

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

O PAPEL DAS EMPRESAS ESTATAIS NA PROMOÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA GERENCIAL: ANÁLISE DA LEI Nº 13.303/16

FLAVIA DOS SANTOS

Rio de Janeiro
2022/1

FLAVIA DOS SANTOS

O PAPEL DAS EMPRESAS ESTATAIS NA PROMOÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA GERENCIAL: ANÁLISE DA LEI Nº 13.303/16

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 orientação da Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.

Rio de Janeiro
2022/1

FLAVIA DOS SANTOS

O PAPEL DAS EMPRESAS ESTATAIS NA PROMOÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA GERENCIAL: ANÁLISE DA LEI Nº 13.303/16

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 orientação da Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.

Data da Aprovação: 15/02/2022.

Banca examinadora:

Orientador: Carmen Lúcia Macedo

Membro da Banca 1: Carlos Magno Siqueira Melo

Rio de Janeiro
2022/1

ATA DE APRESENTAÇÃO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: 15 / 02 / 2022

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos (as) professores (as)

1. Carmen Lúcia Macedo

2. Carlos Magno Siqueira Melo

3. _____

4. _____

Reuniu-se para examinar o **TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - TCC** do discente:

NOME DO ALUNO: Flávia dos Santos

DRE 117213194

TÍTULO DA MONOGRAFIA: O papel das empresas estatais na promoção de uma administração pública gerencial: análise da Lei no. 13.303/16

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AO DISCENTE AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)	2,0	2,0	4,5	1,0	9,5
Prof. Membro 01	2,0	2,0	4,5	1,0	9,5
Prof. Membro 02					
Prof. Membro 03					
OBS: Professor Orientador tem prerrogativa de referendar as notas dos membros da BANCA EXAMINADORA assinando por todos.				MÉDIA FINAL	9,5

Assinatura do PROF. ORIENTADOR (A): Carmen Lúcia Macedo NOTA: 9,5

Assinatura PROF. MEMBRO 01: Carlos Magno Siqueira Melo NOTA: 9,5

Assinatura PROF. MEMBRO 02: _____ NOTA: _____

Assinatura PROF. MEMBRO 03: _____ NOTA: _____

MÉDIA FINAL (MONOGRAFIA JURÍDICA III): 9,5

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

dos Santos, Flavia
dS237p O papel das empresas estatais na promoção de uma
administração pública gerencial: análise da Lei n°
13.303/16 / Flavia dos Santos. -- Rio de Janeiro,
2022.
79 f.

Orientadora: Carmen Lúcia Macedo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Empresas Estatais. 2. Gerencialismo. 3.
Administração Pública. I. Macedo, Carmen Lúcia ,
orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela fé e resiliência, que me permitiram cursar Direito na UFRJ após quatro tentativas, bem como concluir a graduação no meio de tantas adversidades em nosso país, sobretudo, relativas à pandemia.

Agradeço à minha família por todo apoio e paciência não só no período de vestibulares, mas também durante a graduação.

Agradeço à UFRJ, por fazer parte da minha história não só profissional, mas pessoal também. Agradeço, em especial, à minha orientadora, professora Cármen Lúcia Macedo, por todos os ensinamentos.

Agradeço a todos os docentes e colegas que tive o prazer de conhecer na faculdade, com certeza enriqueceram minha trajetória de vida.

*Quem cultiva a semente do amor
Segue em frente e não se apavora
Se na vida encontrar dissabor
Vai saber esperar a sua hora.*

*Às vezes a felicidade demora a chegar
Aí é que a gente não pode deixar de sonhar
Guerreiro não foge da luta e não pode correr
Ninguém vai poder atrasar quem nasceu pra
vencer.*

Tá Escrito - Grupo Revelação

RESUMO

O presente trabalho consiste no estudo da evolução dos modelos de organização da Administração Pública e as alterações geradas na estruturação da máquina pública em direção à descentralização administrativa. As empresas estatais, fruto desse processo, apresentaram-se como um arranjo paralelo à administração direta inicialmente. Além do panorama histórico da Administração Pública brasileira, em especial, quanto às fases da administração burocrática e gerencial, o trabalho teve como objetivo retratar as empresas estatais sob o enfoque conceitual e normativo em relação às licitações e contratos, regime de pessoal aplicável, diferenças dos aspectos orçamentários entre as empresas estatais dependentes e independentes e os mecanismos de governança corporativa, transparência e controle dessas entidades. O advento do Estatuto pode ser caracterizado como um verdadeiro embrião para as legislações mais recentes que versam sobre licitações e contratos. Trata-se de um anseio da administração pública e da sociedade por serviços públicos dotados de eficiência, eficácia e efetividade, finalidades centrais do gerencialismo. Por fim, a pesquisa buscou compreender a relevância dessas entidades na construção de uma administração pública gerencial, mediante estudo bibliográfico da jurisprudência, doutrina e legislações atinentes à matéria.

Palavras-chave: administração pública; empresas estatais; gerencialismo.

SUMMARY

The present article consists in the study of the evolution of the models of organization of the Public Administration and the alterations generated in the structuring of the public machine towards the administrative decentralization. The state-owned companies, as a result of this process, presented themselves as a parallel arrangement to the direct administration initially. In addition to the historical panorama of the Brazilian Public Administration, in particular, regarding the phases of bureaucratic and managerial administration, the work aimed to portray state-owned companies under the conceptual and normative approach in relation to bids and contracts, applicable personnel regime, differences in budgetary aspects between dependent and independent state-owned companies; and the mechanisms of corporate governance, transparency and control of these entities. The advent of the Statute can be characterized as a true embryo for the most recent legislation that deals with bids and contracts. It is a desire of the public administration and society for public services endowed with efficiency, effectiveness and effectiveness, central purposes of managerialism. Finally, the research sought to understand the relevance of these entities in the construction of a managerial public administration, through a bibliographic study of jurisprudence, doctrine and legislation related to the matter.

Keywords: public administration, state enterprises, managerialism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1 – PANORAMA HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA

CAPÍTULO 2 – CONCEITUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E PANORAMA
NORMATIVO

CAPÍTULO 3 - O ESTATUTO DAS ESTATAIS

3.1.– Licitações e Contratos no Estatuto

3.1.1. Hipóteses de Contratação Direta

3.1.2. Procedimento de Licitação

CAPÍTULO 4 – O REGIME DE PESSOAL NAS EMPRESAS ESTATAIS

CAPÍTULO 5 – DIFERENCIAIS QUANTO AO ORÇAMENTO PÚBLICO

CAPÍTULO 6 – GOVERNANÇA CORPORATIVA, TRANSPARÊNCIA E MECANISMOS
DE CONTROLE

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O cerne que envolve a temática das empresas estatais é a descentralização administrativa, com fundamento no modelo empresarial privado, buscando promover uma prestação de serviços públicos mais adequada e obter um maior rendimento na exploração da atividade econômica. Em razão disso, o lucro também é um dos objetivos dessas entidades, mas não é o único.

A descentralização administrativa, responsável por originar as entidades da administração indireta, a qual se incluem as estatais, é fruto de uma série de mudanças na organização do Estado e da Administração Pública.

O presente trabalho tem como objetivo geral compreender o papel das empresas estatais na evolução da Administração Pública brasileira rumo ao gerencialismo, e como objetivos específicos: identificar as particularidades das empresas estatais frente ao restante da máquina pública nacional; examinar as mudanças na legislação e seus efeitos na estruturação das estatais; e analisar brevemente a evolução histórica da Administração Pública brasileira.

Com efeito, os capítulos foram estruturados da seguinte forma: o primeiro capítulo busca traçar um breve panorama histórico da Administração Pública brasileira, em especial, quando às fases da administração burocrática e gerencial; o segundo capítulo trata do conceito normativo das empresas estatais e a evolução nas leis correspondentes; o terceiro capítulo trata propriamente do Estatuto das estatais, sobretudo, quanto às regras de licitação e seus diferenciais em relação às legislações anteriores; o quarto capítulo aborda o regime pessoal das empresas estatais; o quinto capítulo versa sobre as peculiaridades das empresas estatais em relação ao orçamento público, abordando as diferenças entre as empresas estatais dependentes e independentes; o sexto e último capítulo trata da governança corporativa, transparência e mecanismos de controle, presentes não só na Lei nº 13.303/16, mas também na Lei de Acesso à Informação e na Lei Anticorrupção.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, posto que busca averiguar a institucionalização das empresas estatais, pensar criticamente a evolução histórica dos modelos da Administração Pública brasileira. O caráter da pesquisa é descritivo ao buscar reflexões quanto às

jurisprudências, à base normativa e aos estudos de doutrinadores. Esta pesquisa é também bibliográfica, porque é relativa aos estudos de diversos autores do tema.

O tema correspondente é visivelmente interdisciplinar, razão pela qual não se restringirá a autores do ramo do Direito, posto que se pretende analisar também as mudanças nos modelos de Administração Pública no Brasil.

Qualquer tema relativo à gestão pública detém relevância social. A busca por eficiência, eficácia e efetividade gerenciais certamente irá melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados à sociedade, bem como otimizará o uso dos recursos públicos, muitas vezes escassos diante da imensidão de demandas sociais.

Além disso, a estruturação da máquina pública tem sido um alvo de recentes alterações legislativas, como o Estatuto jurídico das empresas estatais (Lei nº 13.303/26) e a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21).

Somente depois de 28 anos da promulgação da nossa Constituição Federal, que o art. 173 foi regulamentado pela Lei nº 13.303/2016, que trata do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, incluindo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios que atue na prestação de serviços ou explore atividade econômica, mesmo sujeita ao regime de monopólio. Percebe-se que a lei foi tardiamente aprovada, posto que a regulamentação da matéria já era esperada desde a alteração do art. 173 pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Diversas estatais foram criadas na década de 30, período tipicamente burocrático, e tiveram um processo de expansão acelerada nas décadas de 60 e 70, período caracterizado pelo estado como agente propulsor do desenvolvimento nacional, passando por variadas mudanças.

Mesmo com as amarras trazidas pela Constituição Federal de 1988, semelhantes às adotadas na administração direta, as empresas públicas e sociedades de economia mista detêm particularidades que as possibilitam competir com as empresas de iniciativa privada. O

estatuto regido pela Lei nº 13.303/16, apesar de tardio, trouxe diferenciais importantes para trazer maior competitividade a essas instituições no exercício do seu objeto social.

Diante do que foi descrito, tem-se como indagação: qual é a relevância das empresas estatais na evolução da Administração Pública brasileira rumo ao gerencialismo?

CAPÍTULO 1 – PANORAMA HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Conforme Sandro Trescastro Bergue¹, entendimento acerca da administração pública atual em seus fenômenos e expressões requer o reconhecimento das diferentes influências no transcurso da sua trajetória histórica. Desde a construção do Estado brasileiro, foi preciso criar organizações burocráticas na gestão pública.

No período compreendido entre as décadas 30 e 90, a administração pública nacional sofreu modificações com similaridades, a fim de modernizar-se, como a fragmentação institucional, e a separação entre formulação e implementação de políticas públicas².

José Matias Pereira apresenta a evolução da gestão pública no Brasil de forma conjunta com o modelo de Estado, indo além dos modelos básicos citados. Divide o Estado em Tecnoburocrático-Indutor (1964-1985), Moderno (1988-2002) e Inteligente-mediador-indutor (a partir de 2003).

No primeiro momento, o Estado era o principal provedor de diversos serviços e indutor do crescimento econômico, mas sem primar pela melhoria do atendimento das demandas dos cidadãos. No momento intermediário, teve início a visão de Estado mínimo. No último momento, a orientação estatal estava voltada para a eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública, aumento da transparência e introdução dos conceitos de governança corporativa.

Na década de 30, houve um verdadeiro crescimento da ingerência do poder estatal na vida do país. As Comissões de Eficiência e o Departamento Administrativo do Setor Público, criados, respectivamente, pela Lei do Reajustamento de 1936 e pelo Decreto-Lei nº 579/38, buscavam profissionalizar os recursos humanos da administração pública, com a formação de carreiras, sistemas de mérito, seleção dos candidatos por meio de concurso público. Trata-se

¹ BERGUE, Sandro Trescastro. Gestão Estratégica de Pessoas no Setor Público. São Paulo. Editora: Atlas. 2014

² MATIAS-PEREIRA, José. Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais, 5ª edição. São Paulo, Atlas: 2018.

do modelo burocrático de administração pública, instituído para combater a corrupção e o nepotismo advindos do patrimonialismo.

Contudo, o modelo burocrático mostrou-se ineficiente diante das novas demandas suscitadas pelo Estado de Bem-Estar Social. Por ser autorreferido, a estrutura dotada de normas e divisão de responsabilidades não trouxe benefícios diretamente perceptíveis aos indivíduos, tendo como disfunções a rigidez, pouca interação com a sociedade, orientação para o controle dos processos ao invés da orientação para os resultados. Diante disso, nas décadas de 80 e 90, a crise político-social interna somada à crise econômica mundial resultou na derrocada do Estado de Bem-Estar Social. Para David Osborne e Ted Gaebler, *apud* Regina Rodrigues e Audílio Miranda³, as organizações públicas caíram em verdadeiro descrédito.

“O mundo evoluiu num curto espaço de tempo. As novas ideias de gestão contemporânea, fundamentadas nos princípios da confiança e da descentralização das decisões, exigiam formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções e incentivos à criatividade. Essas ideias contrapõem-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional”.⁴

O governo de Juscelino Kubitschek mostrou-se o mais produtivo em relação aos projetos de reforma administrativa. Foram criadas a Comissão de Simplificação Burocrática (COSB), pelo decreto nº 39.510, e a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), pelo decreto nº 39.855, ambas de 1956.

A COSB buscava dar maior autonomia aos Ministérios, suprimir organismos inoperantes e estudar medidas de descentralização dos serviços e delegação de competências. A CEPA, por sua vez, tinha seu escopo voltado à promoção de mudanças estruturais na Administração Pública.

