



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI**  
**CAMPUS PROF. ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA**  
**COORDENAÇÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**



**EMANOEL PEREIRA FREITAS JÚNIOR**  
**MARIANE KATRINE GOMES DE ARAUJO**

**PRIMEIRAS IMPRESSÕES ACERCA DA LEI DE RESPONSABILIDADE DAS  
ESTATAIS: ABRANGÊNCIA, NOVA MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO  
DIRETA, SUBMISSÃO À LEI COMPLEMENTAR 123/06 E NATUREZA JURÍDICA  
DOS CONTRATOS FIRMADOS POR TAIS ENTIDADES**

**PARNAÍBA**

**2017**

**EMANOEL PEREIRA FREITAS JÚNIOR  
MARIANE KATRINE GOMES DE ARAUJO**

**PRIMEIRAS IMPRESSÕES ACERCA DA LEI DE RESPONSABILIDADE DAS  
ESTATAIS: ABRANGÊNCIA, NOVA MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO  
DIRETA, SUBMISSÃO À LEI COMPLEMENTAR 123/06 E NATUREZA JURÍDICA  
DOS CONTRATOS FIRMADOS POR TAIS ENTIDADES**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí – UESPI, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do professor Antônio Edivar Rocha Silva Junior.

**PARNAÍBA  
2017**

**EMANOEL PEREIRA FREITAS JÚNIOR  
MARIANE KATRINE GOMES DE ARAUJO**

**PRIMEIRAS IMPRESSÕES ACERCA DA LEI DE RESPONSABILIDADE DAS  
ESTATAIS: ABRANGÊNCIA, NOVA MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO  
DIRETA, SUBMISSÃO À LEI COMPLEMENTAR 123/06 E NATUREZA JURÍDICA  
DOS CONTRATOS FIRMADOS POR TAIS ENTIDADES**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí – UESPI, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Antônio Edivar Rocha Silva Junior.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Antônio Edivar Rocha Silva Junior

---

Roberto Cajubá da Costa Britto

---

Renato Bacellar Arariboia de Brito

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecemos primeiramente a Deus por ter nos dado força e coragem para concluir o presente trabalho.

Aos nossos pais pelo amor e apoio incondicional nos dado durante essa jornada, sem os quais certamente não conseguiríamos chegar até aqui.

Aos familiares, amigos e amores com quem pudemos contar e que não hesitaram em nos auxiliar quando necessário.

Aos queridos mestres e amigos, em especial aos professores Roberto Cajubá e Renato Bacellar, por quem temos grande estima.

Ao nosso orientar, o nosso muito obrigado pela paciência e ensinamentos compartilhados.

Foram cinco anos de muitas abdições e conquistas, mas que certamente valeram a pena e que nos tornaram pessoas melhores e mais preparadas para essa árdua e doce jornada que é a vida.

*“Determinação coragem e autoconfiança são fatores decisivos para o sucesso. Se estamos possuídos por uma inabalável determinação conseguiremos superá-los. Independentemente das circunstâncias, devemos ser sempre humildes, recatados e despidos de orgulho.”*

**Dalai Lama**

## RESUMO

A monografia visa esclarecer o âmbito de incidência da Lei das Estatais em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público, de modo a evidenciar as principais consequências advindas com a edição da referida lei no âmbito das licitações e contratos. No transcorrer da obra será abordada a organização administrativa brasileira, como uma forma de melhor compreender a situação das empresas estatais na estruturação da Administração Pública, bem como a natureza jurídica e demais peculiaridades aplicáveis às citadas empresas. Em um segundo plano serão analisadas as noções e as principais tendências surgidas com a criação da presente lei em relação aos procedimentos licitatórios e contratuais, com o objetivo de demonstrar os seus efeitos positivos e negativos no âmbito das empresas estatais.

**Palavras-chave:** empresas públicas, lei das estatais, organização administrativa, sociedades de economia mista.

## **ABSTRACT**

The Monographs seeks to clarify the place of State Law incidence about the public enterprises and Government-controlled Company that explore economic activity or public service provider, this way to evidence the main consequences resulting of the specific law that rules acquisition process and contracts. In the course of this work will be approached the Brazilian administrative organization, as a better way to understand the state enterprises situation inside the structure of the Public Administration, as well the Legal Nature and others peculiarities that can be applied to the company mentioned. In a second background will be analyzed the concepts and the main trends that appeared with the creation of this law related to the acquisition process and contracts, and has an objective demonstrate its positive and negative effects about the state enterprises.

**Key words:** Public Enterprises, State Law, Administrative Organization, Government-controlled Company.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
CAPÍTULO 01: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA (OAB).....	14
1.1. Administração direta .....	14
1.2. Administração indireta .....	15
1.3. Terceiro setor .....	15
1.4. Características comuns aplicáveis a todos os entes da administração indireta.....	16
1.4.1. Personalidade jurídica própria e capacidade de autoadministração .....	16
1.4.2 Criação das entidades da administração indireta.....	17
1.4.3.Vedação à finalidade lucrativa .....	18
1.4.4.Finalidade específica e controle das entidades da administração indireta.....	19
1.5. Entidades da administração indireta: autarquias e fundações públicas .....	20
1.5.1 Autarquias .....	20
1.5.1.1 – Conceito de Autarquias .....	20
1.5.1.2 – Atos e contratos.....	20
1.5.1.3 – Responsabilidade civil, regime de pessoal, bens e débitos judiciais .....	21
1.5.1.4 Imunidade Tributária.....	22
1.5.1.5 Das associações públicas.....	22
1.5.2 Fundações públicas .....	23
1.5.2.1 – Conceito e natureza jurídica das Fundações Públicas .....	23
1.5.2.2 Fundação Pública de Direito Privado.....	24
1.5.2.3 Fundação Pública de Direito Público .....	24
1.5.2.4 A lei 13.303/16 aplica-se às Fundações Públicas de Direito Privado?.....	25
CAPÍTULO 2: DAS ESTATAIS: EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA .....	28
2.1 Do Conceito e Regime jurídico aplicável às Estatais em geral .....	28
2.2 Da submissão ao controle realizado nas empresas estatais .....	29
2.3 Do regime tributário aplicável às empresas estatais.....	30
2.4 Regime de Licitações e Contratos Administrativos aplicável às empresas estatais. Obediência à lei 13.303/16 ou à lei 8.666/93? .....	32
2.5 Responsabilidade civil das empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, inclusive as abrangidas pela lei 13.303/16 .....	34
2.6 A questão do regime de bens aplicável às empresas estatais após a edição da lei 13.30/16 .....	35
2.7 Edição da Lei 13.303/16 – Lei da Responsabilidade das Estatais.....	36

2.8 Espectro limitado de incidência da lei 13.303/16. A não aplicação da lei às estatais prestadoras de serviço público em caráter não concorrencial .....	37
2.9 Possível inconstitucionalidade da Lei 13.303/16 .....	37
2.10 – Objeto e natureza jurídica da lei 13.303/16.....	38
2.11 Explicitação de regras constitucionais .....	39
2.11.1 – Dimensão positiva e negativa do art. 2º da lei 13.303/16.....	39
2.11.2 – A exploração alternativa de atividade econômica .....	40
2.12 Ditames constitucionais a respeito da exploração da atividade econômica pelo Estado.....	41
2.13 Criação das subsidiárias das empresas estatais .....	41
2.14 A função social nas empresas estatais .....	42
<b>CAPÍTULO 03: DAS LICITAÇÕES.....</b>	<b>44</b>
3.1 Conceito de Licitação.....	44
3.2 Abrangência da lei 13.303/16 em relação aos procedimentos licitatórios do título II .....	45
3.3 Disciplina de licitações na Lei da Responsabilidade das Estatais .....	46
3.4 Possível inconstitucionalidade do art. 28, §1º, da Lei das Estatais .....	47
3.5 Contratação direta por parte das estatais, de acordo com a lei 13.303/16.....	49
3.5.1 Dispensa de Licitação.....	50
3.5.2 Art. 29, I e II da lei 13.303/16 (limites de valor para contratação direta) .....	50
3.5.3 Inexigibilidade de Licitação .....	52
3.5.4 Inaplicabilidade de licitação.....	53
3.5.4.1 A discussão acerca da “Atividade-fim”.....	54
3.5.4.2 Casos de Inaplicabilidade de Licitação .....	55
3.5.5 Previsão Legal e Fases da Licitação.....	56
3.5.6 Fase interna e divulgação do procedimento licitatório.....	57
3.5.7 Apresentação de lances ou propostas .....	57
3.5.8 Critério de Julgamento .....	59
3.5.9 Verificação da efetividade das propostas .....	60
3.5.10 Negociação da proposta mais vantajosa.....	60
3.5.11 Habilitação .....	61
3.5.12 Interposição de Recursos.....	61
3.5.13 Adjudicação do objeto, homologação do resultado, revogação ou anulação do procedimento licitatório .....	62
<b>CAPÍTULO 04: CONTRATOS .....</b>	<b>64</b>
4.1 Regime jurídico aplicável aos contratos regidos pela lei 13.303/2016 .....	64
4.2 Garantias .....	65

4.3 Prazo determinado.....	66
4.4 Alteração bilateral .....	67
4.4.1 Limites para as alterações contratuais.....	69
4.5 Subcontratação .....	69
4.6 Contratação integrada e semi-integrada .....	70
4.6.1 Contratação integrada.....	70
4.6.2 Contratação semi-integrada.....	71
CONCLUSÃO .....	73
REFERÊNCIAS.....	74

## INTRODUÇÃO

O trabalho pretende analisar a Lei nº 13.303/2016, que recentemente estabeleceu o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A referida lei, que já está sendo denominada de “Lei das Estatais” ou de “Lei de Responsabilidade das Estatais”, tem como um de seus principais objetivos disciplinar a exploração de atividade econômica pelo Estado por meio das empresas públicas e sociedade de economia mista, regulamentando assim a lacuna legislativa há tempos existente no artigo 173, §1º da Constituição Federal. Observe-se:

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.

