.-set./1982.

deveriam dar cumprimento às normas licitatórias, conforme art. 86 do referido Decreto-lei, o qual previa que

as sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, ficarão sujeitas às disposições deste decreto-lei.

Soma-se a isso o fato de que a Constituição Federal de 1988, ao incluir a Administração indireta e, portanto, implicitamente, as estatais, no rol de entidades sujeitas ao dever de licitar, mostrou-se parâmetro de validade do Decreto-lei nº 2.300/1986, muito embora a referida Carta Magna tenha sido promulgada posteriormente ao diploma legal.

A promulgação da Lei Geral de Licitações e Contratos vem como ápice deste novo entendimento acerca da obrigatoriedade de licitar pelas estatais. Criada em decorrência do episódio dos Anões de Orçamento³⁴, concluiu-se que o Decreto-Lei nº 2.300/1986 apresentava “brechas” capazes de facilitar escândalos deste tipo, envolvendo fraudes nas contratações públicas, que oneraram em demasia os cofres públicos.

Neste contexto, a Lei nº 8.666/1993 passou a contemplar, em suas disposições envolvendo o regime licitatório, as empresas estatais. É o que determina seu art. 1º, § único:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não obstante tal previsão, não demorou para que, mediante embasamento doutrinário e jurisprudencial, a aplicação das regras licitatória passasse a ser relativizada no âmbito das

³⁴ Trata-se de um esquema de corrupção ocorrido no período dos primeiros anos após a ditadura. O escândalo consistia na manipulação de emendas parlamentares, em que se recebia dinheiro para entidades sociais fantasmas, com a suposta finalidade de assistência social, além da realização de acordos para favorecer empreiteiras, sob o comando do deputado baiano João Alves. À época, instaurou-se a CPI do Orçamento, marcada como a primeira investigação em que os parlamentares averiguaram uns aos outros. Cf. TERRA. **Lembre do escândalo dos Anões do Orçamento que completa 20 anos** Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/lembredo-escandalo-dos-anoes-do-orcamento-que-completa-20-anos,3f1376212bd42410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>> Acesso em: 24 out. 2020.

estatais, de certo que se mostraram inviáveis, principalmente no que tange às contratações ligadas às suas atividades-fim.

Ressalte-se que tal aplicação mitigada, embora amparada no art. 173 da Constituição Federal, não contava, até recentemente, com respaldo em legal específico, sendo objeto, portanto, de construção teórica.

Sendo assim, em todas as épocas os doutrinadores e os tribunais impediram a total obrigatoriedade de licitação nas sociedades de economia mista e empresas públicas, alcançando atividades centrais à sua atuação e inviabilizando sua existência empresarial. Seja por exclusão expressa das estatais da disciplina de licitações como um todo, seja por construção doutrinária e jurisprudencial em relação a esse ponto específico, grande parte das contratações das estatais jamais fora submetida à licitação.

Deste modo, pode-se dizer que houve um retorno das tendências liberalizantes relativas à atuação das empresas estatais, como era visto nas fases anteriores. Isso porque se percebeu, na vida prática, que tais disposições – art. 37, XXI, da Constituição Federal e aquelas constantes da Lei nº 8.666/1993 – iam de encontro com o regimento de tais empresas, assemelhado, pelo próprio diploma constitucional, ao das empresas privadas. O que se observava era uma perda de flexibilidade e eficiência nas contratações das sociedades de economia mista e das empresas públicas e, posteriormente, também as autarquias. Este cenário pode ser ilustrado na lição de Alfredo De Almeida Paiva:

(...) à medida que tais sociedades se afastem das normas e da técnica das empresas privadas, despindo-se de suas características de independência de ação e conseqüente liberdade administrativa, deixarão de ser os instrumentos simples, flexíveis e eficientes e correrão, por conseguinte, o risco de falharem às suas finalidades. Torna-se, por isso mesmo, indispensável não se repita com tais tipos de sociedades o que ocorreu com as entidades autárquicas, que, segundo OSCAR SARAIVA, envelheceram precocemente: 'surgidas', diz ele, 'em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado, e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição. As sociedades de economia mista e as chamadas empresas públicas evidentemente haverão de subsistir como instrumentos jurídicos a serviço do Estado moderno, no seu mister e empenho de atender aos interesses gerais da coletividade, mas isto realmente só será possível na medida em que se mantiverem fiéis às suas características de empresa privada,

de forma a não permitir sua transformação em simples órgãos da administração pública descentralizada”.³⁵

Nesta seara, muito embora tal construção teórica voltada à liberdade de atuação das estatais não tenha sido fundada em disposição legal específica, é preciso dizer que a Emenda Constitucional nº 19/1998 foi responsável por trazer consigo esta pauta. A referida EC, dentre outras disposições, alterou a redação do art. 173, § 1º, cujo novo comando deu azo à edição da Lei nº 13.303/2016, ainda que tardiamente. O aludido dispositivo passou, então, a vigorar da seguinte forma:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)³⁶

Portanto, o entendimento que antes era oriundo de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais e que se respaldava, inclusive, na ausência de trato legislativo, finalmente, ganhou espaço, de maneira que se passou a determinar, expressa e constitucionalmente: a submissão das estatais ao regime do direito privado e a exigência de regulamentação própria acerca de suas licitações – sendo evidente a observância aos valores norteadores da Administração Pública.

Deste modo, resta claro que a liberdade de atuação das estatais ganha força desde 1988 e, previsto para ser criado desde a Emenda Constitucional nº 19/1998, o Estatuto das Estatais

³⁵ PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. In: **Revista de Direito Administrativo** (Seleção Histórica), v. 1, 1991, p. 319-320.

³⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2020.

vem como reflexo de tal tendência. E é preciso destacar a importante participação do Tribunal de Contas da União não apenas nesse movimento liberalizante, como em toda a caminhada histórica das licitações no Brasil, conforme será abordado do próximo tópico.

2.4. A contribuição do Tribunal de Contas da União na flexibilização das regras licitatórias nas contratações envolvendo suas atividades finalísticas

O tema das licitações em contratos envolvendo a atividade fim das estatais passou despercebido aos olhos do legislador por décadas. Todavia, as empresas públicas e sociedades de economia mista sempre contaram um amparo fundamental por parte do Tribunal de Contas da União, no que diz respeito à flexibilização das regras licitatórias.

Imperioso destacar que tal postura por parte do TCU não vem somente da terceira fase de licitações. Desde a edição do Decreto-lei nº 200/1967, o Tribunal adota o entendimento de que, observados os princípios da Administração Pública, seria permitido às estatais flexibilizar as regras licitatórias, compreendendo não ser o ideal aplica-las indistintamente, mas de acordo com a contratação e cada empresa.

A Súmula nº 158, datada de 1979 e revogada³⁷ em 2012 (não em razão de uma mudança de entendimento, mas por estar ancorada em dispositivos legais que foram igualmente revogados), mostra que essa ideia é não atual, ao passo em que determina que

as Fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as empresas públicas, sociedades de economia mista (...) não estão adstritas às regras de licitação para compras, obras e serviços (...), mas devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelimitável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade.

Neste contexto, o Acórdão nº 121/1998 é um dos primeiros exemplos utilizados para ilustrar a consolidação dessa percepção por parte da Corte de Contas. À época, os Ministros deliberaram acerca da inobservância das regras licitatórias da Lei nº 8.666/1993 pela BR Distribuidora, em contratações de transporte de combustíveis, entendendo que

³⁷ Vide Acórdão nº 566/2012 do TCU.

o frete é integrante do custo direto da BR, sendo dessa forma indissociável da atividade comercial da empresa, assim como o é a matéria-prima que transporta, devendo ambas serem objetos de contratos comerciais; e que precisamente essa natureza comercial que tornaria “inviável a realização do prévio procedimento licitatório para sua contratação, uma vez que esses contratos estão ligados à essência da atividade econômica por ela exercida.