Durante o regime militar, surgiu o Decreto-Lei nº 200/67 com objetivo de regulamentar a descentralização das atividades do Estado para a administração indireta, a fim

³ RODRIGUES, Regina Rocha. MIRANDA, Audílio Renê Almeida. Os Entraves ao Gerencialismo na Gestão Pública de um Município do Interior do Estado de São Paulo. Caderno de Estudos Interdisciplinares – Edição Especial Gestão Pública e Sociedade (2015) 70-80

⁴ PALUDO, Augustinho Vicente. Administração Pública, 8ª edição. Rio de Janeiro, Editora Método: 2019, pp. 98.

de superar a ineficiência do modelo burocrático. Conforme o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, de responsabilidade do ministro Bresser Pereira, tratou-se da primeira tentativa de implantação do gerencialismo no Brasil:

“a reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei 200, entretanto, constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle”.

A década de 60 também foi o período em que se iniciou o debate acerca dos custos na legislação nacional, através da Lei nº 4.320/64. Sob o fundamento constitucional, a lei trouxe normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federativos.

O advento do Decreto-Lei nº 200/67 permitiu às empresas estatais funcionarem sob condições semelhantes às utilizadas pelas empresas privadas. No entanto, o crescimento desenfreado da administração indireta até a década de 70 gerou uma dicotomia entre a administração direta, mais centralizada e rígida, e as estruturas paralelas na Administração Indireta, mais ágeis na consecução dos seus objetivos.

Por conta disso, nas décadas de 70 e 80, houve um esforço de ordem governamental para modernizar a Administração Direta com a criação da Secretaria de Modernização Administrativa (SEMOR), buscando organizar o planejamento, o orçamento e a gestão; e do Ministério de Desburocratização e o Programa Nacional de Desburocratização, buscando simplificar os processos administrativos e promover a eficiência da Administração Direta.

De forma reativa ao Decreto-Lei nº 200/67, a Constituição Federal de 1988 tornou o poder político descentralizado, enquanto a gestão administrativa passou a ser centralizada. A administração indireta teve redução na flexibilidade e em sua autonomia, passando a funcionar com normas muito próximas às atinentes à administração direta. Em razão disso e

da aplicação de normas rígidas, a Constituição Federal é considerada um retrocesso burocrático e um distanciamento da administração gerencial.

O governo Collor buscou reduzir os efeitos negativos da Carta Magna no desempenho das entidades administrativas por meio da diminuição do tamanho da máquina estatal e da demissão em massa dos servidores públicos. No entanto, tais iniciativas foram incapazes de atender aos seus fins, já que a reestruturação desarrazoada da administração pública gerou grandes dificuldades na implementação de políticas públicas.

Em 1987, é criado o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), como a principal ferramenta de informação da contabilidade pública, permitindo o acompanhamento e controle dos gastos públicos⁵.

Em 1995, no governo de FHC, foi estabelecido o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a fim de reestabelecer a governança, ou seja, o poder de governar, capacidade administrativa prejudicada pelo retrocesso burocrático de 1988. Sob influência da vertente gerencial inglesa, buscou a construção de uma administração pública em consonância com as transformações verificadas em outros países. Contudo, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado também sofreu influências do modelo americano⁶.

Com fundamento na eficiência, maior participação da sociedade civil, qualidade na prestação dos serviços públicos e gestão por resultados, a reforma se pautou nas seguintes diretrizes: institucionalização, através de mudanças na base normativa; racionalização, por meio da redução de custos; flexibilização, através do oferecimento de maior autonomia aos gestores públicos; publicização, que enseja a transferência de atividades não exclusivas do Estado para organizações públicas não-estatais; e a desestatização, que abrange a privatização e a terceirização.

A principal decorrência do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado para a organização da administração pública foi a delimitação das áreas de atuação do Estado. As

⁵ OLIVEIRA, André Browne Ribeiro. SILVA, Uilcleides Braga da. BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil. REVISTA DE ESTUDOS CONTÁBEIS, LONDRINA, V. 3, N. 5, P. 63-82, JUL./DEZ. 2012.

⁶ FADUL, Élvia. SOUZA, Antônio Ricardo de. Analisando a interface entre o gerencialismo, a criação das agências reguladoras e a inovação institucional. In: Encontro Nacional da Associação Nacional dos Programas de Pósgraduação em Administração – ENANPAD, 30, 2006.

atividades exclusivas do Estado, em que o poder extroverso é exercido, como a regulamentação, fiscalização, fomento, segurança pública, devem permanecer no âmbito estatal, mas a administração burocrática seria substituída pela gerencial.

O setor referente ao núcleo estratégico, o qual abrange as leis e políticas públicas, também seria de propriedade pública estatal, mas a administração burocrática e a gerencial coexistiriam.

Os serviços não-exclusivos, em que o Estado atua conjuntamente com organizações públicas não-estatais e privadas, o âmbito adotado é o público não-estatal, devendo ocorrer a publicização. A área de produção de bens e serviços para o mercado tem âmbito privado, devendo o Estado atuar somente quando necessário.

A delimitação estabelecida pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi fundamental para a focalização da atuação do Estado nas suas atividades essenciais, devendo delegar para a iniciativa privada as atividades acessórias. Para Frederico Lustosa da Costa e José César Castanhar, a reforma teve como efeito a redefinição do papel do Estado de responsável direto a promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social⁷.

A reforma gerencial buscou simultaneamente equilibrar as contas públicas e tornar a ação estatal mais efetiva. José Matias-Pereira⁸ divide os objetivos conforme o alcance temporal. Os objetivos de curto prazo visavam facilitar o ajuste fiscal, sobretudo nos Estados e municípios, a fim de encerrar a crise fiscal. Os objetivos de médio prazo estavam centrados em modernizar a administração pública, tornando-a mais eficiente em relação ao atendimento das demandas sociais.

Conforme Caio Marini *apud* André Oliveira, Uilcleides Silva e Adriano Bruni⁹, tais objetivos perquiridos exigiam modificações de ordem institucional-legal, através da remoção dos obstáculos do ordenamento jurídico e a criação de novos formatos organizacionais. A gestão pública também deveria sofrer modificações para suportar a reforma do Estado,

⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. CASTANHAR, José César. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 37, n. 5, p. 969-992, set./out. 2003.

⁸ MATIAS-PEREIRA, José. Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais.

⁹ OLIVEIRA, André Browne Ribeiro. SILVA, Uilcleides Braga da. BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil.

mediante adoção de novos arranjos institucionais e novos instrumentos gerenciais, como contratos de gestão, contabilidade de custos, planejamento e gestão estratégica, gestão de processos, gestão pela qualidade. Por fim, a cultura burocrática seria substituída pela cultura gerencial.

O governo brasileiro empenhou-se em promover a privatização das empresas estatais nos casos elencados com controle público desnecessário ou injustificável, sendo mantidas algumas estatais por motivos de segurança nacional ou com influência direta para o desenvolvimento do setor privado do país. Segundo Beatriz Wahrlich *apud* Frederico Lustosa da Costa¹⁰, o programa da desestatização foi concebido para frear a expansão desenfreada da administração pública descentralizada, na década anterior, mas sem reverter tal processo.

As diretrizes do Plano Diretor se traduziram parcialmente na Emenda Constitucional nº 19/98. Segundo Frederico Lustosa da Costa, poucas organizações sociais foram criadas, o que comprometeu a potencial da iniciativa de publicização, mas houve grandes esforços pela privatização das empresas estatais, sobretudo nos setores de telefonia (Telebrás), mineração (Vale do Rio Doce) e financeiro (Banespa).

No entanto, barreiras dos modelos anteriores ofereceram resistência à efetiva implementação da reforma gerencial, o que afetou a expansão da governabilidade e a confiança nas instituições públicas. A sociedade se afirmou como agente fiscalizador das ações do Estado, sendo capaz de influenciá-las diante de um funcionamento insatisfatório.

Não só a organização da sociedade civil como sujeito ativo, mas também as mudanças geradas pela globalização, desenvolvimento de novas tecnologias motivaram a reforma estatal. O Estado, portanto, deixou a posição de provedor do Bem-Estar Social e passou a ser indutor e regulador do desenvolvimento nacional, buscando a representatividade política e a justiça social.

¹⁰ COSTA, Frederico Lustosa da. CASTANHAR, José César. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 37, n. 5, p. 969-992, set./out. 2003.

A reforma buscou o fortalecimento e reestruturação do Estado, além dos interesses da sociedade. Segundo Carlos César Pimenta *apud* Regina Rodrigues e Audílio Miranda¹¹, a busca pelo equilíbrio entre os objetivos do mercado, Estado e sociedade é essencial para o alcance do desenvolvimento político, econômico e social.

Vale ressaltar que o gerencialismo no país se originou de uma adaptação dos modelos de gestão de outros países, sobretudo Inglaterra e EUA, não sendo formado conforme as necessidades de nossa Administração Pública. Para Élvia Fadul e Ricardo Silva¹², a reforma administrativa da década de 90 originou-se da crise financeira do Estado, e os objetivos principais estavam seguindo os parâmetros mundiais do gerencialismo desde a década de 70. Segundo José Matias-Pereira¹³, as reformas administrativas eclodidas nos países em desenvolvimento, sobretudo os pertencentes à América Latina, originaram-se do Congresso de Viena, reunião de cunho liberal, com o objetivo de propor medidas governamentais capazes de gerar um equilíbrio fiscal.

Para Fernando Luiz Abrucio *apud* Oliveira, Silva e Bruni¹⁴, o gerencialismo inglês ou *managerialism* subdividiu-se em três diferentes abordagens o modelo puro, o *consumeirism* e o *public service orientation*. O modelo gerencial puro foi implementado no governo de Margareth Thatcher, e buscava a redução de custos e maior eficiência na prestação dos serviços públicos. O *consumeirism*, por sua vez, prima por uma gestão pública mais flexível, pautada na qualidade total e satisfação da sociedade enquanto conjunto de consumidores. O *public service orientation* introduziu os conceitos de equidade na prestação do serviço público, identificando o indivíduo como cidadão e não mais mero consumidor, além de promover a participação social nas políticas públicas mediante a transparência na gestão.

As abordagens relativas ao gerencialismo, apesar de múltiplas, apontam para o entendimento comum de que sempre que houver urgência na melhoria da qualidade dos

¹¹ RODRIGUES, Regina Rocha. MIRANDA, Audílio Renê Almeida. Os Entraves ao Gerencialismo na Gestão Pública de um Município do Interior do Estado de São Paulo.

¹² FADUL, Élvia. SOUZA, Antônio Ricardo de. Analisando a interface entre o gerencialismo, a criação das agências reguladoras e a inovação institucional. In: Encontro Nacional da Associação Nacional dos Programas de Pósgraduação em Administração – ENANPAD, 30, 2006.

¹³ MATIAS-PEREIRA, José. Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais, 5ª edição. São Paulo, Atlas: 2018.

¹⁴ OLIVEIRA, André Browne Ribeiro. SILVA, Uilcleides Braga da. BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil.

serviços públicos e na gestão de políticas, o setor público terá que fazer uso de técnicas de mudança organizacional típicas das empresas privadas, mediante as devidas adaptações.¹⁵

A Lei nº 10.180/2001 visa organizar e disciplinar os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, buscando revelar os custos dos programas e das unidades da administração pública federal.¹⁶

Para André Oliveira, Uilcleides Silva e André Bruni, a nível nacional, o Plano Plurianual 2004/2007 inaugurou a adoção dos parâmetros da eficiência, eficácia e efetividade na avaliação dos resultados provenientes das ações governamentais. O plano plurianual é um instrumento de planejamento integrado ao orçamento público, de forma regionalizada, mediante a definição de diretrizes, objetivos e metas para as despesas de capital e as relativas aos programas de duração continuada.

¹⁵ FADUL, Élvia. SOUZA, Antônio Ricardo de. Analisando a interface entre o gerencialismo, a criação das agências reguladoras e a inovação institucional. In: Encontro Nacional da Associação Nacional dos Programas de Pósgraduação em Administração – ENANPAD, 30, 2006.

¹⁶ OLIVEIRA, André Browne Ribeiro. SILVA, Uilcleides Braga da. BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil. REVISTA DE ESTUDOS CONTÁBEIS, LONDRINA, V. 3, N. 5, P. 63-82, JUL./DEZ. 2012.

CAPÍTULO 2 – CONCEITUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E PANORAMA NORMATIVO

Para Roberto Kanaane, Alécio Fiel Filho e Maria das Graças Ferreira¹⁷, Administração Pública é fruto da interação entre o Estado e sociedade civil, é o meio em que o governo exterioriza sua função abstrata, através de pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos. A administração pública pode ser definida como o aparato que desempenha atividades consideradas de interesse público ou comum.

As empresas estatais compõem a administração pública em seu sentido subjetivo, formal ou orgânico¹⁸. Trata-se do conjunto de órgãos, entes e pessoas jurídicas que exercem a atividade administrativa. Em seu sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública compreende a função administrativa, majoritariamente representada pelo Poder Executivo.

O Decreto Lei nº 200/1967 foi o instrumento normativo precursor quanto ao tratamento da organização da administração pública, diferenciando a administração direta da indireta. A primeira é constituída pelos “serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”, conforme o art. 4º, inciso I. A administração indireta, por sua vez, compreende as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, todas dotadas de personalidade jurídica própria.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37 amplia o escopo da administração para os outros Poderes, além de estabelecer os princípios de observação obrigatória:

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

¹⁷ KANAANE, Roberto; FIEL FILHO, Alécio; FERREIRA, Maria das Graças (org.). Gestão Pública: planejamento, processos, sistemas de informação e pessoas. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

¹⁸ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Direito Administrativo, 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

Apesar do entendimento de José dos Santos Carvalho Filho¹⁹ de que a administração indireta constitui o conjunto de pessoas administrativas, vinculadas à respectiva Administração Direta, com o objetivo de desempenhar atividades de forma descentralizada, há entidades que não têm essa atribuição. O art. 173 da Constituição Federal prevê a criação de empresas públicas e as sociedades de economia mista com o objetivo de explorar atividades econômicas em sentido estrito e, ainda assim, compõem a administração indireta.