Diante do atual cenário brasileiro politicamente conturbado em que a sociedade depara-se com o escândalo da lava-jato e a crise das estatais, a presente lei surge como uma forma de tentar combater as mazelas políticas, bem como de promover de forma efetiva a transparência na gestão das estatais e de suas subsidiárias, a fim de anular os riscos de práticas perigosas à consolidação dessas empresas.

Ao analisar a presente legislação, percebe-se que a mesma divide-se basicamente em três partes que se destinam a tratar dos seguintes assuntos: a primeira parte dispõe de regras jurídicas sobre o regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista, a segunda, em relação às regras de licitações e contratos e, por fim o título III aborda as disposições finais e transitórias.

Importante ressaltar que a presente pesquisa acadêmica não tem como pretensão esgotar o conteúdo trazido pela Lei 13.303/2016, ante a extensão da mesma e a impossibilidade de se tratar com excelência dos vários tópicos abordados no Estatuto Jurídico das Estatais.

Assim, têm-se como enfoque principal desse estudo, o âmbito de aplicação da Lei das Estatais, a criação da nova modalidade de contratação direta (a inaplicabilidade de licitação), a subordinação aos ditames da Lei Complementar 123/06 e a natureza jurídica dos contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, haja vista que os referidos assuntos surgiram, pode-se dizer, como a grande novidade desta lei, pois regulamentaram o procedimento licitatório, antes disciplinado pela lei 8.666/1993.

Imperioso ressaltar, que existem divergências sobre o campo de incidência da lei 13.303/2016 às empresas estatais que exploram atividade econômica e àquelas prestadoras de serviço público, uma vez que pela letra fria da lei não há distinção entre estas. Observe-se o artigo 1º da lei 13.303/2016:

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. (grifo dos autores)

Dessa maneira, com a edição do Estatuto Jurídico das Estatais, e a consequente regulamentação do artigo 173, §1º, III, da Constituição Federal, a Lei 8.666/93 deixou, *a priori*, de ser aplicada às empresas públicas e sociedade de economia mista, com exceção dos casos previstos na nova lei.

Desse modo, a Lei das Estatais passou a prever o procedimento geral licitatório, deixando a cargo das respectivas estatais a possibilidade de edição de regulamento interno tratando acerca do processo, além disso, consolidou entendimento acerca da natureza jurídica dos contratos celebrados no âmbito das pessoas jurídicas abrangidas pela lei.

Impende destacar ainda que ao examinar a Lei 13.303/2016, mais especificamente no capítulo das licitações e contratos, constata-se que as regras atinentes aos procedimentos licitatórios e contratuais reúnem uma série de hipóteses já previstas na Lei 8.666/1993 (licitações em geral), Lei 10.520/2001 (lei do pregão) e na Lei 12.462/2011 (lei do RDC).

Ademais, de acordo com seu artigo 91, as empresas públicas e sociedades de economia mista já constituídas anteriormente à vigência desta lei passaram a ter um prazo de 24 (vinte e quatro meses) para se contemporizarem às regras trazidas nesta lei. Desse modo, as licitações e contratos firmados no período de vinte e quatro meses continuarão regulamentados pela Lei 8.666/93, no que couber.

Destarte, este trabalho possui como objetivo analisar algumas das várias tendências desencadeadas com a criação da Lei 13.303/2016, mais precisamente em relação às normas

gerais aplicadas às empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como abordar de maneira mais detalhada eventuais conflitos trazidos nas normas de licitação e contratos.

Pois bem. A presente pesquisa foi elaborada com respaldo nos dispositivos constitucionais referentes ao tema, na legislação infraconstitucional, bem como em posicionamentos doutrinários, apesar de inicialmente escassos, visto que o referido tema carece de interpretações mais concisas e de jurisprudência consolidada.

Além do mais, tendo em vista a atual conjuntura e o contexto em que surgiu a Lei 13.303/2016, faz-se necessário uma melhor abordagem do tema de maneira a evidenciar as vantagens e desvantagens da aplicação de alguns dos dispositivos desta lei às Empresas Estatais.

Para isso, primeiramente será realizada uma análise sobre a Organização Administrativa Brasileira, objetivando-se uma noção mais ampla a respeito da estruturação da Administração Pública. Esclarecendo, assim, a incidência da Lei das Estatais nas referidas entidades integrantes da Organização Administrativa.

No capítulo 2, será realizada uma abordagem específica acerca das empresas estatais, cerne da presente monografia, discorrendo sobre conceito, controle, natureza jurídica, regime tributário e de bens, responsabilidade civil e a legislação aplicável às licitações.

No capítulo seguinte, serão apresentadas as disposições sobre a contratação direta e o procedimento licitatório, abordando especificamente acerca da aplicabilidade da Lei Complementar 123/06 e dos valores de dispensa licitatória.

Por fim, no último capítulo pretende-se discorrer sobre a natureza jurídica dos contratos celebrados pelas empresas estatais em geral, bem como a apresentação de algumas mudanças a respeito do regime contratual das empresas públicas e sociedades de economia mista.

## CAPÍTULO 01: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA (OAB)

Inicialmente, antes de introduzir as disposições acerca do procedimento licitatório e a contratação aplicáveis às Empresas Estatais, se faz necessário que o leitor apreenda a noção geral acerca da Organização Administrativa Brasileira.

Esse instituto é conceituado, de maneira sintética, como a estruturação do Estado em relação aos órgãos e entidades que são incumbidos de exercer a função administrativa<sup>1</sup>.

Para Matheus Carvalho, o estudo da organização administrativa “corresponde à definição e conhecimento acerca das pessoas, entes e órgãos que compõem o aparelho administrativo do Estado, no desempenho da atividade administrativa”<sup>2</sup>. O mencionado autor diz, ainda, que a referida organização é feita precipuamente por leis ou decretos e outros atos normativos autônomos.

Parte da doutrina ensina, também, que a Organização Administrativa Brasileira compreende três categorias de entidades, quais sejam: entes políticos, entidades administrativas e o terceiro setor. Nesse sentido, tratando sobre o tema, José Aras:

“Maneira pela qual o Brasil distribui a prestação das atividades administrativas entre suas diferentes pessoas jurídicas e entidades que com elas cooperam. Divide-se entre a Administração Pública Direta, a Administração Pública Indireta e as Entidades do Terceiro Setor, também denominadas ‘paraestatais’”<sup>3</sup>.

### 1.1. Administração direta

A Administração Direta<sup>4</sup>, de maneira objetiva, caracteriza-se pelas pessoas políticas do Estado (sem sentido amplo), quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Vale ressaltar que, apesar de autônomos, os entes da federação não possuem independência, em decorrência do princípio federativo ou da indissolubilidade de vínculo. A doutrina costuma informar, também, que tais entes são instituídos diretamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, constituindo-se elementos formais indispensáveis à estruturação do Estado. Nesse viés, Fernanda Marinela:

“A administração Direta ou Centralizada consiste no conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura dos Entes Federativos. É composta pelas pessoas políticas,

<sup>1</sup> Fernanda Marinela apresenta o conceito de função administrativa como a “conversão da lei em ato individual e concreto. Desse modo, essa função estabelece regras concretas; não inova o ordenamento jurídico; é direta porque independe de provocação, além de ser revisível pelo Poder Judiciário não produzindo uma verdadeira coisa julgada”. (MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 16)

<sup>2</sup> CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 147

<sup>3</sup> ARAS NETO, José. **Direito Administrativo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 67

<sup>4</sup> **Constituição Federal**: Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a **União**, os **Estados**, o **Distrito Federal** e os **Municípios**, todos **autônomos**, nos termos desta Constituição.

assim consideradas as manifestações instituídas pela Constituição Federal, reconhecidas como elementos formais indispensáveis à constituição de uma Federação e dotadas de personalidade jurídica de direito público e competências legislativas e administrativas, ainda que não sejam titulares necessariamente de função jurisdicional”.<sup>5</sup>

O estudo detalhado dos entes políticos não compreende objeto do Direito Administrativo, mas do Direito Constitucional, e, conseqüentemente, não será abordado de maneira mais aprofundada neste trabalho.

## 1.2. Administração indireta

Como visto no tópico anterior, a Administração Direta compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Essas entidades políticas poderão desempenhar a função administrativa diretamente ou por intermédio de novas pessoas jurídicas administrativas criadas diretamente pelo respectivo ente ou a conjunção deles<sup>6</sup>.

Com a criação de novas pessoas jurídicas tem-se o fenômeno da descentralização, com o exercício da função administrativa de maneira indireta pelas pessoas políticas.

Após essa breve explicação, informa-se os entes componentes da Administração Indireta, que compreendem: Autarquias<sup>7</sup>, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Será feito, nos próximos itens, um estudo básico acerca das autarquias e fundações públicas, tratando do regime jurídico aplicável, com o escopo de situar o leitor no assunto e, assim, possibilitar uma maior compreensão do tema.

Em relação às empresas estatais, será dedicado um capítulo deste trabalho abordando acerca de sua natureza jurídica e regime jurídico aplicável. Ainda, em capítulos distintos, serão tratados os temas de licitações e contratos administrativos após o advento da lei 13.303/16 (Lei de responsabilidade das Estatais).

## 1.3. Terceiro setor

<sup>5</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 105.

<sup>6</sup> Explica Fernanda Marinela: “com o advento da Lei nº 11.107/05 surgem os consórcios públicos que podem ser formalizados entre entes políticos (...) para gestão associada de serviços públicos de interesse comum. Todavia, essa união ganha uma nova personalidade jurídica que pode ser de direito público, formando-se uma associação pública, ou de direito privado. Ressalte-se que essa nova pessoa jurídica não constitui um novo ente federativo porque, se contrário fosse, violaria a própria estrutura federativa do Brasil”. (MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 106)

<sup>7</sup> Existe, ainda, a Associação Pública que, de acordo com o art. 41, inciso IV, do Código Civil, possui natureza jurídica de autarquias, pessoa jurídica de direito público interno.