Após essa conjuntura, surgiram inúmeros precedentes na jurisprudência do Tribunal de Contas da União seguindo a mesma linha. A título de exemplo, um trecho do Acórdão nº 1.854/2009, que, inclusive, reproduz outros julgados, dos anos de 2003 e 2004, demonstrando uma clara perpetuação da tese por parte da Corte de Contas:

Nesse diapasão, é ponto pacífico no âmbito desta Corte de Contas que essas empresas sujeitam-se à Lei de Licitações até a edição de lei que regulamente o mencionado comando constitucional (Acórdão 1.268/2003, TCU, Plenário). 8. Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Ac 1.268/2003, 1.581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário³⁸

Ainda nesta seara, destaca-se o emblemático Acórdão nº 624/2003, que dá relevância ao objeto social do Banco do Brasil e o assemelha à atividade-fim da estatal pela Corte de Contas. Além disso, o julgado apresenta entendimento pela possibilidade da não aplicação das regras licitatórias por se tratar de atividade acessória à atividade-fim, estando, pois, a ela vinculada:

Consultando o Estatuto do Banco, verifica-se que o objeto social da instituição compreende ‘a prática de todas as operações bancárias ativas, passivas e acessórias, a prestação de serviços bancários, de intermediação e suprimento financeiro sob suas múltiplas formas e o exercício de quaisquer atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional’ (art. 2º). Nesse contexto, não há dúvida de que o financiamento rural disponibilizado pelo Banco do Brasil representa uma operação bancária típica e que a contratação do seguro que lhe é afeta caracteriza-se como uma operação bancária acessória, operações estas diretamente vinculadas à atividade-fim” (TCU. Acórdão nº. 624/2003, Plenário. Processo nº. 000.214/1997-3. Representação rel. Min. Guilherme Palmeira. Data da sessão 04/06/2003. Trecho do voto do relator).³⁹

³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.854/2009** – Segunda Câmara. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 14 de setembro de 2009. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1125907/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse> Acesso em: 28 ago. 2020.

³⁹ Idem. **Acórdão nº 624/2003** – Segunda Câmara. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Data da Sessão: 24 de abril de 2003. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-103154/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse> Acesso em: 28 ago. 2020.

Interessante mencionar o comentário do ilustre Marçal Justen Filho⁴⁰ acerca da referida decisão:

(...) a decisão reconheceu a possibilidade de contratação direta nas hipóteses em que os mecanismos de mercado excluíssem o cabimento de uma licitação formal, demandando rapidez e informalidade no aperfeiçoamento da contratação para a obtenção do êxito empresarial. A submissão dessas contratações a licitação acarretaria a inferioridade da entidade administrativa perante competidores no mercado. Passaria a ter preços mais elevados e perderia a clientela. Não poderia aproveitar vantagens disponíveis no âmbito empresarial, eis que a contratação não seria realizada segundo os mesmos procedimentos característicos da atividade mercantil.

Nesta guisa, o Acórdão nº 920/2007, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, mostra-se como mais um exemplo da elasticidade do entendimento da Corte de Contas, que, por vezes, não se limitou a tratar dos empecilhos à atividade-fim da estatal como permissivo à fuga das regras licitatórias, considerando também os entraves ao seu objeto social. Assim, de acordo com o julgado, “quando a aplicação da norma [Lei 8.666/1993] comprometer o objetivo social da empresa pública ou sociedade de economia mista, por prejudicar a agilidade necessária para a prática de atos negociais, em um mercado concorrente, não será exigido o seu cumprimento”.

Há que se mencionar, ainda, o Acórdão nº 1.268/2003. Sua relevância para o entendimento da sistemática criada pelo TCU se dá porque, neste caso, restou evidente que, para a Corte, não é necessário apenas que a contratação esteja atrelada à atividade fim da companhia, como também se demonstre as desvantagens e a incompatibilidade que a lentidão de um eventual processo licitatório possa acarretar à estatal.

De acordo com o referido julgado, as estatais,

quando no exercício de sua atividade finalística, não devem sofrer as restrições de amarras impostas às demais estatais, sob pena de ver inviabilizada a sua própria atuação (...) Observe-se, todavia, que podem pôr-se, e pôr-se-ão, hipóteses em que realizar licitação nos mesmos termos que se aplicam ao Estado e à generalidade das entidades governamentais não traria inconveniente algum e não contenderia com as razões óbvias pelas quais a Constituição estabeleceu que as entidades estatais exploradoras de atividade econômica se submetem a um regime próprio”. E continuam os Ministros, compreendendo que, sendo realizados planejamentos e estudos antecedentes, “não haveria comprometimento do desempenho das atividades específicas de prospecção e de produção de petróleo, adotando-se a via licitatória para efetuar as contratações das plataformas, tampouco de seus atos tipicamente comerciais, ou seja, a licitação não configurou obstáculo intransponível ao livre e perfeito exercício das atividades negociais da Companhia; a decisão de realizar a contratação mediante concorrência internacional foi da Diretoria da PETROBRAS.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

Observa-se que muitos dos critérios adotados pela Corte na análise do objeto da contratação não são apenas jurídicos, mas, em sua maioria, econômicos e comerciais, ou seja, técnicos da seara de atuação da estatal, o que direciona à necessidade de que, sobretudo, o caso concreto seja considerado, a depender das características do negócio. É o que se verifica no Acórdão nº 1.581/2003:

(...) À primeira vista, não nos parece que exista qualquer impedimento para que se adote o procedimento licitatório para o arrendamento dos postos. Todavia só um estudo detalhado sobre a matéria, que deverá ser realizado durante a inspeção sugerida, permitirá a esta Corte chegar a uma conclusão definitiva'. No que tange aos parâmetros que configuram a inaplicabilidade da licitação, concordou-se com a tese de que a 'Corte já firmou o entendimento no sentido de que não se aplica a Lei nº 8.666/93 à atividade fim das empresas públicas e das sociedades de economia mista, consoante a jurisprudência mencionada, desde que os trâmites inerentes a esse procedimento constituam 'óbice intransponível à atividade comercial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência' (Acórdão 624/2003 - Plenário).⁴¹

Sendo assim, o Acórdão nº 1.268/2003 trata-se de um segundo marco⁴² o desenvolvimento da sistemática elaborada pelo TCU, visto que as orientações nele contidas passaram a ser utilizadas reiteradamente pelo Tribunal, quando da análise da flexibilização das regras licitatórias pelas estatais.

Neste sentido, registre-se o Acórdão nº 1.390/2004, envolvendo a sociedade de economia mista Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A (NUCLEP), em que a Corte de Contas entendeu que "a NUCLEP necessita de agilidade para as compras efetuadas, face à sistemática praticada pelo mercado, que impõe prazo exíguo entre a assinatura do contrato e o início das atividades de fabricação", determinando, portanto, que

enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/93 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir do respectivo procedimento licitatório para contratarem os bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade comercial, sem olvidar, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório.⁴³

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.581/2003** – Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Data da sessão 22 de outubro de 2003. Trecho do voto do relator.

⁴² Pode-se considerar que o primeiro marco trata-se do Acórdão nº 121/1998.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1390/2004** - Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 15 de setembro de 2004. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao->

Tem-se, ainda, o mais recente Acórdão nº 23844/2015, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, cuja ideia é de que

[a] licitação é regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), inclusive em sua área finalística, e só pode ser afastada em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais, com efetivo prejuízo às atividades da estatal, que impossibilitem a licitação.