Por empresas estatais, consideram-se empresas públicas e sociedades de economia mista ou ainda aquelas submetidas ao controle estatal. A atuação dessas entidades envolve a prestação de um serviço público específico não típico ou a exploração de uma atividade econômica. Em relação à atividade econômica, o texto constitucional traz um fator limitante à criação das entidades quando indispensável ao atendimento da segurança nacional ou do relevante interesse público.

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.

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

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 19 ed. Ed. Lumen Júris, 2008

Conforme §1º do art. 2º da Lei nº 13.303/16, a criação das empresas estatais se dá por lei específica autorizadora, que deverá apresentar indicação clara do relevante interesse coletivo ou do imperativo de segurança nacional, apresentando patrimônio público se for empresa pública ou público e privado se for sociedade de economia mista. No entanto, a criação da entidade só se completa com o registro do respectivo ato constitutivo no órgão competente. E a extinção deve atender às mesmas regras de criação, com fulcro no princípio da simetria. Assim, apesar de tal disposição não estar detalhada no Estatuto das estatais, a extinção dessas entidades administrativas requer lei específica autorizadora.

Em conformidade com o inciso XX do art. 37 da Constituição Federal, o Estatuto estabelece que depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora (art. 2º, § 2º).

“(…)depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada” (CF, art. 37, XX).

Diferentemente do disposto na Constituição Federal, o art. 2º, § 2º, do Estatuto não utilizou o termo “em cada caso”, já que o Pretório Excelso, através do ADI 1649/DF²⁰, consolidou o entendimento de que basta uma autorização para a empresa estatal criar suas subsidiárias, não sendo necessária autorização legislativa para cada uma em apartado.

A participação do Estado em empresas privadas, apesar de não deter o controle acionário da empresa., requer autorização legislativa, dispensada em atividades comerciais comuns: operações de tesouraria; adjudicação de ações em garantia; e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias (art. 2º, § 3º).

²⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF – ADI: 1649 DF, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data do Julgamento: 24/03/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00204.)

O Decreto nº 8.945/2016, que regulamenta a Lei nº 13.303/2016 no âmbito da União, dispõe, em seu art. 8º, que a autorização para a criação de subsidiárias e para participação em sociedade privada poderá constar genericamente na lei que autorizar a criação da estatal, sendo necessária vinculação com o objeto social da empresa estatal investidora e autorização do Conselho de Administração para participar de cada empresa.

Em relação às formas societárias, o mesmo decreto salienta que a empresa pública adotará, preferencialmente a forma de sociedade anônima, no âmbito da União, obrigatória para as suas subsidiárias.

Os bens pertencentes a essas entidades podem ser onerados ou alienados independentemente de autorização legal. Trata-se de bens privados, não dotados dos atributos relativos aos bens públicos, como a impenhorabilidade e a imprescritibilidade. Todavia, em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos, os bens destinados à prestação de serviços públicos passam a deter os mesmos atributos dos bens públicos. No Recurso Extraordinário nº 220.906 DF, o STF reconheceu os atributos relativos à fazenda pública à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, **é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços.** Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, §1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – RE: 220906 DF, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 16/11/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14-11-2002 PP-00015 EMENT VOL-02091-03 PP-00430).

Apesar de os bens das empresas estatais, em regra, não se enquadrarem na qualidade de bens públicos, tais entidades se submetem à fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Tribunal de Contas, segundo o art. 71 da Constituição Federal.

Para Sandro Trescastro Bergue²¹, as abordagens relativas ao estudo do Estado e da administração pública brasileira encontram forte vínculo histórico com as ciências jurídicas, de modo que o direito constitucional e o direito administrativo trazem os contornos de matriz valorativa e conceitual. Nesse sentido, diante da entrada em vigor do Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/16), a fim de disciplinar o disposto no art. 173 §1º da Constituição Federal, mais adequado é conceituá-las a partir desse novo instrumento normativo:

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

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Em relação à conceituação das empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016 não trouxe mudanças significativas frente às disposições normativas anteriores, mas sim buscou sanar incorreções, sobretudo, presentes no Decreto-Lei nº 200/67. O Decreto estabelecia que as empresas públicas e as sociedades de economia mista eram criadas por lei. Acabou sofrendo tantas críticas doutrinárias, que já perdeu validade com a Emenda Constitucional nº 19/98.

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

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

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

²¹ BERGUE, Sandro Trescastro. Gestão Estratégica de Pessoas no Setor Público. São Paulo. Editora: Atlas. 2014.

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

O Decreto-Lei nº 200/1967 trazia a exploração de atividade econômica como atividade a ser desempenhada pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, o que não foi recepcionado pelo Estatuto das empresas estatais, posto que não estabeleceu, de forma expressa, as atividades que devem ser desempenhadas, mas sim as finalidades que se relacionam com a exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda sob regime de monopólio, de prestação de serviços públicos.

O Estatuto das empresas estatais não dispôs de uma diferença crucial entre as espécies de estatais. As causas que compreendem as empresas públicas federais são julgadas na justiça federal, excetuando-se as atribuições das justiças especializadas; enquanto as causas que compreendem as sociedades de economia mista federais são julgadas, em regra, pela justiça estadual.

O art. 27 da Lei nº 13.303/16 traz como função social das empresas a realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação. Diante disso, a realização do interesse coletivo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte (art. 27, § 1º): ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista; e o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada. As estatais também deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam (art. 27, § 2º).

Percebe-se que ambas são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, mas a empresa pública pode ser revestida de qualquer das formas admitidas em direito, enquanto a sociedade de economia mista só pode ser constituída sob sociedade anônima e se submete às disposições da Lei nº 6.404/76, com fulcro no art. 235. Contudo, para José dos Santos Carvalho Filho²², algumas formas societárias se mostram incompatíveis com a empresa pública, como as sociedades em nome coletivo (art. 1.039 do Código Civil), sociedade corporativa (art. 1.093, CC) e a empresa individual de responsabilidade limitada (art. 980-A, CC). Essas formas societárias são constituídas por pessoas físicas, o que impossibilita a formação de capital através do Poder Público.

Além disso, o §6º do art. 177 da L. 6.404/76 dispõe que a empresa pública e a sociedade de economia mista de capital fechado poderão optar por observar as normas sobre demonstrações financeiras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários para as companhias abertas.

O art. 4º, § 1º, da Lei nº 13.303/2016 dispõe que a pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404/1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

As empresas estatais são submetidas à tutela do ente instituidor, através do ministério relativo ao setor, o que não se confunde com controle hierárquico. A controvérsia pairava, contudo, quanto ao controle exercido pelos tribunais de contas. Outrora o STF excluía essas entidades do dever de prestar contas e da fiscalização com o argumento de que detinham natureza de direito privado. Tal entendimento encontra-se superado atualmente. Assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista sujeitam-se à fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas, devendo, por conseguinte, prestar contas anuais e instaurar tomada de contas especial frente à presença de irregularidades na aplicação dos recursos públicos.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 19 ed. Ed. Lumen Júris, 2008.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO EMPREGADO DA EMPRESA QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA. Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, I). II – **As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas**, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista. (STF – MS 25.092 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 10/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 17-03-2006 PP-00006 EMENT VOL-02225-03 PP-00407).

Para Matheus Carvalho²³, apesar do dispositivo constitucional, o regime jurídico aplicado a essas entidades é um regime misto, em que não estão presentes as prerrogativas estatais relativas a benefícios fiscais ou vantagens processuais distintas dos concedidos aos particulares, mas há o dever de obediência dos princípios da administração pública. Para as entidades prestadoras de serviços públicos, o regime misto em muito se aproxima do regime de direito público. Para as entidades exploradoras de atividades econômicas, o regime se aproximará do regime de direito privado, sendo o direito público aplicado apenas de forma excepcional, mas sem deixar de resguardar o interesse público.

Segundo Matheus Carvalho²⁴, a responsabilidade civil das empresas estatais se difere quanto a sua finalidade. Se atuarem na prestação de serviços públicos, o art. 37, §6º da Constituição Federal é aplicado diretamente, o que enseja a responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo. Se atuarem na exploração de atividade econômica, a responsabilização se dará nos moldes do direito privado, apesar de integrarem a administração indireta.

Outras legislações têm influências significativas ao estatuto das estatais, como a Lei nº 6.404/76 que incumbe às estatais constituídas sob a forma de sociedade anônima um dever de eficiência; a Lei nº 11.101/05 (Lei das Falências), que apesar de dispor em seu art. 2º que não se aplica a empresas públicas e a sociedades de economia mista, alguns autores, como José dos Santos de Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, defendem que a exclusão se refere apenas às estatais que prestam serviço público. Para eles, a lei deveria ser

²³ CARVALHO, Matheus. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

²⁴ Idem.

necessariamente aplicada nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica, em razão do art. 173, §1º, II da Constituição Federal, que lhes atribuiu o regime jurídico de direito privado.

Para a corrente que exclui as empresas estatais da Lei das Falências, independentemente das atividades desempenhadas, o ente instituidor terá responsabilidade subsidiária quando suas entidades administrativas não dispuserem de recursos suficientes para indenizar prejuízos causados a terceiros.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista não gozam do prazo quinquenal de prescrição, como ocorre com as autarquias (art. 2º, Decreto-Lei nº 4.597/42). As dívidas em favor de terceiros prescrevem conforme as regras do Código Civil. O art. 205 do Código aduz que a prescrição ocorrerá em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. O art. 206 do CC, por sua vez, apresenta prazos para variadas hipóteses.

CAPÍTULO 3 – O ESTATUTO DAS ESTATAIS

Apesar de a Emenda Constitucional nº 19/1998 firmar bases para uma revisão do regime de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, a Lei das Estatais revelou a sua aplicabilidade a toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que atue na exploração de 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, de prestação de serviços públicos, segundo o disposto no art. 1º da Lei nº 13.303/16. Também abrange a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, na condição de operadora (art. 1º, § 5º); e a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista (art. 1º, § 6º).

Destarte, tanto as empresas estatais exploradoras de atividade econômica quanto as empresas estatais prestadoras de serviços se sujeitam ao estatuto. No entanto, a doutrina apresenta grande discordância nesse aspecto, alegando a existência de excesso de abrangência, devendo a norma se limitar às estatais exploradoras de atividade econômica.

Conforme Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (p.415)²⁵, o “§ 1º do artigo 173 da Constituição trata especificamente das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, e não das prestadoras de serviços públicos.” Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶ o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese.

²⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24ª ed. Editora Método, 2016.

²⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.624 MC/DF²⁷ também questionou alguns dispositivos do Estatuto das Estatais, como a abrangência para as estatais prestadoras de serviços públicos, com o fundamento da ausência de concorrência. Para Rodrigo Fonseca Johann²⁸, nem sempre as estatais vão exercer uma única atividade, por isso, tal divisão não pode ser tratada de forma categórica:

“ocorre que, nos dias de hoje, tem-se diversos exemplos de estatais que prestam **concomitantemente** serviço público e atividade econômica em sentido estrito, ainda que de modo secundário, dentre elas a própria ECT e a Casa da Moeda, por exemplo.”

Na ADPF 4631²⁹, o Pretório Excelso firmou o entendimento de que atividade econômica é gênero, que abrange, como espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Portanto, essa aparente dicotomia não procede, já que o serviço público se revela como uma atividade econômica dotada de um regime jurídico diferenciado. Para Rodrigo Fonseca Johann³⁰, o argumento dos autores da ADI 5.624 é frágil pela visão tradicional e ultrapassada de serviço público, posto que os serviços públicos estão cada vez mais associados ao modelo concorrencial.

Encerrando o debate acerca da proposição da ADI 5.624, a Advocacia Geral da União firmou o entendimento de que a lei não dispõe acerca de cargos públicos ou de matéria de iniciativa privativa da Presidência da República, trata apenas sobre o regime jurídico das empresas estatais, além de ter afastado os argumentos das Centrais Sindicais de que a nova estrutura gerencial traria maior rigor e restrições inconstitucionais a agentes políticos e sindicais.

²⁷ MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Concessão parcial monocrática. interpretação conforme à Constituição. art. 29, caput, da Lei 13.303/2016. venda de ações. alienação do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias e controladas. necessidade de prévia autorização legislativa e de licitação. VOTO MÉDIO. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE PELO PLENÁRIO. (STF-ADI: 5624 DF. Relator: Min RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 25/04/2019, Data da Publicação: DJe-089 30/04/2019).

²⁸ JOHANN, Rodrigo Fonseca. Lei nº 13.303/2016 e ADI nº 5.624 MC/DF: (in)constitucionalidade da aplicação da lei das estatais às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

²⁹ DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PISO SALARIAL DOS TÉCNICOS EM RADIOLOGIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE . INDEXAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. 1. Inconstitucionalidade da indexação de piso salarial ao valor do salário mínimo. 2. Congelamento da base de cálculo, a fim de que seja calculada de acordo com o valor de dois salários mínimos vigentes na data de estabilização da decisão que deferiu a medida cautelar. Não-recepção do art. 16 da Lei nº 7.394/1985. 3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (STF-ADI 4632 MG, Relator Min TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 21/11/2013, Data da Publicação: DJe-232 DIVULG 25/11/2013 PUBLIC 26/11/2013).

³⁰ Idem.

Importante salientar, como doutrina minoritária, mas bem fundamentada, o que estabelecem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo³¹, de que nem toda empresa pública e sociedade de economia mista é exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos.

Algumas empresas estatais têm como finalidade o exercício do poder de polícia ou realização de atividades de regulação, também há estatais que atuam nas áreas de interesse social, como nas atividades de saúde, ensino e pesquisa científica. Diante desse entendimento, a Lei nº 13.303/2016 é aplicável a todas as empresas estatais que explorem atividade econômica ou que prestem serviços públicos; todavia, não se aplica àquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que não atuam nessas áreas.