Cumpra-se fazer um estudo não exaustivo a respeito do terceiro setor, com o objetivo de deixar nítida a sua natureza jurídica, a fim de que o leitor não o confunda com as pessoas jurídicas da administração direta ou indireta.

As entidades do terceiro setor, particulares em colaboração com o poder público, atuam sem finalidade lucrativa, não integrando a administração direta ou indireta, mas atuando ao lado do Estado (denominadas, por conta disso, entidades paraestatais).

Tais entidades desempenham ofícios de natureza ideal, com finalidade de produzir benefícios à coletividade, recebendo, por conta disso, alguns privilégios por parte do ente estatal. Nesse diapasão, ensina Fernanda Marinela:

“São pessoas jurídicas de direito privado que, sem fins lucrativos, realizam projetos de interesse do Estado, prestando serviços não exclusivos e viabilizando o seu desenvolvimento. Por isso, recebem ajuda por parte dele, desde que preenchidos determinados requisitos estabelecidos por lei específica para cada modalidade. Sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. O seu regime jurídico é predominantemente privado, contudo parcialmente derogado por regras de direito público”.<sup>8</sup>

As entidades pertencentes ao terceiro setor são, de acordo com a doutrina mais recomendada<sup>9</sup>, o Serviço Social Autônomo (denominado por alguns como **Sistema “S”**), as Entidades de Apoio, as Organizações Sociais (**OS**), as Organizações da Sociedade Civil (**OSC**) e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (**OSCIP**).

#### **1.4. Características comuns aplicáveis a todos os entes da administração indireta**

Por questões didáticas se faz necessário expor as características comuns aplicáveis a todos os entes que compõem a administração descentralizada. Posteriormente será feito um estudo mais detalhado sobre cada entidade, especialmente as Empresas Estatais, objeto de labor da presente monografia.

##### **1.4.1. Personalidade jurídica própria e capacidade de autoadministração**

Cada entidade da administração pública indireta possui personalidade jurídica própria, ou seja, podem contrair obrigações e direitos, sendo, pois, responsáveis diretos pelos seus atos.

Atente-se pelo fato de que, ao possuir personalidade jurídica própria, a pessoa jurídica também tem patrimônio próprio que, a depender da natureza jurídica da entidade, será qualificado como bem público ou privado.

<sup>8</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 174.

<sup>9</sup> CARVALHO, Matheus. **Manual...**op. cit., p. 687.

Além disso, as entidades da administração pública indireta devem gerir a sua própria atividade, cumprindo as determinações da lei e contribuindo para a satisfação do interesse público, possuindo, assim, autonomia administrativa, técnica e financeira.

Vale ressaltar que tais entidades administrativas não possuem autonomia política, algo reservado aos entes da administração direta.

#### 1.4.2 Criação das entidades da administração indireta

A depender da natureza jurídica de entidade, a lei poderá criar diretamente a pessoa jurídica ou autorizar a criação.

Observe-se que em cada caso é necessária a previsão de lei específica, determinando a criação. Tal interpretação decorre do art. 37, XIX, da Constituição Federal, prescrevendo que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

A natureza jurídica de lei específica afirmada acima é LEI ORDINÁRIA, tendo como escopo **criar** uma autarquia ou **autorizar** a criação das pessoas jurídicas restantes. Ainda, no caso da fundação, lei complementar irá determinar a sua área de atuação.

Quando se fala “a lei cria”, não há necessidade de qualquer ação posterior por parte da administração com a finalidade de dar prosseguimento à criação, uma vez que a entidade já estará pronta para existir. Por outro lado, quando existe hipótese de autorização da criação, a administração deverá proceder ao registro dos atos constitutivos nos órgãos competentes para tanto, quais sejam, o Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas ou a Junta Comercial. Nesse sentido, Fernanda Marinela:

“Na hipótese em que a lei cria – caso das autarquias – basta a edição da lei e a pessoa jurídica já estará pronta para existir, o que não acontece no segundo caso. Quando a lei autoriza a criação de uma pessoa jurídica – caso das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista – ela só passará a existir juridicamente com o registro dos seus atos constitutivos no órgão competente, seja no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, se ela tiver natureza civil, ou na Junta Comercial, quando possuir natureza comercial”.<sup>10</sup>

Em relação à fundação pública, a lei poderá criá-la diretamente ou autorizar a criação. De maneira sucinta, sem entrar nas diversas correntes doutrinárias, tem-se o entendimento majoritário de que a fundação pública poderá ter natureza jurídica de direito público ou de direito privado.

<sup>10</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 107.

No caso de natureza jurídica de direito público, terá tratamento próprio de autarquia, sendo que a lei específica irá criá-la.

Sendo, por outro lado, possuidora de natureza jurídica de direito privado, terá tratamento semelhante às empresas estatais, sendo que a lei irá autorizar a criação dessa entidade.

Nesse sentido, discorrendo acerca da pendenga, analisando a redação do art. 37, XIX, salutar se mostram os ensinamentos de Fernanda Marinela<sup>11</sup>:

“Inicialmente, convém considerar que o dispositivo refere-se com certeza à fundação pública, que é aquela instituída pelo Poder Público e estudada pelo Direito Administrativo, afastando as fundações privadas, que são instituídas pelos particulares, estão sujeitas ao regime privado e ao Direito Civil, e não compõem a Administração Pública.

Admitindo, portanto, que a regra se refere à fundação pública, vale definir se o regime aplicável a ela é o público ou o privado. Hoje, a doutrina e jurisprudência majoritárias admitem que a fundação pública pode submeter-se à qualquer dos regimes. Assim, o Poder Público poderá instituir uma fundação e dar a ela o regime público ou o regime privado. No caso, a fundação pública é considerada espécie de autarquia, denominada autarquia fundacional, portanto, a lei cria essa pessoa jurídica. De outro lado, a fundação pública pode receber o regime privado, sendo então denominada fundação governamental, submetida ao mesmo regime das empresas públicas e das sociedades de economia mista, logo, a lei autoriza a sua criação”<sup>12</sup>.

Registre-se, ainda, que, conforme doutrina majoritária, e fundação pública de direito privado é que terá o seu âmbito de atuação delimitado por lei complementar.

### 1.4.3. Vedação à finalidade lucrativa

As entidades da administração pública indireta não poderão ter finalidade lucrativa, uma vez que são criadas visando o interesse público. Tal entendimento é aplicável, inclusive, às empresas estatais que explorem atividade econômica, pois que o simples fato de auferirem lucro não significa ter um desígnio lucrativo.

Nesse sentido, ensina Fernanda Marinela:

“A Constituição, em seu art. 13, dispõe que: ‘O Estado não intervirá na atividade econômica, exceto quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme previsão legal’. Portanto, mesmo nesse caso,

<sup>11</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 108

<sup>12</sup> Corroborando o entendimento, José dos Santos Carvalho Filho orienta: “No caso de fundações públicas de direito privado, a lei apenas autoriza a criação da entidade. Como bem registra o art. 5º, §3º, do Decreto-Lei nº 200/67, a personalidade dessas fundações é adquirida com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. São, pois, dois atos diversos: a lei é autorizadora da criação da entidade, ao passo que o ato de registro é que dá início à sua personalidade jurídica”. “Se a fundação pública for de natureza autárquica, ou seja, de direito público, a regra a ser aplicada é a mesma que incide sobre as autarquias, vale dizer, a própria lei dá nascimento à entidade, porque essa é a regra adotada para o nascimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas de direito público” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 452).

o Estado não poderá escolher as atividades que lhe deem lucro. Ele terá que se limitar às hipóteses restritas a Constituição, que são, a segurança nacional e o relevante interesse coletivo, portanto, a perseguição do interesse público”.<sup>13</sup>

#### 1.4.4.Finalidade específica e controle das entidades da administração indireta

Quando se cria uma nova pessoa jurídica no âmbito da administração descentralizada, a própria lei de instituição estabelece a sua finalidade específica, estando a entidade, pois, obrigada à seguir tal disciplina legal, obedecendo ao princípio da especialidade.

Eventual descumprimento da sua finalidade caracterizará ilícito, acarretando a nulidade do ato por desvio de finalidade.

A possibilidade de controle decorre da finalidade de assegurar a observância dos objetivos a serem perseguidos pela entidade, conforme o seu respectivo ato de instituição.

Vale ressaltar que tal controle não se confunde com existência de hierarquia, pois, por constituírem pessoas jurídicas distintas, não há que se falar em possível hierarquia existente entre as entidades da administração direta e indireta.

Normalmente esse controle é realizado pelo respectivo ministério vinculado à atividade-fim da pessoa jurídica e é denominado, no âmbito federal, de Supervisão Ministerial, conforme previsão do art. 19, do decreto-lei 200/67<sup>14</sup>.

Com a finalidade de dirimir qualquer dúvida, trouxemos, com a devida vênia, um quadro resumindo as características comuns dos entes da administração indireta, tirando do livro da professora Fernanda Marinela<sup>15</sup>:

<b>CARACTERÍSTICAS COMUNS aplicáveis a todas as pessoas da Administração Indireta</b>	a) personalidade própria e, por isso, com responsabilidade sobre seus atos, patrimônio e receita próprios e autonomia técnica, administrativa e financeira;
	b) criação e extinção condicionada à previsão legal (lei cria ou autoriza sua criação);
	c) finalidade específica, definida pela lei de criação;
	d) sem fins lucrativos, sendo possível a aquisição de lucro;
	e) não estão subordinadas à Administração Direta, mas estão sujeita a controle.

<sup>13</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 110.

<sup>14</sup> Decreto-lei 200/67, Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

<sup>15</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 111.