Por todo o exposto, resta claro que a inexistência de trato legislativo acerca do tema não impediu que o TCU desenvolvesse sua própria construção jurisprudencial quanto à inobservância das regras licitatórias pelas estatais. Ao contrário: o que se percebe é um movimento cada vez maior de sistematização dessa tese. Não havendo premissas legais que a embasassem, a Corte de Contas surge como principal fonte de direito sobre a matéria, capaz de oferecer a orientação necessária às estatais no exercício de sua atividade-fim, principalmente envolvendo as concorrenciais.

De fato, a distinção entre atividades-meio e atividades-fim dependerá da análise de cada caso concreto, bem como da importância dos contratos à implementação do objeto social da estatal, sendo certo que a diferenciação meramente formal seria incompatível com o art. 173, § 1º, da Constituição e com o princípio da eficiência.⁴⁴

Em resumo, na percepção do Tribunal, poderá haver contratação direta no exercício das atividades finalísticas das estatais e, concomitantemente, ficar comprovado que a agilidade constitui fator essencial para a sua atuação mercadológica eficiente, além de ser demonstrada eventuais desvantagens e prejuízos quando da realização da licitação.

completo*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-16054/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse> Acesso em: 10 out. 2020.

⁴⁴SOUZA, Rodrigo Pagani; SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 245, p. 13-30, 2007, p. 23. Ver também: MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 245.

III - A LEI DAS ESTATAIS: LIBERDADE DE GESTÃO E RESTRIÇÃO AO CONTROLE DO ESTADO

Tendo discorrido sobre o processo histórico da aplicação das regras licitatórias envolvendo as sociedades de economia mista e empresas públicas, com destaque à relevante participação da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, faz-se necessário, então, explicitar alguns pontos sobre o advento da Lei das Estatais e seu processo de criação, antes mesmo de adentrar ao cerne do presente trabalho.

Como já mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, quando de sua redação original, não se estendeu acerca do regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista e empresas públicas. O art. 173 da Carga Magna apenas determinara a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas pelas estatais e outras entidades cuja exploração fosse de atividades econômicas, bem como a ausência de prerrogativas fiscais presentes no setor privado. Registre-se que essa sujeição dizia respeito, inclusive, a obrigações trabalhistas e tributárias. É o que se verifica dos parágrafos 1º e 2º do aludido dispositivo:

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.⁴⁵

Todavia, após a modernização da Administração Pública promovida pela reforma administrativa de 1990, com a consequente diminuição do controle do Estado, o § 1º do art. 173 sofreu alterações por meio da Emenda nº 19/1998, a qual passou a prever expressamente a edição de um Estatuto das Estatais. Veja-se:

§ 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

⁴⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2020.

- 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.⁴⁶

De início, o que se percebe é uma preocupação com a possibilidade de haver um excesso de prerrogativas cabíveis às estatais, ao passo em que se previu, com clareza, que o legislador infraconstitucional editasse uma norma que as delimitasse. Isso porque, uma vez se tratarem de coisa pública, poderiam ser objeto de interferência do Estado e de demasiadas exceções ao regime de direito privado aplicado, servindo, conseqüentemente, de palco para fraudes e escândalos de corrupção. Não é a toa que a Lei nº 13.303/2016 chegou a ser chamada como “Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais”.

Sobre esse aspecto, mister elucidar os comentários de Eloi Pethechust e Marcia Carla Pereira Ribeiro:

(...) dentre os diversos problemas que afligem as empresas estatais em todo país [e que justificariam a criação de um estatuto próprio], vale destacar: (i) as empresas estatais têm sido frequentemente utilizadas como mecanismos de transferência ilegal de dinheiro dos cofres públicos para grupos privados intimamente relacionados com o sistema político; (ii) são usadas como fonte de desvio de receitas para os partidos políticos e seus candidatos, seja por meio de acordos ilícitos envolvendo esquemas de financiamento de campanhas, seja ainda por meio da interferência política nas nomeações dos seus quadros diretivos; (iii) em regra não são transparentes, prejudicando a verificação e responsabilização por desvios e infrações, bem como dificultando a possibilidade de cobrança de melhorias (por exemplo, o BNDES possui muitos documentos e práticas secretas, sendo comum o indeferimento dos pedidos de acesso a dados formulados com base na Lei de Acesso à Informação [Lei nº 12.527/2011]); (iv) possuem problema de falta de controle sobre o seu desempenho e consecução de seus objetivos, em razão da ausência de divulgação de dados operacionais e falta de clareza nos seus objetivos perseguidos (v) não possuem um regime jurídico claro e estável, gerando ausência de previsibilidade no ambiente regulatório e, com isso, prejudicando o mercado e a concorrência do seu setor de atuação; (vi) carecem de mecanismos de efetivo combate à corrupção e outras graves irregularidades que possam macular a pessoa jurídica”.⁴⁷

Neste contexto, nota-se que houve uma preocupação da Lei em criar mecanismos para o fortalecimento do compliance, gestão de riscos e fiscalização da atuação das companhias. É o que ensinam Edgar Guimarães e José Anencleto Abduch:

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Perspectivas para as empresas estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. A&C. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. v. 62, p. 99-122, 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=238277>>. Acesso em: 25 out. 2019.

No plano do controle, a lei cria um verdadeiro e efetivo sistema de controle interno para as estatais, formado por órgãos e unidades dotados de certa independência e autonomia e orientados à consecução de seus misteres, como o comitê de auditoria estatutário, o conselho fiscal e a auditoria interna. Institui ainda um conjunto de direitos e deveres para possibilitar a aplicação de regras destinadas à fiscalização pelo Estado e pela sociedade das ações e decisões adotadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. Determina a lei que as estatais devem adotar regras de estruturas e de práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam a ação dos administradores e empregados por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; a área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; e a auditoria interna e comitê de auditoria estatutário. Para tanto, deve ser elaborado e divulgado um código de conduta e integridade que disponha sobre os princípios, valores e missão da estatal, bem como orientações relacionadas à prevenção de conflitos de interesse e vedação de atos de corrupção e fraude; as instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do código; um canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento das normas previstas no código e das demais normas internas de ética e obrigacionais; mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação à pessoa que utilize o canal de denúncias; e as sanções aplicáveis em caso de violação às regras do código de conduta e integridade. No plano da transparência e da governança, há previsão de inúmeros documentos, relatórios e condutas que serão obrigatoriamente elaborados para ampliar o acesso à informação sobre a atividade exercida pelas estatais, como a carta anual, subscrita pelos membros do conselho de administração com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa, obrigatoriedade de divulgação de todas as informações relevantes, entre outras.⁴⁸

São diversos os exemplos espalhados na referida Lei capazes de ilustrar os mecanismos adotados pelo legislador a fim de proteger as estatais de uma possível interferência de interesses particulares de seus gestores, tal como definido em seus artigos 17 e 22, os quais tratam detalhadamente de critérios para escolha dos dirigentes.

Registre-se que, diferentemente do art. 54⁴⁹ da Lei nº 8.666/93, que expressamente estabelece a aplicação supletiva do direito privado aos contratos por ela regidos, o Estatuto das Estatais determina, em seu art. 68, que “Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”.⁵⁰ Essa observação é feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem

a intenção do legislador foi a de dar aos contratos firmados pelas empresas estatais a natureza de contratos de direito privado. Com o intuito de reforçar essa ideia, a lei não

⁴⁸ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, Posição 116. (e-book)

⁴⁹ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm > Acesso em: 02 ago. 2020.

repetiu a norma do art. 58 da Lei nº 8.666/93, que prevê as prerrogativas da Administração Pública e dão ao contrato a natureza de contrato de direito público: poderes de alterar e rescindir unilateralmente, aplicar sanções, fiscalizar a execução, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.⁵¹

Ademais, a essência da Lei nº 13.303/2016 foi a de trazer inovações potencializadoras da liberdade de gestão das empresas estatais, sobretudo no que tange às licitações e contratos, como demonstrado acima, ao passo em que determina, em seu art. 40⁵², que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei (...)”, demonstrando um resgate à onda liberalizante oriunda da década de 90.