Vale ressaltar que algumas disposições do Estatuto não se aplicam, a princípio, a todas as estatais. As seguintes regras não se aplicam à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90 milhões (art. 1º, § 1º):

- a) “exigência de adoção de práticas de gestão de riscos e controle interno” (art. 9º);
- b) “exigência de criação de comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal” (art. 10);
- c) “exigência de previsão na lei que autorizar a criação de diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia” (art. 13);
- d) “regras de responsabilidade do acionista controlador” (arts. 14 e 15);
- e) “regras de responsabilidade e indicação dos administradores” (arts. 16 e 17);
- f) “regras de competência e organização do conselho de administração, do membro independente do conselho de administração, da diretoria, do comitê de auditoria estatutário e do conselho fiscal” (arts. 18 a 26).

A inaplicabilidade dessas regras de governança pode ser revertida por meio da edição de atos dos poderes executivos de cada ente que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas estatais que possuam a receita operacional bruta inferior a R\$ 90 milhões, observadas as diretrizes legais. Contudo, o prazo de edição é fixado em 180 dias, que se não

³¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24ª ed. Editora Método, 2016.

respeitado, fará com que as estatais sigam obrigatoriamente as regras de governança da própria Lei das Estatais (art. 1º, §§ 3º e 4º).

As normas da Lei nº 13.303/2016 estão em conformidade com o modelo de Estado Inteligente-mediador-indutor, posto que dispõem sobre a governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial, direito societário, além de licitação e contratação a serem observadas pelas empresas estatais³².

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Por fim, o Estatuto das estatais apresenta requisitos mínimos de transparência e de observação obrigatória a empresas públicas e a sociedades de economia mista: elaboração de carta anual com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas, bem como a definição clara dos recursos a serem empregados e indicadores capazes de revelar os impactos econômico-financeiros; adequação do seu estatuto social à autorização legislativa; divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes; elaboração de política de distribuição de dividendos; divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade; divulgação de dados operacionais e financeiros das atividades relativas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional. O capítulo seis do presente trabalho irá detalhar os mecanismos de controle e transparência dessas entidades da administração pública indireta.

3.1. Licitações e Contratos no Estatuto

Em matéria de licitação e contratos, as estatais estavam submetidas à L. 8.666/93, com exceção das hipóteses de comprovada incompatibilidade de consecução dos objetivos institucionais da pessoa jurídica. Por conta disso, o Pretório Excelso admitia a adoção de

³² ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.

regime diferenciado a estatais exploradoras de atividade econômica, sem restrição à atividade praticada, a fim de possibilitar a livre competição com as empresas privadas.

A Lei nº13.303/16 dispensou as estatais da observância das regras atinentes à licitação nas hipóteses em que a escolha do parceiro se dê por características particulares, atreladas a “oportunidades de negócio”, sendo comprovada a inviabilidade do processo competitivo; e diante da comercialização prestação ou execução direta dos produtos, serviços ou obras com relação direta ao objeto social da entidade. Não se trata de situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, mas de não incidência da legislação licitatória.

Além disso, o estatuto das estatais recebeu grande influxo das regras do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), abrangendo inovações relativas à contratação integrada e semi-integrada, modos de disputa (aberto, fechado e misto), pré-qualificação permanente de fornecedores e produtos, bem como da Lei Complementar nº 123/2006, relativa ao Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. No entanto, segundo o Min. Vital do Rego do TCU, a expectativa de que o estatuto otimizasse os pontos positivos e erradicasse os pontos negativos dessas legislações a fim de tornar a atuação das estatais mais célere e eficiente se restou frustrada.

As disposições do estatuto acerca das licitações provêm do disposto no art. 173 , III da Constituição Federal de 1988. O §2º do art. 1º do Estatuto dispõe que os capítulos atinentes às licitações e contratos se aplicam, inclusive, à “empresa pública dependente”, espécie de empresa controlada que requer do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral ou de capital, com exceção dos relativos ao aumento da participação acionária. A empresa estatal independente, por sua vez, é dotada de autossuficiência em relação às suas próprias atividades, sem depender de repasse do ente instituidor.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

§ 2º O disposto nos Capítulos I e II do Título II desta Lei aplica-se inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que explore atividade econômica, ainda

que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Há que se atentar para a adoção do termo “empresa pública dependente” no Estatuto das estatais, ao invés do termo “empresa estatal dependente”, utilizado na Lei de Responsabilidade Fiscal. Tal peculiaridade, bem como a disposição expressa acerca da inclusão dessas entidades, torna, de fato, a redação redundante, mas serviu para enfatizar a não aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 em matéria de licitações e contratos de empresas que dependam de recursos do ente controlador.

O art. 31 do Estatuto das empresas estatais estabelece que as licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo. A Nova Lei de Licitações³³ empregou muitos dos princípios apresentados no Estatuto das Estatais e ausentes na Lei nº 8.666/93, tais como: economicidade; competitividade e desenvolvimento nacional sustentável. O último, presente na lei anterior como finalidade da licitação, apresenta um escopo maior no Estatuto ao abranger não só a observância de normas ambientais, mas também a sustentabilidade econômica do país, através aplicação das regras especiais e contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, previstas na Lei Complementar nº 123/2006.

Os princípios da eficiência e da economicidade primam pelo uso racional dos recursos públicos no processo licitatório. Ao buscar o melhor resultado para o interesse público, evitando-se desperdícios, tais princípios se aproximam do ideal de administração pública gerencial.

A apresentação dos princípios é essencial para reiterar o interesse público como fim, além de evitar favorecimentos, contrários à isonomia. Diante disso, o art. 61 da Lei nº

³³ Art. 5º da L. 14.133/21.

13.303/16 assevera que as empresas estatais não poderão celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos à licitação.

A Lei das Estatais tem como regra a aplicabilidade do princípio da publicidade nas licitações e nos contratos, exceto quanto ao valor estimado do contrato e o conteúdo das propostas. A empresa estatal manterá sob sigilo o valor estimado do contrato, divulgando somente os quantitativos e informações essenciais para a formulação da proposta. Contudo, a contratante pode tornar o valor público por meio de justificativa na fase de preparação. O § 1º do art. 34 também estabelece uma hipótese de publicidade do valor do contrato, quando o critério de julgamento for o de maior desconto. O § 3º do art. 34 assevera que, inclusive nos casos em que o sigilo se mostre obrigatório, o valor estimado do contrato deverá estar disponível para os órgãos de controle externo e interno.

Caso o modo de disputa seja o fechado, o sigilo do conteúdo das propostas dar-se-á até o momento da abertura, a fim de preservar a isonomia da licitação. Segundo o art. 35 da Lei nº 13.303/16, após a abertura, as propostas serão públicas e as demais informações ficarão submetidas às disposições da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), que regula o acesso dos cidadãos às informações da Administração Pública.

Além disso, o art. 39 do Estatuto estabelece que os procedimentos licitatórios e contratuais regidos pelo Estatuto das estatais serão divulgados em portal específico mantido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista na internet. O aviso do edital de licitação, todavia, requer também a publicação no Diário Oficial da União, do estado ou do município, conforme § 2º do art. 51.

Apesar de a competitividade relacionar-se fortemente com a administração pública gerencial, permitindo uma qualidade superior na prestação de serviços públicos, não pode se sobrepor aos demais princípios. Nesse sentido, o Estatuto apresenta hipóteses de impedimento a empresa:

Art. 38. (...):

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

II - suspensão pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput :

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 (seis) meses.

Em suma, essas vedações têm como objetivo impedir que sócios, diretores ou administradores utilizem as pessoas jurídicas para a prática de ilícitos contra as empresas estatais, abrangendo, inclusive, empresas cujos sócios tenham operado em outras empresas suspensas, impedidas ou inidôneas.

É cediço que a Lei nº 13.303/16 veio regulamentar disposições acerca das empresas públicas e sociedades de economia mista, contudo, a Lei nº 14.002/20 trouxe que os artigos 28 a 84 do Estatuto se aplicam à Embratur (Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo), um serviço social autônomo. Trata-se de uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cuja criação é autorizada em lei, alheia à Administração Pública.

O Estatuto pôs fim a todos os regulamentos próprios, como era o caso da Petrobrás, fazendo com que todas as empresas estatais estivessem submetidas às suas disposições acerca de licitações e contratos. Para o Tribunal de Contas da União, o Decreto nº 2.745/98, que regulamentava o regime especial de licitações da Petrobrás, apresentava inconstitucionalidade, já que o ora revogado art. 67 da Lei nº 9.478/97 previa a exigência de procedimento licitatório simplificado para a aquisição de bens e serviços pela empresa, a ser definido em decreto do Presidente da República. Todavia, no Mandado de Segurança nº 29.326, o Supremo Tribunal Federal permitiu a continuidade da aplicação desse dispositivo.

MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SUBMISSÃO DA PETROBRÁS AOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTANTES DA L.8.666/93. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relatório 1. Mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S/A. Petrobrás, em 6.10.2010, contra decisão do Tribunal de Contas da União que, no processo TC n. 016.176/2000-5, **teria declarado a inconstitucionalidade do Decreto n. 2.745/98 e determinado à Impetrante que observasse o disposto na L. 8.666/93 em suas futuras contratações.** A Impetrante alega, em síntese, que o procedimento licitatório simplificado utilizado nas licitações e contratos por ela realizados fundamenta-se no art. 67 da Lei n. 9.478/97, no Decreto n. 2.745/98 e no Parecer n. 15 da Advocacia-Geral da União, que vincularia a Administração Pública federal. Pondera que o TCU não disporia de competência para declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e que o cumprimento da decisão apontada como coatora conduziria a Impetrante à prática de ato ilegal, já que deverá se pautar em outra base distinta da norma legal de regência a que está obrigada (fl. 8). 3. Em 13.10.2010, deferi a medida liminar para suspender os efeitos da decisão apontada como coatora. 4. O TCU prestou informações em 4.11.2010. 5. Em sua manifestação, apresentada em 16.12.2010, **a União sustentou a inexistência de ilegalidade no Decreto n.2.745/98, não seria possível a aplicação da L.8.666/93 às relações negociais inerentes à atividade fim da Impetrante** (fl. 13, da Petição STF n. 65.793/2010) e que a respeito aos princípios administrativos não poderia ser confundido com a aplicação obrigatória da L. 8.666/93. 6. Em 19.11.2010, o TCU, representado pela AGU, interpôs agravo regimental. Em sua petição, salientou estar autorizado a apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, conforme disposto na súmula 347 do STF. Ponderou não remanescer dúvidas de que a Impetrante, como entidade integrante da Administração Indireta, deve obediência aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública na condução dos procedimentos licitatórios e na aplicação da despesa pública, o que implica também em não atender a regulamentos e leis eventualmente consideradas inconstitucionais pelo TCU (fl. 10, da Petição STF n. 66.545/2010) (...). (STF – MS: 29326 DF, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 16/08/2011, Data de Publicação: DJe-160 DIVULG 19/08/2011 PUBLIC 22/08/2011).

Atualmente, o art. 40 da Lei nº 13.303/16 disciplina que as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com a norma, especialmente quanto a glossário de expressões técnicas; cadastro de fornecedores; minutas-padrão de editais e contratos;

procedimentos de licitação e contratação direta; tramitação de recursos; formalização de contratos; gestão e fiscalização de contratos; aplicação de penalidades; e recebimento do objeto do contrato.

Ao disciplinar quase integralmente a matéria, houve uma derrogação parcial da Lei nº 8.666/93 relativo às empresas estatais, excetuando-se as regras de direito penal e os critérios de desempate, agora disciplinados pela Lei nº 14.133/21.

Enquanto a Lei nº 8666/93 era aplicada subsidiariamente às empresas estatais, após a emergência do Estatuto, a nova lei de licitações é aplicável somente quanto às disposições penais atinentes aos crimes de contratação direta ilegal e de impedimento indevido. O § 1º do art. 1º da Lei nº 14.133/21 traz expressamente a exclusão das empresas estatais do escopo de aplicação, limitando a sua abrangência a administração pública direta, autárquica e fundacional dos entes federativos.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.

As empresas estatais, portanto, seguem os dispositivos da lei quanto aos crimes relativos a licitações e contratos administrativos, com fulcro no art. 178.

As contratações efetuadas por empresas públicas e sociedades de economia mista requerem, em regra, procedimento licitatório prévio. Conforme o art. 28, caput, 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 da Lei das Estatais.

3.1.1. Hipóteses de Contratação Direta

A Lei nº 13.303/16 traz exceções quanto à exigência de prévia realização de licitação pública. Trata-se da licitação dispensada, dispensável e inexigível. A licitação dispensada, prevista no §3º do art. 28, determina a inaplicabilidade da licitação, bem como das demais exigências contidas na lei.

Art. 28. (...)

§ 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.

O inciso I do mesmo artigo traz as hipóteses que envolvem as atividades finalísticas da empresa estatal, associadas aos seus objetivos sociais. O inciso II, por sua vez, trata das oportunidades de negócio, entendidas como a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente, conforme §4º do art. 28.

Os casos de licitação dispensável e inexigível se assemelham aos anteriormente dispostos na Lei nº 8.666/93. Em ambos os casos, contudo, as empresas estatais continuam sujeitas às demais disposições previstas no Estatuto, como a caracterização de situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; razão da escolha do fornecedor ou do executante; e justificativa do preço (§3º do art. 30).

Na licitação dispensável (art. 29), o legislador atribuiu ao agente público a escolha de realizar ou não o procedimento licitatório, diante de situações taxativas, como a contratação de baixo valor ou de falta de interesse dos fornecedores.

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

III - quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;

IV - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

V - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

VI - na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

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

VIII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

IX - na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X - na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.

XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e

que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;

XII - na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

XIV - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

XV - em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º ;

XVI - na transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta;

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

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

Em relação aos valores para dispensa de licitação de baixo valor, a diferenciação se dá pela natureza do objeto, sendo de R\$ 100 mil, para obras e serviços de engenharia, e de R\$ 50 mil, para compras e demais serviços. Todavia, o § 3º do art. 29 permite que os valores sejam alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade. Dessa forma, as empresas estatais podem apresentar valores de dispensa de licitação por baixo valor diferentes do Estatuto mediante deliberação do seu Conselho de Administração.