## **1.5. Entidades da administração indireta: autarquias e fundações públicas**

Como foi dito alhures, neste primeiro capítulo haverá uma dedicação às entidades da Administração Pública Indireta, com a finalidade de proporcionar uma visão global sobre o tema. Não serão tratadas, ainda, as empresas estatais, cerne da presente obra.

Trataremos, pois, das Autarquias e Fundações Públicas para, em capítulos posteriores, esmiuçarmos os aspectos das Empresas Estatais e as inovações trazidas pela Lei das Estatais, especialmente no que tange às licitações e contratos administrativos.

### **1.5.1 Autarquias**

Neste tópico não será feito um estudo aprofundado acerca das Autarquias, visto que a finalidade deste item é esclarecer eventuais inquirições acerca destas entidades, para que não haja confusão conceitual com as Empresas Estatais.

#### **1.5.1.1 – Conceito de Autarquias**

O decreto-lei 200/67 conceitua autarquia em seu art. 5º, inciso I, informando que constituem serviço autônomo, criado por lei, com regime com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades **típicas** da Administração Pública. Além disso, não se subordinam a qualquer órgão do Estado, sendo apenas sujeitas a controle (externo ou interno).

É possível perceber, então, que as autarquias são criadas por lei e desenvolvem atividade típica de Estado. Tal conceito se coaduna com as características dadas outrora neste trabalho.

José dos Santos Carvalho Filho, juntando de maneira didática todas as características da entidade, formulou o seguinte conceito: “pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado”.<sup>16</sup>

#### **1.5.1.2 – Atos e contratos**

---

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual...** op. cit., p. 444.

Por serem pessoas jurídicas de direito público, as suas relações jurídicas com terceiros são similares àquelas tratadas pela Administração Pública Direta. Além disso, possuem as mesmas prerrogativas e restrições do Estado.

Os seus atos são administrativos, devendo respeito a todos os requisitos estabelecidos em lei, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Gozam de presunção de inocência e podem ser revistos pela própria entidade.

Em relação aos seus contratos, eles são administrativos, possuindo as denominadas “cláusulas exorbitantes”<sup>17</sup> e necessitando de prévia licitação, salvo contratação direta.<sup>18</sup>

### 1.5.1.3 – Responsabilidade civil, regime de pessoal, bens e débitos judiciais

Por ser uma pessoa jurídica de direito público, submete-se à responsabilidade civil objetiva aplicável ao Estado, de acordo com o art. 37, §6º, da Constituição Federal<sup>19</sup>, definindo a teoria do risco administrativo.<sup>20</sup>

Sem adentrar no mérito a respeito da Emenda Constitucional nº 19/98 e a possível aplicação de regime celetista aos servidores integrantes das autarquias, o entendimento majoritário hodierno é de que essas entidades possuem servidores estatutários regidos, no âmbito federal, pela lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Público Civis da União).

Em relação aos bens das autarquias, esses são considerados públicos, uma vez que esta entidade é pessoa jurídica de direito público, aplicando, pois, o art. 98 do Código Civil<sup>21</sup> em vigor.

Por serem bens públicos, gozam das prerrogativas de impenhorabilidade<sup>22</sup>, imprescritibilidade<sup>23</sup>, não onerabilidade<sup>24</sup> e alienabilidade condicionada<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> Conforme Matheus Carvalho: “cláusulas exorbitantes são aquelas que extrapolam as regras e características dos contratos em geral, pois apresentam vantagem excessiva à Administração Pública”. (CARVALHO, Matheus. **Manual...** op. cit., p. 522)

<sup>18</sup> As hipóteses de contratação direta previstas na lei 8.666/93 são: dispensa e inexigibilidade.

<sup>19</sup> Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de **direito público** e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão** pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (grifos dos autores)

<sup>20</sup> Vale ressaltar que o Estado (sentido amplo) é responsável subsidiário do dano causado pela Autarquia.

<sup>21</sup> Art. 98. São **públicos os bens** do domínio nacional pertencentes às **pessoas jurídicas de direito público interno**; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. (grifos dos autores)

<sup>22</sup> Não se admite, assim, a penhora judicial para garantia do juízo em execuções contra a fazenda pública. Ainda, não é possível o sequestro ou arresto dos bens pertencentes às autarquias.

<sup>23</sup> Conforme disposição constitucional do art. 183, §3º e 191, parágrafo único, “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

<sup>24</sup> Não se submetem, pois, à incidência de anticrese, hipoteca ou penhor.

<sup>25</sup> Os bens que estejam, de qualquer maneira, afetados ao interesse público são inalienáveis. Por outro lado, os bens desafetados podem ser alienados, desde que respeitem o disposto no art. 17, da lei 8.666/93.

Como foi dito acima, os bens públicos gozam de prerrogativas que são decorrentes da supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade.

Por conta disso, eventual sentença condenatória em favor do particular não o autoriza, na execução, a incidência sobre os bens das respectivas entidades de direito público. Tais débitos judiciais serão pagos na forma de precatório, em conformidade com o art. 100, da Constituição Federal.

#### 1.5.1.4 Imunidade Tributária

Decorrente do próprio texto constitucional<sup>26</sup>, há vedação de impostos sobre o patrimônio, renda e os serviços das autarquias, desde que vinculados às suas finalidades essenciais ou às que delas decorram.

Tal entendimento é corroborado pelo STF:

“1. A imunidade tributária recíproca dos entes políticos, prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Republicana, ‘é extensiva às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidade essenciais ou às delas decorrentes’.(...)(AI 744269 AgR, STF – Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento: 01.06.2010, DJ: 06.08.2010)”.

#### 1.5.1.5 Das associações públicas

A gestão associada de serviços públicos, prevista no art. 241 da Constituição Federal, poderá ser realizada mediante convênios de cooperação ou por consórcios públicos.

O que nos interessa, agora, é o direcionamento aos consórcios públicos.

O consórcio público é, conforme os ensinamentos de José Aras:

“pessoa jurídica sem fins lucrativos formada exclusivamente por entes da Federação, criada por meio de lei, para estabelecer relações de cooperação federativa, notadamente a realização de objetivos de interesse comum pertinentes à prestação de serviços públicos de forma associada”.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

<sup>27</sup> ARAS NETO, José. **Direito Administrativo**. op. cit., p. 306.

Essa nova pessoa jurídica poderá ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Caso seja dotada de personalidade jurídica de direito público, terá natureza jurídica de autarquia. Isso é disposto no próprio Código Civil vigente, em seu art. 41, após alteração da lei 11.107/05, transcrito abaixo:

*Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:*

(..)

*IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;*

O estudo dessa entidade foi realizado neste tópico porque, conforme entendimento da doutrina<sup>28</sup>, a associação pública não é novo ente da administração indireta, mas sim uma espécie de autarquia.

É importante salientar, ainda, que o consórcio de direito privado não integra, sequer, a administração indireta, sendo apenas uma associação civil.

## 1.5.2 Fundações públicas

### 1.5.2.1 – Conceito e natureza jurídica das Fundações Públicas

Em primeiro lugar o leitor deve se atentar para o fato de que, no ordenamento jurídico pátrio, existem fundações privadas e públicas, essas se dividindo em de direito público e de direito privado<sup>29</sup>.

A fundação se constitui como um patrimônio destinado um escopo específico, ou seja, uma personificação de uma finalidade.

<sup>28</sup> Nesse sentido, Matheus Carvalho: “Ressalte-se que a associação pública não é nova espécie de entidade da administração indireta, mas tão somente uma espécie de autarquia”. (CARVALHO, Matheus. **Manual...** op. cit., p.647)

<sup>29</sup> As discussões acerca da natureza jurídica das fundações são extensas, não merecendo uma abordagem mais aprofundada neste trabalho. Segue-se a corrente majoritária, encabeçada por Maria Sylvia Zanella di Pietro: Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas e direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade”.(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 495)

Nesse sentido, inclusive, o STF: (...)1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. 2. A norma questionada apontada para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas. 3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula n. 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente (ADI 191, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento 29.11.2007 *DJe* 07.03.2008).

Fernanda Marinela, com maestria, ensina que as fundações são definidas como “uma pessoa jurídica composta por um patrimônio personalizado, que presta atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público, mas de interesse coletivo, como educação, cultura, pesquisa”<sup>30</sup>.

As fundações públicas podem ser de direito público e de direito privado. A doutrina costuma informar que as fundações públicas de direito público possuem regime próprio de autarquias e as fundações públicas de direito privado têm tratamento similar ao dado às empresas estatais.

### 1.5.2.2 Fundação Pública de Direito Privado

São denominadas fundações governamentais, com regime parcialmente de direito privado, obedecendo, então, algumas disposições de ordem pública, tais como a fiscalização interna e externa.<sup>31</sup>

O modo de criação já foi abordado nesta obra, no tópico 4.2. deste capítulo, para onde se remete o leitor.

Vale ressaltar que, conforme Fernanda Marinela, “a doutrina reconhece para essas pessoas o tratamento igual ao da empresa pública e da sociedade de economia mista, ou seja, um regime híbrido”.<sup>32</sup>

A abordagem acerca das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista será feita adiante, em capítulo próprio, para onde deverá se remeter o legente.

Não foi utilizada a opção de abordar tais entidades neste tópico com a finalidade de dar maior praticidade à obra.

### 1.5.2.3 Fundação Pública de Direito Público

Batizada pela doutrina e jurisprudência<sup>33</sup> como espécie do gênero autarquia, é aplicável todo o regime jurídico que foi dito a respeito dessas entidades, no tópico 6.1 e subitens, para o qual se remete o leitor.

---

<sup>30</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 141.

<sup>31</sup> Vale ressaltar que, apesar dessas fundações públicas possuírem regras de direito privado, não se subordinam à fiscalização realizada pelo Ministério Público, prevista no art. 66 do Código Civil.

<sup>32</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 145.