Neste sentido, tem-se a ideia de autonomia gerencial trazida pelo o artigo 90, dispondo que “as ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.⁵³

Ressalte-se que as noções de agilidade e eficiência não passaram despercebidas aos olhos do legislador. Os artigos 23, 51 e 57 da Lei nº 13.303/16, os quais tratam, o primeiro, da elaboração de plano de metas, e os dois últimos, da fase de negociações nas licitações, são importantes exemplos.

Nota-se, ainda, cuidados para que as estatais adotem as mesmas práticas que as suas congêneres da iniciativa privada. Por exemplo, o art. 27, § 2º, que determina que as responsabilidades sociais das estatais devem ser “compatíveis com o mercado em que atuam”. Ou o art. 8º, §2º, que estabelece que

quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão estar claramente

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 572.

⁵² BRASIL. Lei nº 13.306 de 04 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 de julho de 2016. Disponível em: < [⁵³ BRASIL. Lei nº 13.306 de 04 de julho de 2016. **Diário Oficial \[da\] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 de julho de 2016. Disponível em: <](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13306.htm#:~:text=L13306&text=LEI%20N%C2%BA%2013.306%2C%20DE%204,o%20ate ndimento%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o%20infantil.> Acesso em: 20 jul. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos.⁵⁴

Uma questão interessante é que essas noções permearam até mesmo o trâmite do projeto da Lei nº 13.303/16. Isso porque alguns dispositivos foram vetados, apoiados na ideia de conferir maior eficiência e agilidade aos procedimentos das empresas e preservar o interesse público.

A título de exemplo, a alínea “f” do inciso VIII do art. 42, a qual estabelecia a demonstração de um “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”, excluída sob o argumento do Presidente da República de que ofereceria extremo rigor ao processo licitatório.

Destaca-se, ainda, o veto ao § 1º do art. 69, o qual o Chefe do Executivo alegou ser capaz de trazer prejuízos à competitividade à atuação da estatal concorrencial em comparação às empresas privadas. O referido dispositivo apresentava a seguinte redação:

Nos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive quando domiciliadas em território estrangeiro, deverá constar cláusula que declare competente o foro da sede da empresa pública ou da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias para dirimir qualquer questão contratual.⁵⁵

Confirmando essa percepção acerca do papel do Estatuto das Estatais no ordenamento jurídico brasileiro, leciona José dos Santos Aragão que uma das suas principais funções é justamente “reforçar a lógica de agilidade e eficiência das empresas estatais de qualquer espécie, exigência prévia, de matriz constitucional”.⁵⁶

Os ensinamentos de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos apontam para a mesma direção:

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 13.306 de 04 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13306.htm#:~:text=L13306&text=LEI%20N%C2%BA%2013.306%2C%20DE%204,o%20ate%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o%20infantil.> Acesso em: 20 jul. 2020.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 13.306 de 04 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13306.htm#:~:text=L13306&text=LEI%20N%C2%BA%2013.306%2C%20DE%204,o%20ate%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o%20infantil.> Acesso em: 20 jul. 2020.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**. São Paulo: Forense, 2017, p. 178.

No plano da eficiência, merecem destaque as inovações relativas ao regime jurídico licitatório e contratual das empresas públicas e sociedades de economia mista (...). Embora muitas das disposições normativas acerca das licitações e contratos reproduzam dispositivos já previstos na Lei nº 12.462/11 (Lei do RDC), a Lei das Estatais tem o mérito de estender institutos e técnicas jurídicas – antes inacessíveis para a Administração Pública em geral – e de criar novos institutos e técnicas orientados à excelência de gestão.⁵⁷

Não é demais citar Marçal Justen Filho, o qual compreende que “a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal.”⁵⁸

Destarte, resta claro que se deve entender a ideia de liberdade resgatada pela Lei das Estatais (oriunda da reforma administrativa de 1990 e da EC que a previu) sempre associada às noções de eficiência, agilidade, competitividade, flexibilidade, autonomia geracional e dinamismo da atividade econômica.

É certo que tal concepção deverá alcançar todas as estatais, inclusive as não concorrenciais, a despeito da atividade que exerça, posto que todas acabam por praticar algum tipo de atividade econômica, ainda que *latu sensu*. A lição de Edgar Guimarães e José Anacleto corroboram com essa ideia:

As empresas públicas e as sociedades de economia mista exercem atividade econômica, razão pela qual têm natureza jurídica de direito privado. A atividade econômica das estatais é de natureza multifacetada: há aquelas que prestam serviços públicos e as que exercem atividade econômica em sentido estrito, sob regime de livre concorrência, livre iniciativa e de mercado. Podem ainda atuar ou não em regime de monopólio.⁵⁹

Registre-se, ainda, que o art. 1º do Estatuto não faz distinção entre as estatais prestadoras de serviço público e as concorrenciais, direcionando a disposição da Lei a todas as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias:

Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que

⁵⁷ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, posição 112. (e-book)

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas empresas estatais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

⁵⁹ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, posições 627 e 641. (e-book)

explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.⁶⁰

Feitas essas necessárias considerações, passa-se, então, ao objeto central da presente pesquisa: a abordagem trazida pela Lei nº 13.303/16 no que tange à (não) observância das regras licitatórias pelas estatais, em contratações envolvendo suas atividades finalísticas.

3.1. A inaplicabilidade de licitação em contratações relacionadas ao objeto social das estatais

A Lei nº 13.303/2016, dentro de um título dedicado exclusivamente ao direito contratual das estatais, trouxe, em seu Capítulo I, as licitações das sociedades de economia mista e empresas públicas, cujo tema é abordado ao longo dos artigos 28 a 67.

Entabulando o referido capítulo, o Estatuto das Estatais conta com uma das inovações mais importantes e aguardadas pelo ordenamento jurídico brasileiro: o artigo 28, caput, cuja previsão refere-se à hipótese geral de observância das regras licitatórias pelas estatais, in verbis:

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.⁶¹

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.306 de 04 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 de julho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13306.htm#:~:text=L13306&text=LEI%20N%C2%BA%2013.306%2C%20DE%204,o%20ate%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o%20infantil.> Acesso em: 20 jul. 2020.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 13.306 de 04 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 de julho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13306.htm#:~:text=L13306&text=LEI%20N%C2%BA%2013.306%2C%20DE%204,o%20ate%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o%20infantil.> Acesso em: 20 jul. 2020.

Dessa forma, percebe-se, da leitura do art. 28, que a Lei nº 13.303/2016 manteve a diretriz constitucional cuja regra geral é licitar. Portanto, as hipóteses de contratação direta devem ser tratadas como exceções.

Válido abrir um parêntese na discussão para lembrar que menciona o referido dispositivo a necessidade de realização de processo licitatório em contratos

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.⁶²

No entanto, Marçal Justen Filho⁶³, representando a doutrina majoritária, entende que "o art. 28, caput, apresenta um elenco exemplificativo de figuras contratuais, identificadas a partir da natureza da prestação a ser executada pela parte".

Dito isto, dispõe o parágrafo terceiro do art. 28 que "são as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos" nas situações previstas em seus incisos. Mais especificamente, destaca-se o inciso I, o qual se trata das contratações de atividades relacionadas ao seu objeto social (atividade fim).