Na inexigibilidade da licitação, nas situações em que o procedimento se mostre inviável, já que o rol não é taxativo como na licitação dispensável. O art. 30 apresenta duas

situações especiais de inviabilidade: um único fornecedor capaz de prestar o serviço e contratação de serviço técnico especializado por empresa/profissional de notória especialização. Os serviços técnicos especializados são determinados pelo próprio artigo, que traz vedação expressa à inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Conforme o § 1º do art. 30, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

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

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

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

Diferentemente da Lei nº 8.666/93³⁴, o Estatuto das empresas estatais não apresenta como requisito para inexigibilidade a natureza singular do objeto, exigindo somente o serviço técnico especializado, dentre os dispostos na lei, e a notória especialização do contratado³⁵. A

³⁴ Art. 25, II da L. 8.666/93.

³⁵ Art. 30, II da L. 13.303/16.

Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) também não estabeleceu como requisito a natureza singular do objeto³⁶.

O § 2º do art. 30 prevê responsabilidade solidária da autoridade que houver decidido pela contratação direta e do fornecedor ou prestador de serviços diante de dano decorrente de sobrepreço ou superfaturamento, comprovados pelo órgão de controle externo, em face de inexigibilidade e casos de dispensa.

O sobrepreço trata-se do preço orçado, enquanto o superfaturamento trata do efetivo dano. O § 1º do art. 31 do Estatuto dispõe sobre ambas as hipóteses.

Art. 31: (...)

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

- a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
- c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

3.1.2. Procedimento de Licitação

Primeiramente, a Lei nº 13.303/16 se diferencia da lei anterior de licitações (Lei nº 8.666/93) por não apresentar as modalidades até então dispostas, mas sim procedimentos

³⁶ Art. 74, III da L. 14.133/21.

específicos, o que torna o Estatuto das empresas estatais mais próximo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

O art. 51 do Estatuto estabelece a sequência de fases a serem observadas pelas empresas estatais: preparação; divulgação; apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; julgamento; verificação de efetividade dos lances ou propostas; negociação; habilitação; interposição de recursos; adjudicação do objeto; homologação do resultado ou revogação do procedimento.

Em regra, no Estatuto das Estatais, a fase de julgamento ocorre antes da habilitação, mas permite-se o contrário, de forma excepcional, se houver previsão expressa no instrumento convocatório (art. 51, § 1º). Essa inversão de fases é semelhante ao disposto no art. 17 da Lei nº 14.133/21 e torna o processo licitatório mais célere, visto que apenas é feita a análise da habilitação do primeiro colocado e dos outros mais próximos se o primeiro foi inabilitado, reduzindo-se o dispêndio de tempo e o número de recursos.

Os atos licitatórios praticados pelas empresas estatais e pelos licitantes serão efetivados preferencialmente por meio eletrônico (art. 51, § 2º). A Nova Lei de Licitações se aproximou do Estatuto das estatais e do anterior Decreto nº 10.024/19, que regulamentava o pregão na forma eletrônica, ao estabelecer que os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, conforme inciso VI do art. 12 da Lei nº 14.133/21. A utilização dos meios eletrônicos nas licitações e contratos permite maior adesão aos princípios da publicidade e transparência, facilitando o processo de *accountability* pela sociedade, típico da administração pública gerencial.

Mais uma vez, as legislações posteriores (anterior Decreto nº 10.024/19 e Lei nº 14.133/21) se aproximaram do Estatuto das Estatais ao estabelecerem os modos de disputa aberto e fechado. Na legislação anterior (Lei nº 8.666/93), não havia menção expressa aos modos de disputa. No âmbito das empresas estatais, o Estatuto assevera que poderão ser adotados os modos de disputa aberto ou fechado, ou, quando o objeto da licitação puder ser parcelado, a combinação de ambos (art. 52).

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado (art. 52, § 1º). Diferentemente do pregão, o modo de disputa aberto no Estatuto das estatais pode ser aplicado para vários tipos de objetos, e não somente os bens e serviços comuns. O modo de disputa aberto facilita a convocação dos demais licitantes diante dos casos de inabilitação ou rescisão contratual do primeiro colocado ao permitir a apresentação de lances intermediários e o reinício da disputa, ambos disciplinados no art. 53. No modo de disputa fechado, não há fase de lances. Assim, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até o momento da abertura.

Os critérios de julgamento no Estatuto das estatais se equivalem aos tipos de licitação dispostos na pretérita Lei nº 8.666/93. O art. 54 do Estatuto traz como critérios o menor preço; maior desconto; melhor combinação de técnica e preço; melhor técnica; melhor conteúdo artístico; maior oferta de preço; maior retorno econômico; e melhor destinação de bens alienados. Segundo o Estatuto, os critérios de julgamento serão expressamente identificados no instrumento convocatório e poderão ser combinados na hipótese de parcelamento do objeto. Contudo, não serão consideradas vantagens não previstas no instrumento convocatório.

O § 2º do art. 54 assevera que diante dos critérios de melhor combinação de técnica e preço, melhor técnica, melhor conteúdo artístico e maior retorno econômico, o julgamento das propostas utilizará parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, a fim de respeitar o princípio do julgamento objetivo, posto que tais critérios são dotados de relativa subjetividade.

O § 6º do art. 54 estabelece que em face do critério de maior retorno econômico, os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada.

O Estatuto inovou ao prever a etapa de verificação da efetividade das propostas ou lances, posterior ao julgamento. Segundo o art. 56, essa etapa promoverá a desclassificação das etapas que: contenham vícios insanáveis; descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório; apresentem preços manifestamente inexequíveis; se encontrem

acima do orçamento estimado para a contratação; não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista; apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório, salvo se for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes.

A verificação da efetividade dos lances ou propostas pode feita exclusivamente em relação aos lances e propostas mais bem classificados (art. 56, § 1º), não sendo obrigatória, portanto, a análise de todas as propostas.

Conforme o art. 57, confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou.

Apesar de o orçamento ser, em regra, sigiloso, a negociação surge como etapa importante no processo de contratação ao permitir que as empresas estatais obtenham melhores condições, sobretudo quando o valor ainda for superior ao estimado. O § 1º do art. 57 prevê que negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado. Contudo, se depois de adotada tal providência, não for obtido valor igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, será revogada a licitação (art. 57, § 3º).

Dessa forma, a negociação possui uma finalidade congruente com os preceitos da administração pública gerencial, já que a busca por melhores condições de contratação permite o atendimento do bem público de forma eficiente, eficaz e mais econômica.

O procedimento licitatório das empresas estatais terá fase recursal única, salvo no caso de inversão das fases (art. 59 da Lei nº 13.303/16). A fase recursal única também é característica do pregão, tendo contribuído para torná-lo a modalidade de licitação mais célere até então, visto que há somente um momento para os licitantes manifestarem qualquer inconformismo.

Os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplarão, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência das fases de julgamento e de verificação de efetividade dos lances ou propostas (art. 59, § 1º). Todavia, no caso de inversão de fases, a fase recursal única não será cabível, ensejando várias fases de recurso. O prazo de cinco dias será aberto após a habilitação e após o encerramento da fase de verificação, abrangendo o segundo prazo também atos decorrentes da fase de julgamento (art. 59, § 2º).

Os procedimentos auxiliares das licitações, previstos no art. 63 da Lei nº 13.303/16, são a principal inovação do regime licitatório específico das empresas estatais. Apesar de estarem presentes também no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e na Lei nº 8.666/83, tais procedimentos trouxeram para as empresas públicas e as sociedades de economia mista a preocupação maior de aumentar a eficiência dos processos licitatórios. Trata-se da pré-qualificação permanente, cadastramento, sistema de registro de preços e catálogo eletrônico de padronização.

A pré-qualificação busca identificar fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública (art. 64 da Lei nº 13.303/16). O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de qualquer interessado. (art. 64, § 1º). Na Lei nº 8.666/93, a qualificação se dava juntamente com a licitação, o que tornava o processo moroso, sobretudo, diante da correção de erros pelos licitantes desabilitados. De forma distinta, a pré-qualificação estabelecida no Estatuto permite que a análise das condições de habilitação possa ocorrer em qualquer momento ao longo da validade máxima de um ano, mesmo que não haja edital publicado, possibilitando a correção de erros sem tornar o processo licitatório moroso.

O § 2º do art. 64 estabelece que a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento. O procedimento auxiliar da pré-qualificação permite maior adequação da licitação às finalidades das empresas estatais, podendo ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores (art. 64, § 3º).

A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes (art. 64, § 4º). A empresa estatal, portanto, teria a possibilidade de estabelecer a pré-qualificação para características mais genéricas dos fornecedores, postergando as qualificações específicas no momento da abertura de uma licitação.

A diferença entre a pré-qualificação e o registro cadastral é esclarecida pela doutrina. Para Marçal Justen Filho³⁷, a pré-qualificação objetiva refere-se a um bem e a aferição dos requisitos técnicos e de qualidade correspondentes; enquanto, o registro cadastral refere-se às condições de habilitação do fornecedor.

A pré-qualificação subjetiva também trata do fornecedor, mas relaciona-se com o reconhecimento formal da titularidade por um sujeito dotado de requisitos de qualificação técnica. O registro cadastral é um conjunto de informações referentes à habilitação dos fornecedores inscritos em procedimentos licitatórios. A inscrição no registro cadastral torna o processo evidentemente mais célere, visto que o licitante deverá apenas apresentar o certificado de registro cadastral, ao invés de apresentar toda a documentação necessária. Com efeito, a qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências estabelecidas para habilitação ou para admissão cadastral (art. 65, § 4º).

No Sistema de Registro de Preços, os preços de produtos de determinados fornecedores são registrados na ata de registro de preços. Trata-se de um procedimento previsto na pretérita Lei nº 8.666/93, mas mais detalhado no Estatuto, com relevância, sobretudo, diante de aquisições frequentes e parceladas, e quando entidades variadas possuem uma mesma necessidade de compra.

Qualquer órgão ou entidade responsável pela exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos poderá aderir ao sistema de registro de preços, procedimento disciplinado em decreto do Poder Executivo, devendo observar as disposições do § 2º do art. 66. Contudo, a ata de registro de preços não possui caráter cogente, ou seja, trata-se de uma

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

faculdade disponível à administração pública para firmar os contratos que deles poderão advir, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições (art. 66. § 3º).

O art. 67 estabelece o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras que consiste num sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela empresa pública ou sociedade de economia mista que estarão disponíveis para a realização de licitação.

O objetivo do catálogo eletrônico é padronizar objetos adquiridos, o que torna o processo licitatório célere, já que muitas necessidades de aquisição se assemelham e se repetem. Evita-se, portanto, a descrição detalhada sempre que houver nova licitação. Contudo, tal procedimento auxiliar apenas pode ser aplicado nas licitações cujo critério de julgamento seja o menor preço ou o maior desconto (art. 67, parágrafo único).

Após a licitação, tem-se o contrato, definido como o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração³⁸. O Estatuto difere, em grande proporção, da pretérita Lei nº 8.666/93 quanto ao direito subjetivo à assinatura do contrato. Enquanto a lei anterior de licitações estabelecia que o vencedor da licitação não possuía esse direito, o Estatuto das empresas estatais assegura o direito subjetivo à assinatura. Contudo, diante do não comparecimento do convocado no prazo e nas condições estabelecidos, decairá o direito à contratação (art. 75, caput).

Outra grande diferença entre a pretérita lei de licitações o Estatuto das empresas estatais reside na alteração dos contratos. Na Lei nº 8.666/93, a alteração se dava de forma unilateral ou por acordo das partes. No Estatuto, a alteração apenas poderá ocorrer por acordo entre as partes. Essa diferença ocorre porque os contratos da Lei das Estatais são contratos de direito privado, não sendo dotados de prerrogativas públicas. Contudo, a possibilidade de alteração dos contratos encontra limites na Lei nº 13.303/16: não se admite a alteração do contrato em face do regime de contratação integrada; são vedados ajustes que resultem em violação da obrigação de licitar (art. 72); os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras (art. 81, § 1º).

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes.; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

Apesar da natureza privadas dos contratos das empresas estatais, são cabíveis algumas regras de direito público. A prerrogativa de impor sanções administrativas ao contratado em razão de irregularidades é uma delas. Assim, verifica-se o regime jurídico híbrido das empresas públicas e sociedades de economia mista.

O art. 83 dispõe que pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as sanções de advertência, multa na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; e suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos

CAPÍTULO 4 – REGIME DE PESSOAL NAS EMPRESAS ESTATAIS

Segundo Carles Ramió Matas *apud* Sandro Trescastro Bergue³⁹, em virtude das múltiplas funções que perfazem a administração pública, coexistem diferentes categorias profissionais que requerem diferentes processos e estruturas. A organização pública é uma organização complexa, não pela dimensão ou pelo tamanho, mas pela diversidade funcional e estrutural, tendo sua dinâmica organizacional fortemente limitada pelos padrões normativos, sobretudo, no que diz respeito à gestão de recursos humanos.

Conforme Regina Rodrigues e Audílio Miranda⁴⁰, o modelo gerencial de gestão é um facilitador da organização estatal por flexibilizar a burocracia, buscar a redução de procedimentos triviais, resultando na maior eficiência dos serviços públicos que atendem às necessidades da sociedade.

O servidor público está alterando a sua postura frente ao trabalho, deixando de ser mero cumpridor da lei e dos procedimentos padronizados, tornando-se mais proativo e buscando a otimização de suas atividades a partir de estímulos motivacionais, estabelecimento de uma avaliação de desempenho periódica, bem como programas de desenvolvimento profissional. Com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a avaliação do gestor público foi direcionada para aperfeiçoar a análise da eficiência econômica das ações públicas⁴¹.