A sua criação, regime de pessoal, tratamento de bens, privilégios tributários e processuais seguem, pois, as mesmas regras que são aplicáveis às autarquias.

Conclui-se, então, que realizar novamente uma abordagem a respeito do tema desvirtuaria o objeto desse trabalho, com conteúdos repetitivos, causando constrangimento ao leitor.

#### 1.5.2.4 A lei 13.303/16 aplica-se às Fundações Públicas de Direito Privado?

Como foi dito acima, a fundação pública de direito privado tem tratamento equivalente ao das Empresas Estatais, conforme ensinamento, inclusive, da doutrina. Então, na falta de dispositivo específico<sup>34</sup> tratando sobre fundações públicas de direito privado, poder-se-ia imaginar que seria aplicada a lei 13.303/16.

A solução mais lógica seria essa. Porém, se faz necessária uma leitura atenta do art. 1º da referida lei:

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 **explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou **de prestação de serviços**, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de **prestação de serviços públicos**.(grifos dos autores)

*A priori*, é possível concluir que as empresas públicas e sociedades de economia mista, quaisquer se sejam, estão sujeitas ao regulamento da referida lei.

Mas, alguns estudiosos informam que esse artigo limita a incidência do diploma legislativo.

Tal interpretação é dita porque a técnica legislativa vincula, neste caso, a atividade da estatal a alguma forma de “atividade econômica”, não abrangendo, pois, as estatais que prestam serviço público em caráter não competitivo.

---

<sup>33</sup> Neste sentido, (...) 1. A Fundação Nacional e Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Art. 109, I, da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias. 3. Ainda que o art. 109, I, da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. (...) (RE 215.741/SE, STF – Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ: 04.06.1999, p. 00019). E, ainda, REsp 365.894/PR, STJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ: 13.12.2004, p. 228; RE 127.489/DF, STF- Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ: 06.03.1998, p. 00016; Rcl 294/DF, STF – Tribunal do Pleno, Rel: Min. Octavio Gallotti, DJ: 31.02.1989, p. 04328.

<sup>34</sup> O Código Civil de 2002, apesar de ser aplicado diretamente às fundações privadas, não regula diretamente as fundações públicas de direito privado.

Nesse sentido, comentando sobre o vocábulo “exploração de uma atividade econômica”, previsto no art. 1º da lei 13.303/16, Cesar A. Guimarães Pereira, ensina:

“Ao se valer dessa expressão, o texto legal deixou de alcançar todas as formas de prestação de serviço público, mas limitou sua incidência às que impliquem uma exploração de atividade econômica. Isso corresponde à prestação de serviços públicos em ambiente competitivo ou de mercado. Busca-se regular a atuação do Estado no ambiente econômico concorrencial. As empresas estatais que prestem serviços públicos em ambiente não competitivo e, portanto, fora do mercado, estão alheias ao regime da lei 13.303/2016”.<sup>35</sup>

Assim, a lei abrange:

- a) Estatais (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) que explorem atividade econômica;
- b) Estatais (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) que prestem serviços públicos em regime competitivo.

Além disso, a própria redação do art. 173, §1º da Constituição Federal<sup>36</sup>, dada após a emenda constitucional nº 19/98, informa que a lei (no caso, a lei 13.303/16) disporá sobre o estatuto jurídico das estatais exploradoras de atividade econômica, sendo silente em relação às estatais que prestam serviços públicos em caráter não competitivo.

Voltando às fundações públicas, tais entidades (mesmo sendo de direito privado), não são sujeitos aptos a explorar atividade econômica. Pergunta-se o porquê disso.

Pois muito bem, é importante a leitura do art. 2º da lei 13.303/16:

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

Com a análise do dispositivo, valendo-se de sua dimensão positiva, é possível entender que o desenvolvimento de atividade econômica deverá ser feito por empresas organizadas sob a forma mercantil.

De outra dimensão, é possível interpretar, também, que a utilização de atividade econômica não poderá ocorrer por pessoas que não possuem formas societárias. Por conta disso, de acordo com instruções de Marçal Justen Filho, as fundações não poderão ser aptas às finalidades econômicas, uma vez que atuam sem interesse lucrativo.

Interessante se faz a citação do entendimento do autor, com o escopo de dirimir qualquer querela:

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 329.

<sup>36</sup> 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 (...). (grifos dos autores)

“No direito privado, admite-se a existência de pessoas jurídicas destituídas de forma societária. Podem ser referidas as fundações e as associações. São instrumentos para o desenvolvimento de atividades sem interesse lucrativo, visando à satisfação de necessidades destituídas de cunho econômico imediato. Em muitos casos, visam a fins de benemerência e assistência social. Em outros casos, perseguem a proteção de interesses coletivos e difusos, tal como a defesa do meio ambiente, dos consumidores ou de minorias. Há hipóteses de promoção de pesquisa, de desenvolvimento, de valores culturais e assim por diante. Em todas essas hipóteses, não há um interesse econômico direto e imediato de promover a organização dos fatores da produção segundo padrões de eficiência e para explorar, do modo mais racional, os recursos econômicos escassos”.<sup>37</sup>

Um estudioso mais atento ao presente trabalho pode imaginar que os argumentos explanados acima são destituídos de lógica, uma vez que a citação do consignado autor refere-se às fundações de direito privado.

No entanto, como se sabe, no direito nada deve ser interpretado de forma isolada e estanque. A diferença que existe entre a fundação privada e a fundação pública se liga ao pressuposto de criação, qual seja: o patrimônio. Se os recursos são do poder público, tem-se fundação pública. *A contrario sensu*, se os recursos são de particular(s), tem-se fundação privada. Corroborando o entendimento, citam-se as lições de Fernanda Marinela, tratando de fundações públicas e privadas:

“Atenta-se também para a existência das fundações públicas e privadas, de acordo com a sua criação. Essas são rotuladas tendo como critério o seu fundador, significando que: e o instituidor é um particular, ela constitui uma fundação privada, pessoa jurídica que está completamente fora da Administração Pública, submete-se às regras do Direito Civil, obedecendo ao regime próprio da iniciativa privada; se instituída por um ente do Poder Público, essa fundação é pública”.<sup>38</sup>

Concluindo, as fundações públicas de direito privado, de acordo com a interpretação doutrinária e legal acima, não se submetem aos ditames da lei 13.303/16, uma vez que se equiparam às estatais prestadoras de serviço público em caráter não competitivo, que também não estão subordinadas à lei de responsabilidade das estatais.

---

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p.43.

<sup>38</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 141-142.

## **CAPÍTULO 2: DAS ESTATAIS: EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

### **2.1 Do Conceito e Regime jurídico aplicável às Estatais em geral**

Em sentido amplo, as estatais englobam as sociedades civis ou empresariais que o Estado possua controle acionário. Nessa expressão são abrangidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Para o presente trabalho interessam as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Essas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas após autorização legal, componentes da administração pública indireta, que se submetem a determinadas regras de direito público, podendo ser destinadas a prestar serviços públicos ou explorar atividade econômica.

Passada a apresentação das características comuns às estatais, é necessária a diferenciação, de maneira clara e objetiva.

As Empresas públicas possuem capital formado unicamente por recursos públicos, da administração direta ou indireta, podendo ser constituída sob qualquer forma societária admitida em direito.

Por outro lado, as sociedades de economia mista são constituídas obrigatoriamente sob a forma de sociedades anônimas, com capital pertencente em sua maioria ao ente político ou ente integrante da administração indireta, podendo o remanescente ser de domínio particular.

Nesse sentido, citam-se as definições dadas por Marçal Justen Filho:

“Empresa pública consiste na pessoa jurídica de direito privado assim qualificada por lei e sujeito a regime jurídico diferenciado, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público”.<sup>39</sup>

“Sociedade de economia mista é a sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, assim qualificada por lei, que se encontra sob controle de um sujeito estatal”.<sup>40</sup>

Tais conceitos, também, podem ser extraídos do art. 5º, II e III, do decreto-lei 200/64. Porém, é importante salientar que a doutrina afirma existir diversos dispositivos inapropriados e não aplicáveis ao contexto hodierno.

Em 2016 foi editada a lei 13.303/16, que definiu empresa pública e sociedade de economia mista, em seus artigos 3º e 4º, respectivamente, transcritos abaixo:

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p.150.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...op. cit.*, p.152.

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.

É possível perceber, então, a adequação do legislador ordinário aos ensinamentos doutrinários e a consequente sobreposição aos conceitos expostos pelo decreto-lei 200/64.

No que tange ao regime jurídico é importante informar que às entidades, apesar de se constituírem como pessoas jurídicas de direito privado, não se aplica integralmente o regime privado, sendo, pois, derogadas por algumas normas de direito público, com o escopo de atingir a finalidade pública.

Nesse sentido, importante se fazem os ensinamentos de Fernanda Marinela:

“Essas empresas estatais, apesar de terem personalidade jurídica de direito privado, não têm regime verdadeiramente privado. A doutrina prefere denominá-lo de como regime híbrido ou misto, isso porque ele mistura regras de direito público com as de direito privado, ora se aproximando mais de um, ora de outro”.<sup>41</sup>

Além disso, tais entidades podem ser distintas pela finalidade que buscam, podendo ser de duas ordens: serviço público e exploração de atividade econômica. As que prestam serviços públicos têm o seu regime aproximado ao das entidades com personalidade de direito público. De outro lado, as exploradoras de atividade econômica possuem um regime bem mais adequado ao direito privado.

As exploradoras de atividade econômica estão previstas no art. 173, da Constituição Federal, que informa, inclusive, que a lei disciplinará o estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica. A edição do diploma legislativo ocorreu recentemente, com a corporificação da lei 13.303/16, objeto de análise mais detalhada em momento posterior.

## **2.2 Da submissão ao controle realizado nas empresas estatais**

A doutrina informa que as empresas estatais estão submetidas aos controles ordinários aplicáveis aos demais entes da administração indireta. Tais controles podem ser realizados de maneira interna ou externa.