Pois bem. Somente vinte anos após à sua nova redação, conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o comando do artigo 173, § 1º, III, da Constituição Federal de 1988 finalmente foi atendido: essa novidade já é deveras relevante. Todavia, como se não bastasse, o tão aguardado Estatuto trouxe, em seu art. 28, a positivação de um entendimento consolidado também há décadas: a inaplicabilidade de licitação nas contratações relacionadas às atividades finalísticas das estatais.

Explica-se o inovador termo "inaplicabilidade".

Até a edição da Lei nº 13.303/2016 e o advento de seu artigo 28, as contratações diretas das estatais para o exercício de atividades finalísticas eram compreendidas entre hipóteses de inexigibilidade de licitação. Muito embora essas contratações, como dito à exaustão, jamais

⁶² Ibidem.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 292.

tenham recebido trato legislativo, ganharam embasamento de uma construção doutrinária e jurisprudencial responsável por então enquadrá-las no artigo 25 da Lei de Licitações. É o que leciona Fabrício Quixadá:

(...) a escora legal para essa decisão será, então, o caput do artigo 25 da Lei de Licitações, que determina a inexigibilidade de licitação sempre que houver inviabilidade de competição. Assim sendo, quando a realização da licitação for incompatível com o atendimento da finalidade jurídica e econômica à qual se presta a companhia mista, a competição deverá ser excluída com arrimo no mencionado dispositivo da lei, caso não seja dispensável com supedâneo nos incisos do art. 24.⁶⁴

Porém, com a redação oferecida pela Lei nº 13.303/2016, essa configuração perde o sentido. Não porque a nova legislação prevê a palavra “dispensa”. O que se verifica, no caso das contratações envolvendo atividade fim, é uma previsão completamente atípica, que não pode ser enquadrada como dispensa e sequer como inexigibilidade, tendo em vista que, nas hipóteses do §3º, as estatais são autorizadas a prescindir da observância de todo o capítulo de licitações da Lei nº 13.303/2016, e não somente da realização de licitação, tal como dispõem o art. 29 do Estatuto e o art. 24 da Lei nº 8.666/93. Ou seja, a previsão legal vai ainda mais a fundo, determinando a não-incidência das regras licitatórias, cuja aplicabilidade não é mais cabível.

Para melhor explicitar essa inovação, as palavras de Sidney Bittencourt:

(...) em que pese a menção à inviabilidade de procedimento competitivo no próprio corpo do preceptivo, consideramos que a situação não configura um caso de inexigibilidade do licitação, mas, sim, de inaplicabilidade das regras licitatórias, em face de incompatibilidade, tal como ocorre com a escolha de partícipes num convênio, não podendo, devido à sua essência, ser submetidas a licitações.⁶⁵

Seguindo a mesma linha, Marçal Justen Filho observa que

o § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016 alude a dispensa da observância dos dispositivos legais sobre licitação. A utilização do vocábulo ‘dispensa’ não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem as próprias regras sobre licitação.⁶⁶

⁶⁴ PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. **A Licitação na Sociedade de Economia Mista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 97-98.

⁶⁵ BITTENCOURT, Sidney. **A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais**. São Paulo: JH Mizuno, 2017, p. 68.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 298.

E continua o autor, confirmando o seu entendimento quanto à adequada utilização do termo “inaplicabilidade de licitação”:

A inaplicabilidade da licitação foi introduzida pelo art. 28, § 3º, da Lei 13.303/2016, sendo dotada de características próprias e diferenciadas. As contratações praticadas pelas empresas estatais não são dotadas de características homogêneas. Algumas delas envolvem atributos muito peculiares, de modo que não se subordinam à determinação da obrigatoriedade da licitação. Portanto e rigorosamente, a norma que dispõe sobre a inaplicabilidade de licitação apresenta também uma natureza declaratória. Até sob esse prisma, existe uma proximidade entre a inaplicabilidade e a inexigibilidade de licitação – razão pela qual, antes da vigência da Lei 13.303/2016, as hipóteses de inaplicabilidade achavam enquadradas como de inexigibilidade. Mas as duas figuras não se confundem. No caso da inexigibilidade, não se impõe a licitação por ser inviável a competição. Na hipótese da inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese normativa. Então, até pode existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitar.⁶⁷

Portanto, a repercussão desse dispositivo vai muito além de possibilitar a não observância do processo licitatório, posto que todas as regras e princípios a ele atrelados não mais se justificam nas hipóteses do § 3º. O que leva a crer que não se faz necessário o uso dos procedimentos legais para autorização da inaplicabilidade (diferentemente do que ocorre nos casos do art. 30, § 3º, da Lei nº 13.303/2016, referentes à inexigibilidade e dispensa).

Na doutrina de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch⁶⁸, os autores utilizam a expressão “afastamento da licitação e do processo de contratação direta” para intitular o tópico referente às hipóteses do §3º do art. 28, o que corrobora com a tese de que permitiu o legislador não apenas afastar a licitação nas contratações relacionadas ao seu objeto social, mas também a observância pelas estatais de todas as regras licitatórias, inclusive os requisitos para realização de contratação direta, presentes nos casos de dispensa e inexigibilidade.

Inevitável citar novamente o ilustre Marçal Justen Filho:

A distinção teórica entre as figuras se reflete na dimensão normativa. Nos casos de inaplicabilidade da licitação, não se faz necessário o procedimento reservado para a dispensa e a inexigibilidade. Isso significa a desnecessidade de um procedimento formal, destinado a documentar com minúcia as características do caso concreto.⁶⁹

⁶⁷ Ibidem, p. 299.

⁶⁸ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, posição 616. (e-book)

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 299.

E é por isso que não há o que se falar em dispensa ou inexigibilidade. A inaplicabilidade de licitação trata-se de uma terceira modalidade de contratação direta, criada pelo Estatuto das Estatais e que em nada tem a ver com as demais, com atenção totalmente voltada às sociedades de economia mista e empresas públicas e amplitude de não-observância ainda maior. Nesta senda, as palavras – novamente – de Marçal Justen Filho, o qual estabelece que a Lei das Estatais realizou a “criação de uma nova figura de contratação direta: inaplicabilidade de licitação (art. 28, §3º). As contratações relacionadas com a execução do objeto social não precisam ser licitadas.”⁷⁰

Em que pese a ideia da inaplicabilidade guarde certa semelhança com a inexigibilidade de licitação, afinal, ambas se apoiam na ideia de inviabilidade competitividade, é certo que toda e qualquer realização de procedimento licitatório tem como condão garantir a isonomia de competição aos participantes, como prelecionam Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch:

Como afirmamos anteriormente, as contratações públicas devem, como regra, ser antecedidas da instauração de licitação. A licitação, nesse universo, constitui o processo administrativo dirigido a proporcionar uma competição isonômica entre todos os interessados em contratar com o Poder Público. Essa ideia deixa bastante evidente que a licitação se alicerça sobre a noção de competitividade, isto é, na possibilidade de se estabelecer uma disputa entre interessados em contratar com a Administração Pública. Inclusive, não seria demais dizer que a deflagração de um processo competitivo entre interessados constitui verdadeiro pressuposto determinante para a realização da licitação.⁷¹

Deste modo, não seria correto se valer dessa noção para coloca-los em par de igualdade, muito menos para enquadrar as hipóteses do inciso I, §3º do art. 28 como inexigibilidade. É preciso ficar claro: a inexigibilidade se relaciona à singularidade do objeto ou da especificidade do serviço, tornando a competição inviável, uma vez que a licitação contaria com participantes que não estejam aptos a atender às demandas da Administração. Nesta guisa, inevitável citar novamente Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch:

A inexigibilidade de licitação tem toda a sua base de apoio lastreada na ruptura de um dos pressupostos nucleares para a realização de uma licitação, qual seja, a possibilidade de uma competição voltada a selecionar a melhor proposta em condições de ser contratada. A inviabilidade de competição tratada no dispositivo em questão possui um

⁷⁰ Idem. **Notas sobre a implementação do regime da Lei 13.303. /2016.** In: Justen, Pereira Oliveira & Talamini advogados. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>> Acesso em: 20 out. 2020.