Élvia Fadul e Lindomar da Silva⁴² apontam instrumentos do Modelo Gerencial da Nova Administração Pública capazes de facilitar a conquista desses novos objetivos que aproximem a gestão estatal da gestão privada, apresentados em destaque no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

³⁹ BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão Estratégica de Pessoas no Setor Público*. São Paulo. Editora: Atlas. 2014.

⁴⁰ RODRIGUES, Regina Rocha. MIRANDA, Audílio Renê Almeida. Os Entraves ao Gerencialismo na Gestão Pública de um Município do Interior do Estado de São Paulo. *Caderno de Estudos Interdisciplinares – Edição Especial Gestão Pública e Sociedade* (2015) 70-80.

⁴¹ OLIVEIRA, André Browne Ribeiro. SILVA, Uilcleides Braga da. BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil. *REVISTA DE ESTUDOS CONTÁBEIS, LONDRINA*, V. 3, N. 5, P. 63-82, JUL./DEZ. 2012.

⁴² FADUL. E. SILVA, L. P. Retomando o debate sobre a reforma do estado e a nova administração pública. In: *ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓSGRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO – ENANPAD*.

A fim de incrementar a qualidade na prestação dos serviços públicos, os autores apontam a necessidade de implementar um sistema de avaliação de desempenho, controle de resultados e de práticas de melhoria do desempenho típicas da órbita privada. Diante do excesso de formalismo proveniente da exaustão da burocracia, os instrumentos apontados se referem à descentralização administrativa, autonomia e capacidade gerencial, profissionalização das carreiras públicas, maior capacitação do corpo técnico e maior competição entre as unidades administrativas. Por fim, de modo a otimizar o uso dos recursos públicos e sair de uma cultura de gestão com visão excessivamente orçamentária, a disciplina fiscal e a garantia de contratos sólidos são instrumentos sugeridos.

A legislação nacional vem abordando a temática dos custos desde a década de 60 do século passado⁴³. A Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe a obrigatoriedade de um sistema de registro de custos para a administração pública, inclusive sob a recomendação do Tribunal de Contas da União quanto a nível federal.

A organização sistemática dos custos permite uma avaliação eficaz das ações governamentais e, por conseguinte, uma qualidade superior na prestação dos serviços públicos, graças à disponibilização informações essenciais ao estabelecimento de padrões de desempenho. No entanto, a iniciativa federal de constituir uma política de custos requer ainda maiores passos a fim de expandir essa nova forma de avaliação das políticas públicas.

Soma-se ao sistema de custos, a nova Contabilidade Pública que busca otimizar o registro das informações necessárias, como ferramenta de auxílio aos gestores públicos na tomada de decisão, sobretudo, quanto aos investimentos, frente aos critérios de eficiência, eficácia e efetividade. Tal instrumento adaptou-se às demandas normativas internacionais, passando a vigorar de forma obrigatória no âmbito federal em 2011.⁴⁴

O art. 173, §1º, II da Constituição Federal de 1988 inclui as estatais exploradoras de atividade econômica no regime direito privado aplicável às empresas privadas, inclusive em matéria trabalhista e tributária. No entanto, a doutrina majoritária defende que a atuação se dá sob um regime jurídico híbrido, posto que o direito privado é derogado, de forma parcial,

⁴³ OLIVEIRA, André Browne Ribeiro. SILVA, Uilcleides Braga da. BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil. REVISTA DE ESTUDOS CONTÁBEIS, LONDRINA, V. 3, N. 5, P. 63-82, JUL./DEZ. 2012

⁴⁴ Idem.

pelo direito público. Isso ocorre pela presença de dispositivos constitucionais que estabelecem a observância obrigatória dos princípios da Administração Pública pela administração indireta, a qual se incluem as empresas estatais.

No direito administrativo, o agente público é gênero que abrange representantes do Estado, tendo como espécies os servidores públicos, mediante vínculo estatutário e ocupantes de cargo público, provimento efetivo ou em comissão; e os empregados públicos que ocupam emprego público mediante regime celetista.

Os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se à Consolidação das Leis do Trabalho, mediante uma relação bilateral. Diz-se, portanto, que o vínculo estabelecido é contratual, diferentemente do vínculo estatutário dos servidores públicos, sob o regime da Lei nº 8.112/90.

Além disso, os empregados públicos sujeitam-se ao regime geral de previdência social, diferentemente dos servidores estatutários, sujeitos ao regime próprio, conforme o art. 40 da Carta Magna⁴⁵.

As lides trabalhistas entre os empregados públicos e as empresas estatais são de responsabilidade da Justiça do Trabalho, conforme art. 114 da Constituição Federal. A competência jurisdicional, contudo, difere em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista. Nas primeiras, a competência paira na Justiça Comum estadual ou federal a depender do ente federativo correspondente. Nas segundas, a competência se restringe à Justiça Comum estadual, independentemente do ente federativo que as sociedades pertençam.

De acordo com a Súmula 42⁴⁶ do Supremo Tribunal de Justiça, a Justiça Comum Estadual é competente para processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento. A Súmula 556 do Supremo

⁴⁵ Art. 40 O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 13. Aplica-se ao agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, inclusive mandato eletivo, ou de emprego público, o Regime Geral de Previdência Social.

⁴⁶ Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

Tribunal Federal⁴⁷ complementa ao aduzir que a Justiça comum é competente para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

A Constituição Federal estabelece de forma taxativa o rol de competências da Justiça Federal no art. 109⁴⁸, cabendo aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; bem como os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

A Justiça Estadual, por sua vez, apresenta competência residual, segundo assevera o art. 25, *caput*, § 1º e 125 da Carta Magna. De acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, a Justiça Federal não é competente para processar e julgar as causas em que as sociedades de economia mista de âmbito federal figurem como autoras, réis, assistentes ou oponentes, também exclui as infrações penais praticadas diante dos bens, serviços ou interesse dessas entidades, exceto na hipótese de a União intervir como assistente ou oponente.

⁴⁷ É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

⁴⁸ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

“As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente (Súmula 517; RE 750.142 AgR, rel. min. Edson Fachin, 1ª T, DJE 43 de 8/3/16, ACO 2.438 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, DJE 45 de 10/3/15)”.

As empresas estatais possuem maior autonomia no estabelecimento dos limites da distribuição de seus postos de trabalho, visto que o quadro de pessoal geralmente é aprovado pelos órgãos internos da entidade. Para Luciano Ferraz⁴⁹, o art. 61, §1º, II, “a” da Constituição Federal que denota a necessidade de lei para criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração não é inteiramente aplicável às empresas estatais.

O regime de pessoal dos dirigentes que não integram o quadro permanente é distinto, não podendo ser classificados como empregados celetistas, visto que sua relação não é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Evidentemente, também não são estatutários. Exercem um cargo de livre nomeação e exoneração, cujo ingresso independe de concurso público. Esse regime especial é regulado pela lei das estatais (Lei nº 13.303/16), pela legislação comercial e pelo estatuto próprio da entidade. Esses dirigentes detêm um “emprego em comissão”, termo pouco utilizado por algumas decisões judiciais como alusão aos cargos de direção, chefia e assessoramento nas entidades de direito privado.

De forma congruente, o ex Ministro Ilmar Galvão do Supremo Tribunal Federal aduz que:

“Efetivamente, não se poderia compreender que dispondo a Administração direta, as autarquias e fundações públicas, de servidores de livre provimento e dispensa, notadamente para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, o mesmo não se verificasse em relação às empresas estatais, por igual carentes de servidores de confiança, dotados de qualificação específica, especialmente para assessoramento de dirigentes, pelo tempo de duração dos respectivos mandatos.”

⁴⁹ FERRAZ, Luciano. Regime dos empregos em comissão nas empresas estatais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/interesse-publico-regime-empregos-comissao-empresas-estatais>>.

No Acórdão n. 1.557/2005⁵⁰, o Min. Ubiratan Aguiar, do Tribunal de Contas da União, de forma semelhante, asseverou que:

“É pouco razoável concluir pela inviabilidade de que empresas, sujeitas ao regime privado, e assim, submetidas a menos amarras que os órgãos da administração direta, não possam ter esses “cargos” de livre nomeação e exoneração, ao passo que os órgãos mencionados tenham tal prerrogativa.”

A legislação trabalhista será aplicável, sem afastar a exigência de concurso público, salvo para cargos e funções de confiança. Acerca disso, o Supremo Tribunal Federal dispôs que:

“... ainda que editado o já referido estatuto jurídico para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, tal estatuto não poderá excluir a obrigatoriedade do concurso público, vez que se trata de corolário dos princípios constitucionais da publicidade e da impessoalidade, não havendo que se falar em colisão com o conteúdo do art. 170, §1º da Constituição Federal de 1988” (RE 558.833-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie).

A exigência de aprovação em concurso público (art. 37, II da Constituição Federal), contudo, não dá ensejo à estabilidade, restrita ao regime estatutário. Apesar disso, no Recurso Extraordinário nº 589.998-PI, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de motivação da dispensa de empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, com base nos princípios da moralidade e da isonomia.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE

⁵⁰ MONITORAMENTO DAS AÇÕES REALIZADAS POR FURNAS PARA A SUBSTITUIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADOS POR EMPREGADOS CONCURSADOS. Fixação do prazo de dois anos para tal substituição. Alegações a respeito da exiguidade do prazo, considerando a natureza das atividades desenvolvidas por Furnas. Apresentação de cronograma propondo o fim das substituições até 2009. Procedência dos argumentos, mas inadequação do cronograma apresentado, que concentrava a maior parte das substituições para 2008 e 2009. Aceitação do prazo proposto, mas com a substituição de, no mínimo, 25% do atual quantitativo de terceirizados por ano. Questão que envolve a contratação de assessores externos sem concurso público. Considerações acerca da criação de cargos em comissão nas entidades da administração direta. Ausência de irregularidade nas contratações realizadas. Exclusão do item do acórdão que determinava a anulação dessas contratações. Prorrogação do prazo para apresentação de estudos a respeito do quadro ideal de pessoal para Furnas. Determinação à Furnas. Conhecimento do pedido de reexame. Provimento parcial. Ciência ao recorrente e ao Ministério do Planejamento. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. TCU, Sala das Sessões, Data: 05/10/2005, Relator Min UBIRATAN AGUIAR

DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho (Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.03.2013).

Deve-se observar que a decisão do Supremo Tribunal Federal se restringiu às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, não alcançando as exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. De forma congruente, assevera Adib Pereira Netto Salim, citado no Recurso Extraordinário nº 688.297 RG/CE:

“Assim, no mercado, em regime privado, o Estado, por meio de suas empresas públicas e sociedades de economia mista. Quando em concorrência com particulares, deve ser regido pelas regras de direito privado, inclusive em suas relações com seus empregados, sendo aí possível, excepcionalmente, se por razões de sobrevivência concorrencial, dispensar de forma imotivada. (...) Será sempre necessário identificar o tipo de atividade desempenhada pelas referidas pessoas. Sendo serviço público ou atividade econômica exercida em regime de monopólio, haverá necessidade de motivar a dispensa. Caso a hipótese seja de atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa provada, a dispensa imotivada poderá ocorrer, se necessária aos imperativos da sobrevivência concorrencial”.

A vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções também atinge os empregados públicos, conforme art. 37, XVII da Constituição Federal de 1988. Dentre as exceções, têm-se a compatibilidade de horários, podendo ser a de dois cargos de professor; a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (art. 37, XVI da Constituição Federal).

A aplicabilidade do teto constitucional remuneratório, disposto no art. 37, XI da Magna Carta, em relação às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeita-se à diferenciação entre empresa estatal dependente e independente. O teto remuneratório será aplicado aos agentes públicos correlatos quando a empresa estatal for dependente, isto é, receber recursos do ente instituidor para pagamento de despesas de pessoal

ou de custeio em geral. Contudo, quando a empresa estatal for independente, não receber recursos do ente instituidor para essas finalidades, o teto não será aplicado (art. 37, §9º da Constituição Federal).

Art. 37. (...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

Esse debate foi tema da recente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.585/DF, ajuizada pelo governador do Distrito Federal. Para ele a aplicação do teto afeta a competitividade e impossibilita que as verbas sejam usadas para o custeio de remunerações superiores ao limite constitucional. O resultado foi a suspensão de trechos da Emenda à Lei Orgânica do DF que ampliava o teto remuneratório a todas as empresas estatais, violando o art. 37, IX e §9º da Constituição Federal de 1988

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 19, X E § 5º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA 99/2017. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NÃO DEPENDENTES DO ERÁRIO. TETO REMUNERATÓRIO. SUBMISSÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 37, § 9º, E 173, §§ 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA. QUEBRA DO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. As empresas estatais, apesar de ostentarem natureza jurídica de direito privado, podem sofrer maior ou menor derrogação do regime de direito privado em favor de regras de direito público, tendo como escopo a concretização do interesse público. 2. A influência das normas de direito público sobre os atos praticados por empresas estatais é impactada pela natureza jurídica que ostentam, pelo tipo de serviço público prestado e pela atividade econômica desenvolvida, inclusive para os fins das relações jurídico-empregatícia e para a definição das remunerações por elas pagas, tendo em conta a dinâmica do regime concorrencial a que eventualmente se submetam e a necessidade de segurança

e controle sobre os atos praticados em nome do interesse público. 3. A Emenda Constitucional 19/98, ao acrescentar o § 9º ao art. 37 da Constituição Federal, definiu categórica e expressamente o critério a ser utilizado para a diferenciação entre as empresas estatais no que diz respeito à aplicação do teto remuneratório previsto no art. 37, X, da Constituição, qual seja, a dependência de recursos públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, para a realização de despesas de pessoal ou de custeio em geral. 4. A fixação, pelo constituinte estadual, de restrição não determinada pela Constituição Federal à atuação de empresas estatais representa ofensa ao equilíbrio concorrencial e à livre iniciativa, previstos no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. — Parecer pela procedência do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal 99/2017 e para que seja conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 19, X, da LODF, de modo que o termo “empregos públicos” alcance apenas as entidades que recebam recursos do Distrito Federal para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.”