Ressalta-se, como dito em capítulo anterior, a inexistência de hierarquia entre as entidades componentes da administração indireta em relação aos entes da administração

---

<sup>41</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 151.

direta. Além disso, é importante lembrar que a ocorrência do controle se faz no âmbito da finalidade, denominado “Supervisão Ministerial”, no âmbito federal.

Com a edição da lei 13.303/16 foi instituído, de maneira expressa, com um marco legislativo significativo e inovador, mecanismos de controle em relação à transparência, governança corporativa e códigos internos de conduta, todos com a finalidade de possibilitar uma maior gestão de riscos e diminuir, assim, eventuais prejuízos causados a essas entidades.<sup>42</sup>

A evolução em relação ao controle realizado sobre as estatais demonstra a preocupação do legislador e da sociedade em sanar os abusos e desvios realizados pelos administradores de outrora. O que resta é aguardar as cenas dos próximos capítulos, para observar a aplicabilidade da lei e a efetividade de seus dispositivos.

### **2.3 Do regime tributário aplicável às empresas estatais**

As empresas estatais, regra geral, se submetem a todas as tributações aplicáveis às pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que, via de regra, atuam em paridade com os particulares.

Porém, como dito em outra parte, as estatais podem ter finalidades distintas, como a prestação de serviços públicos ou a exploração de atividade econômica. Então, o regime de tributação das estatais irá depender da finalidade a que se destinam.

No caso, a estatal exploradora de atividade econômica terá tributação aplicável às entidades de direito privado. Tal regra é exposta, inclusive, na Constituição Federal, especificamente no art. 173, §2º, informando que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Tal entendimento é aceito inclusive pelo STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. EMPRESA PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. REGIME JURÍDICO DE EMPRESA PRIVADA. O Supremo fixou entendimento no sentido de que as empresas públicas que exercem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 552217 AgR/RS, STF – Segunda Turma, julgamento: 29.09.2009 DJe: 200).

---

<sup>42</sup> O estudo aprofundado deste assunto não será realizado nesta obra, uma vez que eventual abordagem acerca desse conteúdo desvirtuaria ao objeto do trabalho.

Em relação às estatais que se destinam à prestação de serviços públicos, o entendimento é diferente. A jurisprudência<sup>43</sup> entende que há privilégio tributário quando a estatal se destina à prestação de serviço público. Com esse entendimento, é possível aplicação da imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. A maioria da doutrina entende, ainda, que tais entidades prestadoras de serviços públicos devem ter tratamento de fazenda pública, próprio das pessoas jurídicas de direito público.

Os estudiosos costumam consolidar tal entendimento em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) que, apesar de ter natureza jurídica de empresa pública, possui tratamento privilegiado no cenário jurídico nacional.

Nesse sentido, Fernanda Marinela:

“Tal orientação se consolida, quando da análise dos privilégios tributários para a Empresa de Correios e Telégrafos, que, apesar de ser uma empresa pública, tem uma situação ímpar na ordem jurídica nacional, contando com um tratamento diferenciado, não só no tocante às questões tributárias, como também no que se refere aos privilégios de Fazenda Pública”.<sup>44</sup>

Após o julgamento acerca do tratamento diferenciado dado à EBCT, a jurisprudência começou a consolidar-se acerca da aplicabilidade de tais tratamentos às empresas públicas e sociedades de economia mista que dedicam-se à prestação de serviços públicos. Tal entendimento foi dado à Infraero<sup>45</sup> e, também, à Codesp, sociedade de economia mista.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA. AÇÃO CAUTELAR SUBMETIDA A REFERENDO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.099/RS; Rel. Min. Carlos Veloso, 2ª Turma, DJ 06.8.2004, no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. 2. Exigibilidade imediata do tributo questionado no feito originário, a caracterizar risco de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). 3. Decisão cautelar referendada (AC 1.851 QO/RO, STF – Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, julgamento: 17.06.2008, DJE: 142)

<sup>44</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 161.

<sup>45</sup> Decisão: (...) 1. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, empresa pública prestadora de serviço público, está abrangida pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição. 2. Não incide ISS sobre a atividade desempenhada pela INFRAERO na execução de serviços de infraestrutura aeroportuária, atividade que lhe foi atribuída pela União art. 21, XII, “c”, da CB/88] (...) (RE 524615 AgR/BA, STF – Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgamento: 09.09.2008, DJE: 187).

<sup>46</sup> EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROVA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, “F”, 22, x e 150, VI, “A” DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Segundo teste proposto pelo ministro relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a” da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1 A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas independentemente do contexto. 1.2. Atividade de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se

Vale ressaltar que o art. 150, §3º da Constituição Federal estabelece que a imunidade tributária recíproca não é aplicada às pessoas jurídicas da administração indireta que explorem atividade econômica, uma vez que tais entidades só gozam, como dito anteriormente, dos privilégios próprios da iniciativa privada.

Recentemente foi editada, inclusive, a súmula vinculante nº 52, reforçando o entendimento:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo artigo 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

## **2.4 Regime de Licitações e Contratos Administrativos aplicável às empresas estatais.**

### **Obediência à lei 13.303/16 ou à lei 8.666/93?**

O tema de licitações e contratos administrativos no âmbito das empresas estatais será mais bem abordado em capítulos futuros desta monografia. Porém, de maneira geral, se faz salutar a explanação do tema.

Inicialmente se faz interessante informar o pensamento doutrinário anterior e posterior à edição da lei 13.303/16, para que o leitor possa apreender as informações prevalentes a respeito deste tema recente.

Muito bem, como dito anteriormente, na qualificação das empresas estatais, é necessário a percepção de sua finalidade, que poderá ser exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos.

---

como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja fator preponderante. 2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta de indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalta do ministro-relator, no sentido de que “cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado”. Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá provimento. (RE 253472/SP, STF – Tribunal Pleno, Rel. original Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 25.08.2010, DJe nº 20, de 01.02.2011).

A doutrina costumava informar que as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos seguiam as regras próprias da lei geral de licitações e contratos administrativos (lei 8.666/93), uma vez que possuem tratamento equivalente aos entes que possuem personalidade de direito público.<sup>47</sup>

Nesse sentido, os ensinamentos de Fernanda Marinela:

“Quando prestadoras de serviços públicos, seguem as normas gerais para licitação, é dizer, submetem-se à Lei nº 8.666/93 e à lei nº 10.520/02, em cumprimento ao art. 37, XXI, combinado com o art. 22, XXVII, ambos da CF, como entes da Administração Direta.

Para contratos dessas pessoas jurídicas, também é possível a aplicação do regime público e poderão ser considerados contratos administrativos, a depender de seu objeto, seguindo, do mesmo modo, as normas citadas acima.”<sup>48</sup>

Por outro lado, as estatais que se dedicam à exploração de atividade econômica não se sujeitariam ao regime geral, por disposição do art. 173, §1º, III da Constituição Federal. Tal mandamento da carta magna foi recepcionado no sentido de que às empresas públicas e sociedades de economia mista seria facultada a adoção de regime simplificado de licitações e contratos.

Tal entendimento era demonstrado por Fernanda Marinela:

“Entretanto, quando essas empresas exploram a atividade econômica, a situação é diferente, considerando que elas poderão ter regime especial, mediante estatuto jurídico próprio, consoante art. 173, §1º, III, da CF, para licitações e contratos, obedecendo sempre aos princípios da administração.

Hoje, chegou-se ao entendimento de que empresas públicas e sociedades de economia mista podem se sujeitar a um regime simplificado para realização de licitações e contratações”.<sup>49</sup>

Com a edição da lei 13.303/16, foi imaginada a submissão da totalidade das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista ao regime dessa lei. Tal entendimento se mostra, com o devido respeito aos doutrinadores que não concordam com a posição defendida nesta obra, leviano, uma vez que a base constitucional para edição da referida lei é o art. 173, da Constituição Federal, que trata unicamente da empresa pública e sociedade de economia mista que explore atividade econômica ou prestação de serviço público em caráter competitivo<sup>50</sup>.

Tal entendimento é declarado por Cesar A. Guimarães Pereira, já citado anteriormente neste trabalho, conforme abaixo:

“Ao se valer dessa expressão, o texto legal deixou de alcançar todas as formas de prestação de serviço público, mas limitou sua incidência às que impliquem uma

<sup>47</sup> Tal entendimento foi exposto no item 2.3 deste capítulo.

<sup>48</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 153.

<sup>49</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 154.

<sup>50</sup> A explanação doutrinária sobre o tema foi realizada neste trabalho, no capítulo 1, item 1.5.2.4, quando tratamos da possível aplicabilidade da lei 13.303/16 às fundações públicas de direito privado, para onde se remete o leitor. A opção para remissão é feita por questões didáticas e com a finalidade de não causar exaustão aos observadores deste trabalho.

exploração de atividade econômica. Isso corresponde à prestação de serviços públicos em ambiente competitivo ou de mercado. Busca-se regular a atuação do Estado no ambiente econômico concorrencial. As empresas estatais que prestem serviços públicos em ambiente não competitivo e, portanto, fora do mercado, estão alheias ao regime da lei 13.303/2016.”<sup>51</sup>

É possível, então, perceber que a aplicabilidade da lei 13.303/16 é direcionada a: i) Empresas estatais exploradoras de atividade econômica; ii) Empresas estatais que prestem serviços públicos em caráter competitivo.

Vale ressaltar, ainda, que parte da doutrina informa que a edição da lei das estatais poderá, de maneira remota, influenciar na possível alteração da natureza jurídica das estatais prestadoras de serviços públicos.<sup>52</sup>

Mas, para entendimento atual, as estatais que se dedicam à prestação de serviços públicos em caráter não competitivo continuariam subordinadas às leis 8.666/93 e 10.520/02, por se assemelharem ao regime público.