⁷¹ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016.** Belo Horizonte: Fórum, 2017, posição 1313.

caráter absoluto. Significa, então, que a satisfação do interesse público determinante da contratação apenas poderá ser atendido por certo objeto, que é prestado por um único particular.⁷²

Já a inaplicabilidade se apoia na ideia de atuação mercadológica e na garantia constitucional de igualdade de condições entre os concorrentes, em que a realização do certame deixaria a empresa pública ou sociedade de economia mista em desvantagem em relação às suas congêneres rivais, as quais se valem de maior flexibilidade e agilidade em seus procedimentos. Se as estatais sequer pudessem gerir livremente as contratações que justificam a sua razão de ser, o ideal potencializador da liberdade de gestão e da eficiência trazidos pela Lei nº 13.303/2016 não fariam sentido algum. É o que preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas, que lhe são próprias, inibiriam seu desempenho expedito e, muitas vezes, obstariam à obtenção do negócio vantajoso.⁷³

Não é demais mencionar, ainda, os ensinamentos de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a qual garante que a incidência das regras licitatórias em todas as contratações das estatais

representaria a inviabilização do desempenho das atividades específicas para as quais a entidade foi instituída”, ou seja, “aquelas pertinentes à atividade de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços que constitui a finalidade da existência da sociedade.⁷⁴

Ademais, repita-se, pois a lei é clara: a inaplicabilidade traz consigo a ausência de regras licitatórias às contratações relacionadas às atividades finalísticas das estatais, ou seja, não se observa somente o procedimento licitatório, mas toda e qualquer regra a ele relacionado, o que não se verifica nas hipóteses de inexigibilidade.

Soma-se a isso o fato de que o legislador fez questão de separar o dispositivo que trata da inaplicabilidade (art. 28) do dispositivo que aborda a inexigibilidade (art. 30).

⁷² GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, posição 1324. (e-book).

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 186.

⁷⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Licitações nas Estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1998. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, p. 106 e ss., jan. 2000.

Imprescindível, ainda, elucidar a reação da jurisprudência acerca dessa inovação. Embora se trate de discussão recente e, portanto, haja poucos precedentes nesse sentido, é preciso dizer que o Tribunal de Contas da União já começou a adotar o termo inaplicabilidade de licitação para hipóteses enquadradas no inciso I, §3º do art. 28. É o que se verifica do Acórdão nº 2488/2018, do qual consta não apenas o referido termo, como também as importantes noções de eficiência e competitividade abordadas no presente trabalho:

(...) De fato, identificar se a empresa pública ou sociedade de economia mista está atuando de maneira a prover ou a explorar atividade econômica relativa à sua atividade fim em sentido estrito (ou seja, atividades não qualificadas como de manutenção da estatal ou de suporte para as atividades fins, configuradas como atividades meio) , sujeitando-se, dessa forma, ao regime de direito privado, é pressuposto fundamental, sem o qual não estariam presentes as condições mínimas para evocar-se a utilização do fundamento legal previsto na Lei 13.303/2016 (...) O propósito subjacente desse artigo da constituição está centrado no fato de que a empresa estatal, exploradora de atividade econômica, ao realizar procedimento negocial afeto a sua atividade fim, deverá se valer de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as demais empresas privadas do setor econômico em que a empresa estatal atua. Assim, ao estabelecer uma negociação comercial, diretamente relacionada com as atividades que compõem o objeto social da empresa, buscar-se-á uma solução de contratação que seja mais próxima à de uma empresa privada.

(...)

Há, portanto, duas hipóteses em que são previstas as possibilidades de desobrigação da observância, de maneira integral, dos dispositivos do Capítulo I da Lei 13.303/2016, cujo conteúdo cuida do processo licitatório no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. A primeira possibilidade, observada no inciso I, trata da inaplicabilidade de licitação quando observado que a empresa pública ou a sociedade de economia mista comercializar, de forma direta, produtos, serviços ou obras que sejam especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais.

(...)

Portanto, parece no mínimo inadequado pensar em um parâmetro de inexigibilidade de licitação para justificar uma hipótese de inaplicabilidade ou mesmo de dispensa, para quem assim entende. Sequer a licitação pode ocorrer e não é porque há inexigibilidade, mas sim porque a inviabilidade de licitação é inerente ao contexto concorrencial, ela geralmente vai acontecer.

(...)

A Viasat Inc. informa, ainda, que, segundo Marçal J. Filho, a lei teria fixado, no inciso em comento, hipótese de “inaplicabilidade de licitação”, com um sentido muito mais amplo, determinando a não-incidência das regras sobre licitação. A empresa não poderia explorar atividade econômica de forma eficiente, nem competir em parâmetro de igualdade com suas concorrentes, caso se sujeite às amarras típicas do regime de direito público.⁷⁵

De outro lado, tem-se que a ideia de incompatibilidade entre as licitações e a atuação das estatais no mercado, como visto no tópico 3.4 acima, foram levadas em consideração até pelo Tribunal de Contas da União. A jurisprudência da Corte de Contas se embasou nas ideias de atividade-fim e atividade-meio, entendendo ser o mais adequado “aplicar o dever de licitar

⁷⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 022.981/2018-7**. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 31 de outubro de 2018.

às atividades-meio, enquanto as atividades-fim que correspondem a atos negociais serão regidas pelo direito comercial”.⁷⁶

Nesta senda, mister trazer os esclarecedores comentários de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch sobre a distinção entre atividade-meio e atividade-fim:

Para exercer as atividades em razão das quais foram criadas, necessitam realizar contratações com terceiros particulares. Essas contratações se distinguem em duas espécies: (i) as contratações necessárias de bens, obras ou serviços que se destinam à obtenção, em caráter instrumental (atividade-meio), de elementos materiais, técnicos ou jurídicos para assegurar a existência e o desenvolvimento das atividades empresárias; (ii) as contratações que são inerentes ou intrínsecas à atividade para a qual foram criadas e, sob certa medida, constituem a própria razão de existir da empresa estatal (atividade-fim). Vale dizer, celebram contratos como meio para exercer os misteres para os quais foram criadas, ou celebram contratos como forma de exercício de atividade finalística.⁷⁷

Em contrapartida, é preciso dizer que o termo “atividade-fim” apresenta um conceito jurídico indeterminado, estando sujeito, portanto, a análises subjetivas. Desta feita, agiu bem o legislador em abandonar a dicotomia atividades-fim/atividades-meio e substituí-la por um parâmetro objetivo de não-incidência: as atividades econômicas especificamente relacionadas com o objeto social da estatal, tal como disposto na Lei das Estatais.

Além de tal dificuldade de definição, mister destacar que, na prática, essa não é a principal ferramenta para aferir a inviabilidade de realização de um processo licitatório. O que realmente se deve ponderar é o caso concreto e o que se pretende com a contratação. Nas palavras de Marçal Justen Filho,

a problemática da licitação, relativamente às entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, não se restringe à configuração de uma contratação como relacionada à atividade-fim ou à atividade-meio. O tópico fundamental reside na ausência de desempenho de uma função estatal subordinada ao regime de direito público e a necessidade de soluções compatíveis e adequadas (proporcionais) à natureza das atividades e aos fins buscados.⁷⁸

Sendo assim, a conclusão a que se chega, embora possa causar estranheza, é de que havendo empecilhos causados pela instauração do certame licitatório, este será inaplicável,

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 625.068/95-5**. Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Data da sessão: 21 de novembro de 1996.