A distinção entre empregados públicos e servidores estatutários se mostra importante também diante da possibilidade de equiparação salarial. Trata-se da “figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador. A esse colega comparado dá-se o nome de paradigma (ou espelho) e ao trabalhador interessado na equalização confere-se o epíteto de equiparando. Designam-se, ainda, ambos pelas expressões paragonados ou comparados”.⁵¹

A equiparação salarial tem fulcro com o art. 461 da Consolidação das Leis de Trabalho e com o art. 7º, XXX da Constituição Federal, que assegura a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil como direito dos trabalhadores urbanos e rurais.

Art. 461: Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. (..)

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, página 831.

Contudo tal instituto é cabível somente entre empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, mas incabível perante a administração direta, autárquica e fundacional. Trata-se do entendimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho na súmula nº 455 e na OJ nº 297:

SÚMULA Nº 455. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ART. 37, XIII, DA CF/1988. POSSIBILIDADE. À sociedade de economia mista não se aplica a vedação à equiparação prevista no art. 37, XIII, da CF/1988, pois, ao admitir empregados sob o regime da CLT, equipara-se a empregador privado, conforme disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988.

OJ-SDII-297:EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SERVIDOR PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. ART. 37, XIII, DA CF/1988 O art. 37, inciso XIII48, da CF/1988, veda a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, sendo juridicamente impossível a aplicação da norma infraconstitucional prevista no art. 461 da CLT quando se pleiteia equiparação salarial entre servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pela CLT.

O conceito de funcionário público do Código Penal em muito se diferencia do conceito aplicado ao Direito Administrativo. Neste, são definidos como funcionários públicos somente os detentores de cargo público efetivo. Naquele, os empregados públicos, estagiários, mesários da Justiça Eleitoral, também são englobados.

É prevista, inclusive, uma majorante, se o funcionário público ocupa cargo em comissão ou Função de Direção e Assessoramento na administração pública, não aplicável aos funcionários das autarquias. Dessa forma, os empregados públicos são considerados funcionários públicos para os fins penais e estão suscetíveis à aplicação da causa de aumento de pena.

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista,

empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)

Os empregados públicos são incluídos no conceito de agente público para fins de responsabilização por improbidade administrativa pela redação da lei anterior (Lei nº 8.429/92) e da recente Lei nº 14.230/21.

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Trata-se de punições cíveis para atos que atentem contra o erário ou contra os princípios da administração pública ou resultem em enriquecimento ilícito.

“Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.”

A nova lei passa a exigir a comprovação da vontade em obter o resultado ilícito (dolo) para a responsabilização dos agentes públicos, ou seja, danos decorrentes por imprudência, imperícia ou negligência deixam de ser caracterizados como improbidade, bem como ação ou omissão proveniente de divergência na interpretação da lei⁵².

⁵² JANARY, Júnior. Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa entram em vigor. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/820702-mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-entram-em-vigor/>>.

CAPÍTULO 5 – DIFERENCIAIS QUANTO AO ORÇAMENTO PÚBLICO

Segundo Aliomar Baleeiro⁵³, o orçamento público pode ser definido como o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei. O orçamento programa a vida econômica e financeira do Estado.

O estudo do orçamento importa na seara das empresas estatais, porque, segundo Carles Ramió Matas *apud* Sandro Trescastro Bergue⁵⁴, na administração pública, não existe correlação direta entre as atividades da administração pública e o aporte de recursos orçamentários e financeiros, além de as organizações públicas terem certa garantia de financiamento, diferentemente das empresas privadas, que competem por recursos no mercado.

Régis Fernandes de Oliveira⁵⁵ classifica os orçamentos conforme os tipos (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual) e as espécies (orçamento fiscal, de investimento e de seguridade social). Tal classificação se assemelha ao disposto no art. 165 da Constituição Federal de 1988, que apresenta as leis orçamentária de iniciativa privativa do Poder Executivo e a multidocumentabilidade da Lei Orçamentária Anual: orçamento fiscal, orçamento de investimento das empresas e orçamento da seguridade social.

O §5º do mesmo artigo define o orçamento fiscal como referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. O orçamento de investimento é relativo às empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. O orçamento de seguridade social abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

⁵³ BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à ciência das finanças. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁵⁴ BERGUE, Sandro Trescastro.

⁵⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes, Curso de Direito Financeiro. 2ª ed. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008.

O §7º do art. 165 da Constituição Federal assevera que o orçamento de investimentos e o orçamento fiscal, desde que compatíveis com o Plano Plurianual, terão a incumbência de reduzir as desigualdades inter-regionais, conforme critério populacional. Além disso o art. 167, VIII da Magna Carta proíbe a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos.

O orçamento de investimento é o que possui maior correspondência com o tema das empresas estatais, posto que é composto por empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

Para Sidnei Di Bacco⁵⁶, o conceito de empresa controlada, disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, foi feito sob medida para as estatais, visto que nas empresas públicas, o capital provém inteiramente de recursos de pessoas de direito público interno ou de entidades da administração indireta; e nas sociedades de economia mista, as ações com direito a voto pertencem majoritariamente ao ente da federação ou entidade de administração indireta. Também estariam abrangidas as fundações privadas criadas pelo poder público.

Segundo o art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 101/2000, empresa estatal dependente é a empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. A empresa estatal independente, por sua vez, é dotada de autossuficiência pelas suas próprias atividades, não dependendo, portanto, de repasse orçamentário do seu ente instituidor.

Vale dizer que o conceito de empresa controlada é gênero, cujas espécies são empresa dependente e independente, sendo tal diferenciação essencial, inclusive, para identificar a obrigatoriedade relativa à observação da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 1º (...): § 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3º Nas referências:

⁵⁶ BACCO, Sidnei Di. Lei de responsabilidade fiscal – conceito de empresa estatal dependente. Disponível em: <<https://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/LRF%20conceito%20de%20empresa%20estatal%20dependente.pdf>>

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

O Acórdão 15.653/2018⁵⁷ – 1ª Câmara do TCU firmou o entendimento de que a participação da União no custeio das despesas de capital de estatais independentes estaria limitada ao limite para a integral subscrição do capital social da estatal, de forma que as estatais em que a União já fosse detentora da totalidade do capital social (empresas públicas) não poderiam ser destinatárias de aportes federais nem mesmo para custear despesas de capital.

O art. 169 da Constituição Federal dispõe que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos, empregos e funções ou alteração na estrutura das carreiras, bem como admissão ou contratação de pessoal a qualquer título pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta requer autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, no entanto, são uma ressalva a essa exigência constitucional, apresentando maior autonomia em relação às alterações na sua política de pessoal, conforme o inciso II do §1º do mesmo artigo.

Vale ressaltar a recente instituição do Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, trazida pela Emenda Constitucional nº 95/16, resultante das propostas 241 e 55. A Emenda Constitucional acrescentou nove artigos nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, transformando mera presunção em dispositivo constitucional. Foram estabelecidos limites individualizados para despesas primárias do Poder Executivo, Judiciário

⁵⁷ REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS DE QUE ESTATAIS TIDAS POR NÃO DEPENDENTES DE RECURSOS DO TESOIRO NACIONAL ESTARIAM RECEBENDO APORTES DA UNIÃO DE SORTE A CARACTERIZAR SUA DEPENDÊNCIA. Avaliação de dependência nos exercícios de 2013 a 2017. quinze estatais receberam aportes da união no período. sete apresentaram sinalização de dependência em alguns dos exercícios. competências da SEST não vêm sendo desempenhadas a contento. autuação de representação específica para avaliar a conduta dos dirigentes da SEST. Determinações à SEST, à SEGECEX e à SEMAG. TCU, Sala das Sessões, em 24 de abril de 2019 Min RAIMUNDO CARREIRO.

e Legislativo, Tribunal de Contas da União, Ministério Público da União, Conselho Nacional do Ministério Público, Defensoria Pública da União, entidades da administração pública federal direta e indireta, fundações instituídas e fundos mantidos pelo poder público e as empresas estatais dependentes, podendo ser revisados após dez anos, e o gasto realizado pelo ano anterior deverá ser corrigido pela inflação.

Além disso, o art. 107, §6º IV⁵⁸ evidencia que as empresas estatais dependentes também estão sujeitas ao congelamento de tais despesas, contudo, o mesmo não ocorre com as empresas estatais independentes, em relação ao aumento de capital.

⁵⁸ Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

§ 6º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo:

I - transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso XIV do **caput** do art. 21, todos da Constituição Federal, e as complementações de que tratam os incisos V e VII do **caput** do art. 60, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal;

III - despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e

IV - despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

CAPÍTULO 6 – GOVERNANÇA CORPORATIVA, TRANSPARÊNCIA E MECANISMOS DE CONTROLE

Conforme Benjamin Zymler⁵⁹, as normas da Lei nº 13.303/2016 estruturam-se em duas temáticas distintas. Há o conjunto de dispositivos que versam sobre licitações e contratos nas empresas estatais, já abordados no presente trabalho, pelo capítulo 3. A outra temática, por sua vez, traz uma série de normas sobre governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial, assuntos que este capítulo final pretende debater.

Excetuando-se o valor estimado da contratação e o conteúdo das propostas até a abertura quando o procedimento for fechado, as demais informações dos atos e procedimentos praticados pelas empresas estatais submetem-se ao princípio da publicidade, consubstanciado pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11). Essa legislação regula o acesso dos cidadãos às informações detidas pela administração pública, possuindo caráter nacional e aplicabilidade em todas as esferas do país, conforme prevê o parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 12.527/2011:

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

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

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

O Estatuto das empresas estatais demonstra congruência em relação à Lei de Acesso à Informação em vários dispositivos. O § 4º do art. 8º da L. 13.303/16 prevê que os documentos que cumprem os requisitos mínimos de transparência deverão ser publicamente divulgados na

⁵⁹ ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.

internet de forma permanente e cumulativa. Para André Guskow Cardoso⁶⁰, tal dever abrange informações passadas e atuais, sendo as empresas estatais obrigadas a promover a constante atualização de documentos e informações, permitindo o acesso a qualquer interessado.

O primeiro requisito mínimo de transparência, apresentado no inciso I do art. 8º do Estatuto, refere-se à elaboração da carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

O inciso II prevê a necessidade de convergência entre o estatuto social da empresa estatal e sua lei criadora, mediante a demonstração da compatibilidade de forma permanente e periódica⁶¹.

A Lei das Estatais também prevê um regime específico para a divulgação de informações relevantes, em especial, as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração (art. 8º, III). O inciso IV complementa o anterior ao estabelecer para as empresas estatais a obrigatoriedade na elaboração e na divulgação de política própria de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas.

Outro requisito de transparência diz respeito à elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista (art. 8º, V). Para André Guskow Cardoso, trata-se de uma inovação relevante, já que faltava um tratamento cristalino à política de distribuição de dividendos nas empresas estatais.

⁶⁰ CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/16. Disponível em: < <https://www.justen.com.br/pdfs/IE116/IE116-Andre-governan%C3%A7a-e-compliance-empresas-estatais.pdf>>.

⁶¹ Idem.

O inciso VI do art. 8º da Lei nº 13.303/16 traz a exigência de divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional, elementos essenciais que legitimam o Estado no exercício de atividade econômica em sentido estrito (art. 173, Constituição Federal).

O inciso VII traz a obrigatoriedade da elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração. Tal previsão além de incrementar a transparência na atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, também evita conflitos de interesse, em prejuízo dos acionistas da empresa estatal.

O inciso VIII estabelece como requisito mínimo de transparência a ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações relevantes contidas no inciso III. Por fim, o inciso IX traz a exigência de divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

O § 2º do art. 8º da Lei nº 13.303/16 complementa o dispositivo constitucional, expresso no § 2º do art. 173, que proíbe privilégios fiscais às empresas estatais não extensivos ao setor privado, ao estabelecer que as obrigações e responsabilidades assumidas de forma distinta do setor privado deverão estar claramente 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; e ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

O § 3º do art. 8º prevê outro requisito de transparência, relacionado com o caso particular das sociedades de economia mista registradas na Comissão de Valores Mobiliários. Tais entidades estão sujeitas não só aos requisitos anteriormente expressos, mas também ao regime informacional estabelecido pela CVM.

O art. 9º estabelece que a empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e 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; área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. Tais regras de gestão de riscos e controle interno relacionam-se com a temática da gestão corporativa e com o compliance.

Para Wagner Giovanni⁶², “compliance refere-se ao cumprimento rigoroso das regras e das leis, quer sejam dentro ou fora das empresas.” A Gestão Corporativa seria um conceito mais abrangente do que o anterior, sendo definido pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa como o “sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre os sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”⁶³.

A Governança Corporativa possui forte ligação com a implantação do gerencialismo na Administração Pública nacional, posto que o IBGC foi fundado em 1995, cuja década foi permeada por mudanças administrativas no setor público, dentre elas o surgimento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Para Leonardo Cursino Rodrigues Ferreira⁶⁴, a origem do compliance possui raízes no âmbito privado, enquanto a Governança Corporativa vinculou-se fortemente ao setor público.

A partir de então, surgiram várias legislações no ordenamento brasileiro a fim de promover a atuação ética e compatível com a boa-fé objetiva na gestão pública. Para Thaís Netto⁶⁵, a Lei nº 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção, foi a principal delas. Tal norma prevê a responsabilização objetiva, administrativa e civil das pessoas jurídicas que praticarem atos que lesionam a administração pública nacional ou estrangeira. para atendimento de seus próprios interesses ou se beneficiando por atos de outrem, independentemente de culpa.

Como a Lei Anticorrupção não traz menção expressa da sua aplicabilidade em relação às empresas estatais, a doutrina apresenta divergências. Para uma parcela da doutrina, as sanções instituídas pela Lei são incompatíveis com as finalidades constitucionais atribuídas a

⁶² GIOVANINI, Wagner, Compliance - A Excelência na Prática, 1. ed., São Paulo: 2014, p. 20.