É importante salientar, mais uma vez, que o tema de licitações e contratos administrativos após a edição da lei 13.303/16 será objeto de estudo mais contundente em capítulos posteriores deste labor.

## **2.5 Responsabilidade civil das empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, inclusive as abrangidas pela lei 13.303/16**

A responsabilidade civil do Estado (em sentido amplo) é objetiva, adotando a teoria do risco administrativo<sup>53</sup>. Tal interpretação é retirada a partir da leitura do art. 37, §6º, da Constituição Federal, anunciando que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Pela interpretação da Constituição Federal é possível concluir que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos se sujeitam à responsabilidade objetiva, ficando as pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica

<sup>51</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 329.

<sup>52</sup> Nesse sentido, há a lição clássica de Geraldo Ataliba acerca da equiparação de empresas estatais que prestem serviços públicos (no caso, a SABESP) a pessoas jurídicas de direito público para certos fins: ATALIBA, Geraldo. SABESP – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade de impostos – Regime de taxas. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Ed. RT. N. 92, out/dez 1989.

<sup>53</sup> Não se faz necessário o alongamento acerca das inúmeras teorias a respeito da responsabilidade civil do Estado, uma vez que não se encontra como objeto da presente obra. Porém, para dar uma noção ao leitor, a responsabilidade objetiva tem como elementos: conduta + nexa da causalidade + resultado danoso. Não há, pois, a existência de culpa em sentido amplo (dolo e culpa em sentido estrito).

sujeitas aos ditames do direito privado, quais sejam, o Código Civil em vigor, respondendo, pois, de modo subjetivo.

A compreensão desta sistemática é importante no sentido de apreender o prazo prescricional, aplicando em um ou em outro caso prazo específico.

No tocante à responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público, aplica-se o disposto no art. 1-C, da lei 9.494/97<sup>54</sup>, afirmando ser o prazo prescricional de 05 anos.

Por outro lado, em relação às pessoas privadas que não prestam serviços públicos, aplica-se a regra ordinária prevista no art. 206, §3º, V, do Código Civil<sup>55</sup> em vigor.

Um possível questionamento se faz com a edição da lei 13.303/16, a respeito da noção de abrangência desta responsabilidade, qual seja: A responsabilidade das estatais prestadoras de serviços públicos em caráter competitivo seria objetiva ou subjetiva? A posição adotada pelos criadores deste trabalho é no sentido de ser objetiva, uma vez que a constituição federal não limita o espectro de prestadora de serviço público em caráter competitivo ou não. Além disso, as concessionárias de serviço público, que são pessoas jurídicas que atuam no âmbito de prestação de serviço público, em caráter de eventual regime competitivo, são responsáveis de modo objetivo pelos danos causados a terceiros, aplicando-se o art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Fernanda Marinela leciona:

“Estão sujeitas aos rigores da teoria objetiva as empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que criadas para o serviço público, ficando aqui excluídas as exploradoras da atividade econômica. Também submetem-se a esse regime os particulares prestadores de serviços públicos em razão da descentralização, como é o caso das concessionárias e permissionárias de serviços”.<sup>56</sup>

## **2.6 A questão do regime de bens aplicável às empresas estatais após a edição da lei 13.30/16**

A doutrina majoritária, seguindo o disposto no Código Civil, em que se afirma serem os bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, sendo os demais privados, independente da pessoa a que pertençam<sup>57</sup>.

Então, os bens das empresas estatais seriam privados, uma vez que tais pessoas jurídicas possuem natureza jurídica de direito privado. Entretanto, quando essas entidades se

<sup>54</sup> Lei 9.494/97: Art. 1º-C. Prescreverá em **cinco anos** o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de **pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos**. (grifos dos autores)

<sup>55</sup>Código Civil: Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil.

<sup>56</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 968.

<sup>57</sup> Art. 98, Código Civil: São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

dedicam à prestação de serviços públicos, se eles estiverem ligados à necessidade servicial, receberão tratamento de regime público, com as garantias inerentes aos bens públicos. Note-se, porém, que tais bens continuam sendo privados, recebendo apenas “status” de bem público.

Em contrapartida, os bens das empresas estatais que exploram atividades econômicas, por possuírem tratamento próprio de empresas privadas, são passíveis de penhora, não gozando dos atributos próprios dos bens públicos.

Corroborando com esse sentido, colaciona-se os ensinamentos de Fernanda Marinela:

“Acolhe-se neste trabalho a orientação de que os bens pertencentes às pessoas privadas são bens privados, todavia, quando prestadoras de serviços públicos, em razão de diversas regras do ordenamento jurídico, se eles estiverem diretamente ligados à prestação dos serviços públicos, estarão sujeitos ao regime público; para os demais vale o regime privado. Justificam esse tratamento especial: o princípio da continuidade dos serviços públicos; o fato de os bens serem decorrentes da transferência do ente que as criou; a cláusula de reversão ao ente público que lhes deu origem e a possibilidade de a lei instituidora dar essa especialidade para esses bens. Ressalte-se ainda o dever de licitar dessas empresas, o que representa também o rigor do regime público.

Em sentido contrário, encontram-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica, as quais, em razão da previsão do art. 173, §1º, da CF, seguirão o regime próprio das empresas privadas, sendo, portanto, seus bens penhoráveis.”<sup>58</sup>

Vale ressaltar que, em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), a jurisprudência informa que, por prestar serviço postal exclusivo e possuir tratamento de fazenda pública, tal entidade não poderá ter qualquer bem penhorado, mesmo que não esteja afeto à prestação da atividade estatal. Tal entendimento vai de encontro à regra geral estipulada para as prestadoras de serviços públicos que, como dito acima, possuem a prerrogativa pública em relação aos bens destinados à prestação do serviço, e não qualquer bem.

Concluindo, é possível perceber que o regime de bens aplicáveis às empresas estatais abrangidas pela lei 13.303/16 é privado, uma vez que não estão abrangidas pelo Código Civil em vigor como pessoas jurídicas de direito público. Não há, pois, maiores divergências acerca desse tema.

## 2.7 Edição da Lei 13.303/16 – Lei da Responsabilidade das Estatais

---

<sup>58</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 170.

No dia 30 de junho de 2016 foi publicada a lei 13.303/16, já apelidada pela doutrina como Lei de Responsabilidade das Estatais. Muitos afirmam que a edição do diploma legal foi influenciada pelo cenário político nacional, com a finalidade de haver uma gestão com maior transparência e probidade, evitando prejuízos aos cofres públicos e, conseqüentemente, prejuízos à sociedade.

Como dito no introito dessa monografia, a lei é dividida em três títulos: um tratando sobre as disposições gerais às empresas públicas e sociedades de economia mista, o segundo tratando sobre as licitações, contratos e fiscalização pelo Estado e sociedade e, por último, o título III que aborda os aspectos transitórios acerca da aplicabilidade da lei.

O objeto principal que norteia o trabalho é a noção de licitação e contratos administrativos, abordando temas que, no entender dos autores, são considerados pertinentes e irão facilitar a interpretação da lei como um todo.

O estudo mais direcionado às licitações e contratos será feito posteriormente, em capítulo próprio, como dito alhures.

Neste tópico será dedicado um estudo que irá permear várias situações legislativas que poderão dar entendimentos divergentes acerca da lei, necessitando de consolidação por parte da jurisprudência e formação de corrente majoritária.

## **2.8 Espectro limitado de incidência da lei 13.303/16. A não aplicação da lei às estatais prestadoras de serviço público em caráter não concorrencial**

Como dito anteriormente nesta obra<sup>59</sup>, a lei não disciplina, conforme doutrina mais recomendada, a totalidade das empresas estatais, atendo-se às exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público em caráter concorrencial.

As demais empresas estatais, prestadoras de serviço público em regime exclusivo e não concorrencial, possuem tratamento similar ao das pessoas jurídicas de direito público.

## **2.9 Possível inconstitucionalidade da Lei 13.303/16**

A competência para legislar acerca de Estatal Federal é da União, não há dúvidas nisso. Porém, a lei 13.303/16, em seu art. 1º, informa que tal lei disciplina as entidades de quaisquer esferas da federação, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

---

<sup>59</sup> Ver itens 1.5.2.4 do capítulo 01 e item 2.4 deste capítulo.

Há quem defenda que a aplicação do diploma legal não poderia ocorrer com as estatais criadas por outros entes da federação, tais como Estados ou Municípios. Ou seja, essa corrente afirma que ao pretender disciplinar as estatais nas esferas estadual, municipal e distrital, haveria inconstitucionalidade na lei 13.303/16 porque ela extrapolaria sua competência legislativa, invalidando as disposições aos demais entes federativos<sup>60</sup>.

Porém, há corrente que informa que a lei 13.303/16 não estaria maculada com o vício da inconstitucionalidade, uma vez que foram definidas apenas regras gerais, sejam de governança corporativa ou de licitações e contratos administrativos, podendo cada ente político, futuramente, disciplinar as normas específicas a serem observadas na sua alçada. Esse é o entendimento de Paulo Osternack Amaral, exposto abaixo:

“A lei 13.303/16 definiu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos aplicáveis às empresas estatais, podendo cada ente, posteriormente, regulamentar as normas específicas a serem observadas no âmbito de sua competência. Tal solução encontra fundamento no art. 173, §1º, inciso III, e no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal”.<sup>61</sup>

## 2.10 – Objeto e natureza jurídica da lei 13.303/16

A lei de responsabilidade das estatais tem como escopo o estabelecimento de parâmetros para direcionar uma atuação do Estado no Domínio Econômico, traçando diretrizes que visam conferir maior eficiência aos procedimentos adotados pelas entidades privadas que se dedicam à exploração da atividade econômica.

Tal lei teve como pressuposto constitucional o art. 173, da Constituição Federal, especificamente o §1º, que informa ser objeto de lei ordinária a disciplina acerca do estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividades econômicas.