⁷⁷ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 48-49.

independentemente de ser tratar de atividade-fim ou atividade-meio, ainda que isso implique ultrapassar a literalidade do referido termo ou do art. 28, § 3º, da Lei nº 13.303/2016.

Ademais, registre-se que a norma oferece uma expansão da “incidência da sua hipótese de não-incidência” com o uso da expressão “especificamente relacionadas”, já que, por serem “relacionadas”, as contratações em questão não precisam estar direta e literalmente contidas no objeto social, mas apenas com ele relacionadas, de maneira específica e imediata.

Sendo assim, uma vez cumprido esses requisitos objetivos (integrar o objeto social ou com ele ter uma relação direta), a estatal está legalmente autorizada a desconsiderar as normas licitatórias da Lei nº 13.303/2016. Trocam-se critérios subjetivos pela objetivação das contratações diretas para o exercício de atividade finalística, relacionadas ao seu objeto social.

Nesse ponto, alguns dos parâmetros fixados pelo TCU na ausência de trato legislativo não mais subsistem diante da expressa decisão do legislador, ao passo em que devam ser evitadas interpretações respectivas.

Imperioso, ainda, esclarecer, a respeito da expressão “de forma direta”, presente no inciso I, do §3º, do art. 28, tal qual “comercialização, prestação ou execução, de forma direta (...)”, que não seria viável uma interpretação extremamente literal e estrita, uma vez que, nos casos em que a própria estatal realizasse materialmente a atividade, sequer existiria outras pessoas envolvidas, não havendo, assim, o que se falar de contrato, sequer de licitação.

A este respeito, a elucidativa lição de Celso Antônio Bandeira De Mello:

Cumpre alertar para o fato de que prestação direta do serviço não é tão-só aquela que materialmente se efetua por obra imediata dos próprios órgãos administrativos ou pessoas integrantes da estrutura estatal. Se assim fosse, o Poder Público – caso não pretendesse materialmente prestá-lo mediante ou órgão ou entidade componente de sua intimidade jurídica – teria de valer-se, obrigatoriamente, da concessão ou permissão, pois estaria impedido de concertar com terceiros um mero contrato administrativo de prestação de serviços – como o de coleta de lixo domiciliar, por exemplo. Nos simples contratos de prestação de serviços o prestador do serviço é simples executor material para o Poder Público contratante. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o poder público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de conseguinte, como responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. (...) O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado como o contratante governamental. Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material. Já, na concessão, tal como se passa na permissão – e em contraste com o que ocorre nos

meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos –, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.⁷⁹

Registre-se, ainda, que a execução indireta não consiste apenas nas delegações de serviços públicos – concessões lato sensu e permissões, sendo certo, todavia, que se trata do seu principal ramo. Preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto que a prestação indireta contratual

é aquela em que a competência para a execução do serviço público é atribuída por delegação contratual a entes particulares, pessoas de direito privado, que ajustam com o Poder Público competente a execução de serviços públicos sob diversas modalidades de contratação. Em lista não exaustiva, arrolam-se as seguintes modalidades mais empregadas no direito positivo brasileiro: a concessão de serviço público (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), a permissão de serviço público (Lei citada), a concessão de serviço e de obras públicas (Lei citada), o arrendamento de instalações portuárias (Lei n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993), a terceirização contratada de serviços acessórios (art. 197, CF, para a saúde) e as duas espécies de concessão contratadas com parceria público-privada (PPP): a concessão patrocinada e a concessão administrativa (Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004).⁸⁰

Ademais, uma interpretação restritiva iria de encontro à própria sistemática do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, bem como à essência da Lei nº 13.303/2016, qual seja de flexibilizar e potencializar a liberdade de gestão das estatais, adotando um conceito de atividade-fim muito mais abrangente do que a mera execução das atividades pela própria estatal.

Todavia, importante assinalar que a abertura conferida pelo legislador às estatais no âmbito de suas atividades finalísticas não é justificativa para que as contratações se deem ao acaso. Afinal, lembre-se que a essência da criação do Estatuto é a preservação da eficiência das empresas, sendo assim, a demonstração da adequação econômica das contratações faz-se imprescindível. É o que se extrai do supracitado Acórdão nº 2488/2018:

A propósito desse tema, é importante salientar que o § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016, ao prever a inaplicabilidade do Capítulo I, não exime nem autoriza que as empresas públicas ou empresas de economia mista não observem os princípios gerais relativos à administração pública referidos na Carta Magna, uma vez que essas entidades fazem parte da administração pública.

Nesse sentido, propício se faz evidenciar, mais uma vez, a posição desta Corte de Contas, reafirmando e clarificando o posicionamento emanado no mencionado Acórdão 2033/2017-TCU-Plenário, que, em relação a esse tema, orienta no sentido de que a

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 711.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 478.

empresa estatal, ao escolher não realizar um procedimento licitatório, nos moldes do estabelecido no art. 28 da Lei das Estatais, se valha das cautelas e procedimentos atinentes à salvaguarda dos princípios constitucionais que regem a administração pública, tais como a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a isonomia e o interesse público, tendo em vista que a empresa estatal não detém discricionariedade irrestrita para escolher o parceiro que quiser, mesmo sendo desobrigada ao procedimento licitatório. Essa postura, aliás, se apresenta de maneira cogente ao administrador público, não lhe sendo optativa essa escolha.⁸¹

Em outras palavras, muito embora a equiparação ao regime privado conferido pela Lei nº 13.303/2016, o bem público subsiste, sendo, portanto, fundamental que os princípios norteadores da Administração Pública sejam fielmente observados, sendo certo que, antes mesmo da existência do Estatuto, ou até mesmo da sua previsão, a Constituição Federal já estabelecia as diretrizes aplicáveis em sede de licitações, contratações direta ou quaisquer temas ligados ao interesse público, o qual deve prevalecer.

⁸¹BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 022.981/2018-7**. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 31 de outubro de 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.303/2016 ficou conhecida como “Estatuto das Estatais” e veio com a missão de corrigir uma importante omissão legislativa, referente à regulamentação do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 19/1998 foi responsável pela redação do aludido dispositivo, cujo comando restou omissso pela legislação infraconstitucional por quase vinte anos.

Analisando o percurso histórico das licitações no Brasil, percebe-se que, em todas em todas as fases – primeira, segunda e terceira –, os doutrinadores e os tribunais impediram a total obrigatoriedade de licitação nas sociedades de economia mista e empresas públicas, alcançando o exercício de suas atividades finalísticas. Seja por exclusão expressa das estatais da disciplina de licitações como um todo, seja por construção doutrinária e jurisprudencial em relação a esse ponto específico, grande parte das contratações das estatais jamais fora submetida à licitação.

No tocante à contribuição do Tribunal de Contas da União, registre-se que embora o tema das licitações em contratos envolvendo a atividade fim passou despercebido aos olhos do legislador por décadas, as empresas públicas e sociedades de economia mista sempre contaram um amparo fundamental por parte do TCU, no que diz respeito à flexibilização das regras licitatórias.

A inexistência de trato legislativo acerca do tema não impediu que o TCU desenvolvesse sua própria construção jurisprudencial quanto à inobservância das regras licitatórias pelas estatais. Ao contrário: o que se percebe é um movimento cada vez maior de sistematização dessa tese. Não havendo premissas legais que a embasassem, a Corte de Contas surge como principal fonte de direito sobre a matéria, capaz de oferecer a orientação necessária às estatais no exercício de sua atividade-fim, principalmente envolvendo as concorrenciais.