⁶³ NETTO, Thaís. Compliance e Governança Corporativa. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/compliance-e-governanca-corporativa>>.

⁶⁴ FERREIRA, Leonardo Cursino Rodrigues. A aplicabilidade da lei anticorrupção nas empresas estatais em sede de governo eletrônico. IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra.

⁶⁵ Idem.

essas entidades. O entendimento contrário faz uso do art. 173, parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988, para defender a aplicabilidade da Lei Anticorrupção às empresas estatais⁶⁶.

Para Leonardo Cursino Rodrigues Ferreira⁶⁷, o segundo entendimento mostra-se mais acertado, sendo que é necessário realizar uma análise em relação às sanções dispostas na lei, em virtude dos diferenciais dessas entidades, já que se sujeitam a algumas regras de direito público, o que não afasta a natureza jurídica predominantemente de direito privado.

A Lei nº 13.303/2016 pôs fim ao debate doutrinário acerca da aplicabilidade das sanções fixadas na Lei Anticorrupção às empresas estatais ao estabelecer expressamente em seu art. 94 a abrangência devida, excetuando-se as sanções de suspensão ou interdição parcial de suas atividades, de dissolução compulsória da Pessoa Jurídica, e de proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições públicas ou controladas pelo Poder Público. Assim, as demais sanções são aplicáveis: multa, publicação extraordinária da decisão condenatória e o perdimento de bens, valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtidos da infração⁶⁸.

Art. 94. Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei.

Com efeito, o art. 1º, parágrafo único da Lei Anticorrupção, também confirma esse entendimento ao estabelecer uma margem ampla de aplicabilidade, abrangendo pessoas jurídicas de todas as espécies, mesmo que a sua constituição não tenha sido formalizada.

Art. 1º(...):

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, **independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado**, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

⁶⁶ FERREIRA, Leonardo Cursino Rodrigues.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem.

Diante da importância da institucionalização dos conceitos de compliance e governança corporativa, o inciso VIII do art. 7º da Lei nº 12.846/13 prevê, dentre as diretrizes para aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Tal dispositivo releva que a atuação preventiva da pessoa jurídica em relação à ética, controle interno e integridade é capaz de abrandar a penalidade.

O Estatuto das estatais foi constituído sob forte influência dos conceitos de compliance e de Gestão Corporativa⁶⁹. O § 1º do art. 9º traz a elaboração e divulgação obrigatórias de Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre princípios, valores e sua missão, orientações sobre prevenção de conflitos de interesses e vedação a atos de corrupção e fraude; instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código; criação de um canal de denúncias e mecanismos de proteção; sanções aplicáveis diante de violações ao Código; e treinamento periódico sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Com efeito, o inciso II do art. 12 da Lei nº 13.303/16 estabelece o dever atribuído às empresas públicas e sociedades de economia mista de adequarem constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boas práticas de governança corporativa.

O § 2º do art. 9º da Lei nº 13.303/16 é um dos dispositivos que buscam promover a atuação independente da área interna responsável pela Governança Corporativa, incumbida de verificar o cumprimento de obrigações e de gestão de riscos. Tal área deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área e estabelecer mecanismos que assegurem sua efetiva independência.

A auditoria interna por sua vez deverá ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário; ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações

⁶⁹ FERREIRA, Leonardo Cursino Rodrigues.

financeiras (art. 9º, §3º, I e II). Com efeito, Leonardo Cursino Ferreira⁷⁰ salienta a importância da auditoria externa a fim de impedir qualquer irregularidade na auditoria interna, em especial, quando houver suspeita de envolvimento do diretor-presidente.

Para André Guskow Cardoso⁷¹, as atividades da auditoria interna possuem caráter fiscalizatório em relação aos aspectos financeiros, bem como em relação ao controle interno, gerenciamento de riscos e governança corporativa.

O art. 85 da Lei nº 13.303/2016 aduz que os órgãos de controle externo e interno exerçam a fiscalização das empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive as domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o enfoque contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

O art. 87, caput, da Lei das Estatais estabelece que o controle das despesas relativas aos contratos e demais instrumentos será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, sendo as empresas estatais responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e de sua execução, conforme dispõe a Constituição Federal.

Por fim, os arts. 89 e 90 do Estatuto estabelecem que a supervisão e a fiscalização das empresas estatais não podem afetar o caráter autônomo dessas entidades, muito menos equivaler a uma ingerência no exercício de suas competências próprias⁷².

⁷⁰ Idem.

⁷¹ CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/16.

⁷² Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

Art. 90. 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.

CONCLUSÃO

As empresas estatais, como entidades da Administração Pública indireta, estão no cerne da interação entre Estado e a sociedade civil. No panorama histórico da administração pública, foram essas as entidades que mais sofreram mudanças para readequar o Estado às transformações econômicas relativas aos modelos de desenvolvimento em cada época.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, apesar de apresentarem diferenças entre si, foram estruturadas diante da necessidade de maior governança, capacidade administrativa e agilidade na consecução dos objetivos públicos, finalidades inerentes ao modelo gerencial, antes tolhidas pelo modelo burocrático de administração. Para tanto, essas entidades estabeleceram condições de funcionamento similares às praticadas pela administração privada.

A atuação das empresas estatais, como visto, é pautada na prestação de serviços públicos e exploração de atividade econômica, essa última buscando atender taxativamente relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional. Contudo, a criação de uma norma específica para a natureza jurídica dessas entidades só ocorreu em 2016, mediante o Estatuto. Antes da Lei nº 13.303/16, em especial quanto à matéria de licitações e contratos, as empresas estatais atuavam em verdadeira contradição, sobretudo àquelas atuantes nas atividades econômicas. Ora aplicavam a Lei nº 8.666/93, o que significava uma aproximação com as entidades de direito público, ora adotavam um regime diferenciado frente à comprovada incompatibilidade dos seus objetivos institucionais.

Se o estudo dos modelos e estruturas de Estado encontram fortes ligações com as ciências jurídicas, o mesmo pode ser dito do estudo do Estatuto das empresas estatais. A Lei nº 13.303/16 está em conformidade com o modelo de Estado indutor do crescimento e com a administração pública gerencial, não entendida como privatizações desenfreadas, nem gestão neoliberal, mas sim gestão eficiente, eficaz e efetiva que busca prestar serviços com qualidade.

Nos últimos anos, várias leis foram criadas, em especial, às atinentes às licitações e contratos na administração pública, tais como o Decreto nº 10.024/19 que regulamenta o pregão na forma eletrônica e a nova lei de licitações Lei nº 14.133/21. Percebeu-se que as

novas normas criadas possuem estreita ligação com alguns dispositivos do Estatuto das estatais, principalmente, em relação aos princípios, fase recursal única, inversão de fases (julgamento e habilitação), uso de meios eletrônicos de transparência, modos de disputa.

Além disso, pode-se dizer que o Estatuto se aproximou do Regime Diferenciado de Contratações, ao estabelecer procedimentos auxiliares, observância da Lei Complementar nº 123/06, relativa às microempresas e empresas de pequeno porte; enquanto buscou se distanciar da pretérita Lei nº 8.666/93. A Lei nº 8.666/93 não fazia alusão aos modos de disputa, não reconhecia o direito subjetivo à assinatura do contrato, por exemplo.

Em relação ao regime de pessoal das empresas estatais, verificou-se maior flexibilidade, pela ausência de estabilidade, vínculo empregatício bilateral por Consolidação das Leis de Trabalho, aplicabilidade do instituto da equiparação salarial, aprovação do quadro de pessoal pelos órgãos internos da entidade. A distinção entre as empresas estatais dependentes e independentes é útil não somente para aspectos de orçamento, mas para medir o grau de autonomia das entidades. As empresas estatais independentes, por exemplo, não estão submetidas ao teto remuneratório, possuem maior autonomia na sua gestão por conseguirem custear suas atividades sem auxílio do ente instituidor.

O Estatuto das empresas estatais também recebe o influxo de outras normas, como a Lei nº 6.404/76 frente às estatais constituídas sob a forma de sociedade anônima; Lei de Acesso à Informação e Lei Anticorrupção, que dispõem acerca da transparência e mecanismos de governança corporativa, respectivamente.

Apesar do surgimento do Estatuto ser apontado por alguns autores como tardio, cumpre sua finalidade de dotar as empresas estatais de uma norma própria capaz de atender à dinamicidade e competitividade inerentes à natureza jurídica privada dessas instituições. As empresas estatais têm forte papel na promoção de uma administração pública gerencial e o seu Estatuto foi um evidente embrião para outros dispositivos normativos recentes. Defender o regime diferenciado para as empresas estatais, sobretudo as destinadas à exploração de atividade econômica, não é o mesmo que defender a ruína da estrutura pública de gestão, é apenas adequar as normas para finalidades institucionais distintas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24ª ed. Editora Método, 2016.

ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. A competência jurisdicional para julgamento das causas cíveis e de desvio de verbas dos serviços sociais autônomos. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/344262/a-competencia-jurisdicional-para-julgamento-das-causas-civeis>>. Acesso em: 22/12/2021.

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à ciência das finanças. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BERGUE, Sandro Trescastro. Gestão Estratégica de Pessoas no Setor Público. São Paulo. Editora: Atlas. 2014.

BRASIL, Plano diretor de reforma do aparelho do estado. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Plano Diretor da Reforma do Estado. Brasília, Presidência da República: 1995.

CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/16. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE116/IE116-Andre-governan%C3%A7a-e-compliance-empresas-estatais.pdf>>. Acesso em: 15/10/2021.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 5ª ed. Salvador JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 19 ed. Ed. Lumen Júris, 2008.

COSTA, F.L., CASTANHAR, J. C.. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 37, n. 5, p. 969-992, set./out. 2003. Disponível em: <http://app.ebape.fgv.br/comum/arq/Costa_castanha.pdf>. Acesso em: 14/06/21.

BACCO, Sidnei Di. Lei de responsabilidade fiscal – conceito de empresa estatal dependente. Disponível em: <<https://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/LRF%20conceito%20de%20empresa%20estatal%20dependente.pdf>>. Acesso em: 10/12/2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

FADUL, Élvia. SOUZA, Antônio Ricardo de. Analisando a interface entre o gerencialismo, a criação das agências reguladoras e a inovação institucional. In: Encontro Nacional da Associação Nacional dos Programas de Pósgraduação em Administração – ENANPAD, 30,

2006. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/10/enanpad2006-apsb-1864.pdf>. Acesso em: 12/06/2021

_____; SILVA, Lindomar. P. Retomando o debate sobre a reforma do estado e a nova administração pública. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO – ENANPAD 2008. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/TC%20APS-B831.pdf>>. Acesso em: 12/06/2021.

FERRAZ, Luciano. Regime dos empregos em comissão nas empresas estatais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/interesse-publico-regime-empregos-comissao-empresas-estatais>>. Acesso em: 5/10/2021.

FERREIRA, Leonardo Cursino Rodrigues. A aplicabilidade da lei anticorrupção nas empresas estatais em sede de governo eletrônico. IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. Disponível em: <https://1d377ddc-c8c5-41f0-a5fd-b32d17ff3e72.filesusr.com/ugd/8f3de9_914eb60d3f6748af98a7ef184c8ae462.pdf>. Acesso em: 20/12/2021.

GIOVANINI, Wagner, Compliance - A Excelência na Prática, 1. ed., São Paulo: 2014, p. 20.

JANARY, Júnior. Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa entram em vigor. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/820702-mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-entram-em-vigor/>>. Acesso em 22/12/2021.

JOHANN, Rodrigo Fonseca. Lei nº 13.303/2016 e ADI nº 5.624 MC/DF: (in)constitucionalidade da aplicação da lei das estatais às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/RodrigoFonsecaJohann.pdf>. Acesso em: 15/12/21.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KANAANE, Roberto; FIEL FILHO, Alécio; FERREIRA, Maria das Graças (org.). Gestão Pública: planejamento, processos, sistemas de informação e pessoas. São Paulo: Editora Atlas, 2010

MATIAS-PEREIRA, José. Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais, 5ª edição. São Paulo, Atlas: 2018.

MEIRELLES, H.L.; ALEIXO, D.B.; BURLE FILHO, J.E. Direito administrativo brasileiro. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NETTO, Thaís. Compliance e Governança Corporativa. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/compliance-e-governanca-corporativa>>. Acesso em: 20/12/2021.

OLIVEIRA, André Browne Ribeiro. SILVA, Uilcleides Braga da. BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil. REVISTA DE ESTUDOS CONTÁBEIS, LONDRINA, V. 3, N. 5, P. 63-82, JUL./DEZ. 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/21913/1/Gerencialismo%20e%20desafios%20contempor%20a%20neoes%20da%20gest%20a%3o%20de%20custos%20p%20b%20ablicos%20no%20B%20rasil.pdf>>. Acesso em 08/07/2021.

OLIVEIRA, Regis Fernandes, Curso de Direito Financeiro. 2ª ed. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008

PALUDO, Augustinho Vicente. Administração Pública, 8ª edição. Rio de Janeiro, Editora Método: 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Regina Rocha. MIRANDA, Audílio Renê Almeida. Os Entraves ao Gerencialismo na Gestão Pública de um Município do Interior do Estado de São Paulo. Caderno de Estudos Interdisciplinares – Edição Especial Gestão Pública e Sociedade (2015) 70-80. Disponível em: <<https://publicacoes.unifal-mg.edu.br/revistas/index.php/cei/article/view/407>>. Acesso em: 20/08/2021.

SANTOS, Ânderson Ferreira dos. Administração Pública Brasileira: O Modelo Gerencial e as Ferramentas de Melhoria na Gestão Pública. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 03, Ed. 08, Vol. 04, pp. 69-85, Agosto de 2018. ISSN:2448-0959.

TRENCH, Felipe Augusto Pina. Os Marcos Institucionais da Administração Pública no Brasil. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/os_marcos_institucionais_da_administracao_publica_no_brasil.pdf>. Acesso em: 03/05/2021.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.