Na percepção do Tribunal, poderá haver contratação direta no exercício das atividades finalísticas das estatais e, concomitantemente, ficar comprovado que a agilidade constitui fator essencial para a sua atuação mercadológica eficiente, além de ser demonstrada desvantagens quando da realização da licitação.

Na seara da Lei das Estatais, cuja essência pauta-se na ideia de liberdade de atuação das estatais, nota-se um resgate da onda liberalizante existente à década de 90, somada a uma preocupação do legislador com a possibilidade de haver um excesso de prerrogativas cabíveis as estatais, ao passo em que previu limites a esses privilégios.

Ressalte-se que tais noções deverão estar associadas à eficiência, agilidade, competitividade, flexibilidade, autonomia geracional e dinamismo da atividade econômica, sendo certo que essa concepção deve alcançar todas as estatais, inclusive as não concorrenciais, independentemente das atividades que exerçam. Essas noções estão presentes em grande parte dos dispositivos do Estatuto.

Somente décadas após à sua nova redação, conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o comando do artigo 173, § 1º, III, da Constituição Federal finalmente foi atendido, sendo apresentado pelo caput do artigo 28 do Estatuto a hipótese geral de observância das regras licitatórias pelas estatais. O parágrafo terceiro do aludido dispositivo dispõe que “são as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos” nas situações previstas em seus incisos. Mais especificamente, destaca-se o inciso I, o qual se trata das contratações de atividades relacionadas ao seu objeto social (atividade fim).

Até a edição do Estatuto das Estatais e o advento de seu artigo 28, as contratações diretas das estatais para o exercício de atividades finalísticas eram compreendidas entre hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Porém, com o advento da Lei nº 13.303/2016, essa configuração perde o sentido. Não porque a nova legislação prevê a palavra “dispensa”. O que se verifica, no caso das contratações envolvendo atividade fim das estatais, é uma previsão completamente atípica, que não pode ser enquadrada como dispensa e sequer como inexigibilidade, tendo em vista que, nas hipóteses do §3º, as estatais são autorizadas a prescindir da observância de todo o capítulo de licitações da Lei nº 13.303/2016, e não somente da realização de licitação, tal como dispõem o art. 29 do Estatuto e o art. 24 da Lei nº 8.666/93. Ou seja, a previsão legal vai ainda mais a fundo, determinando a não-incidência das regras licitatórias, cuja aplicabilidade não é mais cabível.

A inaplicabilidade de licitação trata-se de uma terceira modalidade de contratação direta, criada pelo Estatuto das Estatais e que em nada tem a ver com as demais, com atenção

totalmente voltada às sociedades de economia mista e empresas públicas e amplitude de não-observância ainda maior.

Em que pese a ideia da inaplicabilidade guarde certa semelhança com a inexigibilidade de licitação, afinal, ambas se apoiam na ideia de inviabilidade competitiva, é preciso ficar claro: a inexigibilidade se relaciona à singularidade do objeto ou da especificidade do serviço, tornando a competição inviável, já a inaplicabilidade se apoia na ideia de atuação mercadológica e na garantia constitucional de igualdade de condições entre os concorrentes, em que a realização do certame deixaria a empresa pública ou sociedade de economia mista em desvantagem em relação às suas congêneres rivais. Se as estatais sequer pudessem gerir livremente as contratações que justificam a sua razão de ser, o ideal potencializador da liberdade de gestão e da eficiência trazidos pela Lei nº 13.303/2016 não fariam sentido algum.

Ademais, entende-se que agiu bem o legislador em abandonar a dicotomia atividades-fim/atividades-meio e substituí-la por um parâmetro objetivo de não-incidência: as atividades econômicas especificamente relacionadas com o objeto social da estatal, tal como disposto na Lei das Estatais, uma vez que o termo “atividade-fim” apresenta um conceito jurídico indeterminado, estando sujeito, portanto, a análises subjetivas.

Havendo empecilhos causados pela instauração do certame licitatório, este será inaplicável, independentemente de se tratar de atividade-fim ou atividade-meio, ainda que isso implique ultrapassar a literalidade do referido termo ou do art. 28, § 3º, da Lei nº 13.303/2016, sendo certo que, ainda nesses casos, deverá o gestor observar os princípios norteadores da Administração Pública e apresentar a adequação econômica da contratação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Licitações promovidas pelas empresas sob controle do poder público. In: **Revista de Direito Público** – RDP, v. 63/37, jul.-set./1982.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**. São Paulo: Forense, 2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BITTENCOURT, Sidney. **A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais**. São Paulo: JH Mizuno, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2020.

_____. Lei nº. 5.456 de 20 de junho de 1968. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de junho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5456.htm> Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. Lei nº 13.306 de 04 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13306.htm#:~:text=L13306&text=LEI%20N%C2%BA%2013.306%2C%20DE%204,o%20atendimento%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o%20infantil.> Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10404/RS**. Rel. Min. José Delgado. Brasília, DF, 29 de abril de 1999. Diário da Justiça, DF, 01 de julho de 1999. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8390217/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-10404-rs-1998-0091592-3/inteiro-teor-102635624>> Acesso em: 02 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 927**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 03 de novembro de 1993. Diário da Justiça, Brasília, DF, 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>> Acesso em: 05 out. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 624/2003** – Segunda Câmara. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Data da Sessão: 24 de abril de 2003. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-

COMPLETO-103154/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.581/2003** – Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Data da sessão 22 de outubro de 2003. Trecho do voto do relator.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1390/2004** - Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 15 de setembro de 2004. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-16054/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse> Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 648/2007** – Plenário. Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça. Data da Sessão: 18 de abril de 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-30357/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.854/2009** – Segunda Câmara. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 14 de setembro de 2009. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1125907/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>> Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 625.068/95-5**. Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Data da sessão: 21 de novembro de 1996.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 022.981/2018-7**. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 31 de outubro de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: v. 4, t. 1: arts. 206 a 242. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GANDOLFO, Orlando Carlos. Licitação promovida por sociedade controlada pelo Estado: submissão aos métodos das empresas privadas – inteligência do art. 79 da lei n. 10.395, do Estado de São Paulo. **In: Revista dos Tribunais** – RT, n. 436/49, fev./1972.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Licitações nas Estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1998. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, p. 106 e ss., jan. 2000.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10. edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Notas sobre a implementação do regime da Lei 13.303/2016**. In: Justen, Pereira Oliveira & Talamini advogados. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>> Acesso em: 20 out. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Sociedades mistas e dever de licitar. In: **Revista de Direito Público – RDP**, vol. 34 n. 5, jun. 1975.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. In: **Revista de Direito Administrativo (Seleção Histórica)**, v. 1, 1991.

PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Perspectivas para as empresas estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. A&C. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. v. 62, p. 99-122, 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=238277>>. Acesso em: 25 Out. 2020.

PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. **A Licitação na Sociedade de Economia Mista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RIBEIRO, Maria Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Rodrigo Pagani; SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 245, p. 13-30, 2007.

TERRA. **Lembre do escândalo dos Anões do Orçamento que completa 20 anos**. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/lembre-do-escandalo-dos-anoes-do-orcamento-que-completa-20-anos,3f1376212bd42410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>> Acesso em: 24 out. 2020.

WALD, Arnoldo. Empresa pública - Obrigações e contratos - Licitação - Rede Ferroviária Federal. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 118, nov. 1974, p. 452-459 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40566/39297>>. Acesso em: 05 out. 2020.