A referida lei tem natureza jurídica de lei ordinária nacional. Pelo fato de ser uma lei ordinária, não há impedimento para que ato normativo da mesma natureza possa causar-lhe modificações. Nesse sentido, ensina Marçal Justen Filho que:

“A lei 13.303/16 é uma lei ordinária. Portanto, os seus dispositivos não são dotados de eficácia normativa diferenciada. Bem por isso, não existe impedimento jurídico a que uma lei federal ordinária posterior altere a disciplina consagrada na Lei das Estatais”.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Esse é o entendimento de Egon Bockmann Moreira (Disponível em: [<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-de-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeovxj>]. Acesso em: 01.02..2017)

<sup>61</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 63.

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 39-40.

Porém, há que se ressaltar que, mesmo havendo possibilidade de alteração por lei posterior, a lei superveniente não poderá retirar o caráter substancial da matéria, uma vez que a lei das Estatais confirma diversas disposições constitucionais, não podendo, pois, ser alterada, nesses pontos, por edição de simples lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade desta.

## **2.11 Explicitação de regras constitucionais**

A lei 13.303/16 referendou diversos dispositivos constitucionais, confirmando-os à aplicabilidade prática das pessoas estatais.

Nesse ponto específico, a redação do art. 2º da mencionada lei tem riqueza de detalhes, culminando na dimensão de dois sentidos: positivo e negativo, idealizados por Marçal Justen Filho.<sup>63</sup>

Antes de tratar de tais sentidos, é essencial demonstrar a redação do artigo, qual seja: “A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”.

### **2.11.1 – Dimensão positiva e negativa do art. 2º da lei 13.303/16**

O dispositivo informa que a atividade estatal que deseje explorar atividade econômica deverá ser realizada por meio de Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista e suas subsidiárias.

Depreende-se também que, conforme exposto no tópico 1 deste capítulo, tais entidades tem natureza jurídica de direito privado, sob a forma mercantil.

Ou seja, é possível concluir que a exploração de atividade econômica pelo Estado será realizada por meio de pessoas jurídicas de direito privado, quais sejam, as empresas públicas e sociedades de economia mista, constituídas sob a forma mercantil.

Nesse sentido Marçal Justen Filho informa que “o dispositivo determina, primeiramente, que a exploração de atividades econômicas por parte do Estado far-se-á por meio de empresas estatais, assim compreendidas pessoas jurídicas de direito privado, sob a forma societária”.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p.40.

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p.41.

Por outro lado, ao determinar que o Estado deverá explorar atividade econômica por meio de Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e subsidiárias, a lei, de maneira não expressa, proibiu a execução de atividade econômica pelo Estado por meio de entidades de direito público ou por pessoas jurídicas que não tenham natureza mercantil.

Esmiuçando o que foi dito acima, raciocina-se que as entidades de direito público da administração indireta (autarquias e fundações autárquicas), a administração direta e as pessoas jurídicas privadas sob forma não societária (associações e fundações) não poderão explorar atividades econômicas quando forem constituídas pelo Estado.

Conforme Marçal Justen Filho, “essa determinação destina-se a preservar o postulado fundamental de que as atividades são reservadas, como regra, à iniciativa privada e se desenvolvem segundo princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”.

### 2.11.2 – A exploração alternativa de atividade econômica

Ainda tratando sobre a riqueza textual do artigo 2º da lei 13.303/16, é possível inferir que a exploração de atividade econômica por parte do Estado ocorrerá por duas entidades: Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista (e suas respectivas subsidiárias).

A opção por uma ou outra entidade ocorrerá de acordo com a existência ou não de participação de particulares.

Tal entendimento é dado por Marçal Justen Filho:

“Segundo o art. 2º, da exploração de atividade econômica pelo Estado deverá fazer-se por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista. A escolha da alternativa se relaciona, essencialmente, com a participação de sócios oriundos da iniciativa privada”.<sup>65</sup>

Há que se falar que, entre as diversas concretizações doutrinárias absorvidas pela lei 13.303/16, houve a explanação formal do conceito de empresa pública e sociedade de economia mista, encontrados nos art. 3º e 4º, respectivamente, da referida lei.

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**. (grifos dos autores)

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

---

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p.45.

**ações com direito a voto** pertençam em sua **maioria à União**, aos **Estados**, ao **Distrito Federal**, aos **Municípios** ou a entidade da **administração indireta**. (grifos dos autores)

## **2.12 Ditames constitucionais a respeito da exploração da atividade econômica pelo Estado**

Consagrando as regras já explicitadas no art. 173, da Constituição Federal, a lei 13.303/16, em seu art. 2º, §1º<sup>66</sup>, informa que a criação das empresas estatais dependerá de autorização legislativa e, no ato de constituição, deverão ser indicados de forma clara os permissivos autorizadores da finalidade de exploração de atividade econômica, quais sejam, o relevante interesse coletivo ou os imperativos de segurança nacional.

A doutrina, analisando o referido dispositivo em comento, afirmou que houve a conjugação das disposições constitucionais (art. 37, XIX e art. 173, ambos da Constituição Federal) em um só meio, nesse sentido, Marçal Justen Filho:

“O art. 2º, §1º, da Lei das Estatais conjugou ambas as disposições constitucionais. Determinou que a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal, cabendo à lei indicar, ‘de forma clara’, o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que legitime a atuação estatal no domínio econômico”.<sup>67</sup>

Vale ressaltar, ainda, que quando se fala na exposição dos motivos ensejadores da exploração de atividade econômica, a lei e o texto constitucional não se satisfazem com a mera transcrição da regra constitucional, devendo, pois, explicitar-se o conteúdo que motivou a criação, de maneira explícita e congruente. Nesse sentido, ensina Marçal Justen Filho:

“Não é suficiente a mera repetição da regra constitucional. Assim, por exemplo, é inválida a autorização legal que simplesmente invoque um relevante interesse coletivo ou um imperativo de segurança nacional, sem explicitar seu conteúdo. É necessário que a lei indique os pressupostos fáticos específicos subsumíveis aos conceitos constitucionais em questão”.<sup>68</sup>

## **2.13 Criação das subsidiárias das empresas estatais**

É importante salientar, de imediato, que a lei 13.303/16 se aplica, também, às subsidiárias as empresas públicas e sociedades de economia mista abrangidas pela referida lei.

<sup>66</sup>Lei 13.303/16: Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

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

<sup>67</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p.46.

<sup>68</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p.49.

Várias correntes doutrinárias surgiram acerca da conceituação de subsidiárias, prevalecendo o entendimento de que tais pessoas jurídicas são as sociedades sob controle direto, ou indireto, de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, sendo tratada como sinônimo de entidade controlada.<sup>69</sup>

Observando a exegese do art. 37, XX, da Constituição Federal, depreende-se que a criação das subsidiárias deverá preceder autorização legislativa. Porém, antes de qualquer interpretação distorcida, não há necessidade de lei específica para cada subsidiária criada, podendo, portanto, haver autorização genérica. Esse é o entendimento, inclusive, do STF:

“II – dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na lei de instituição da empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação atriz, tendo em vista que a lei criadora é também a medida autorizadora” (ADI 1.491/DF MC, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 08.05.2014, Dje de 29.10.2014)

## 2.14 A função social nas empresas estatais

Tópico interessante a respeito da positivação da função social das empresas estatais, insculpido no art. 27, da lei 13.303/16.<sup>70</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a funcionalização dos institutos de direito privado, observando algumas determinações cogentes de direito público, o que influenciou um processo de “publicização” do direito privado.

A função social dessas empresas é algo inerente a sua própria criação, uma vez que tem como pressuposto a exploração de atividade econômica ou relevante interesse social.

<sup>69</sup> FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo**, 17. Ed., São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 545 e ss.

<sup>70</sup> Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Além disso, são entes que participam da Administração Pública Indireta, criadas em prol do interesse público e baseado nos princípios basilares do Direito Administrativo.<sup>71</sup>

Com essa função social, a legislação inovou em alguns aspectos, tais como o bem-estar econômico da própria pessoa jurídica e a sociedade, eficiência na utilização de recursos, ampliação de acesso de consumidores a bens e serviços, como medida de expansão, sustentabilidade ambiental, gestão transparente, incorporação de preceitos éticos e probidade, dentre outros.

Além disso, a própria lei das Estatais informou que a função social está condicionada à atenção da finalidade que influenciou na criação da respectiva empresa estatal, havendo, pois, o cumprimento do seu objeto social.

Cada interesse específico e finalidade que possibilitou a criação da empresa estatal deverá obediência aos ditames do art. 27 da lei 13.303/16, que já fora transcrito em nota de rodapé anterior.

---

<sup>71</sup> Os princípios da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público.

## **CAPÍTULO 03: DAS LICITAÇÕES**

Nesse capítulo serão tratados alguns aspectos acerca do procedimento licitatório das empresas estatais, lembrando ao leitor que o presente trabalho não esgotará todo o teor da lei, uma vez que será feita apenas a análise que os escritores da presente obra reputam mais pertinentes à compreensão do tema.

Além disso, é necessário advertir que não há, até o presente momento, consolidação doutrinária ou jurisprudencial acerca do tema, o que poderá causar possível insegurança jurídica. Porém, os autores procurarão expor de forma didática a essência do procedimento licitatório e possíveis dissonâncias jurídicas que poderão ocorrer.

Por último, forçoso se faz informar que não haverá uma análise exaustiva acerca de licitações em geral, mas apenas apresentação de conceitos básicos para que o leitor tenha uma ideia situacional do assunto.

### **3.1 Conceito de Licitação**

Inicialmente, antes de adentrarmos às nuances da lei, forçoso se faz a apresentação de um conceito acerca de licitação, para que possa clarear a mente do observador e possibilitar a compreensão do tema apresentado nesta obra.

Pois bem.

A licitação, de maneira sintética, é um procedimento administrativo que visa à seleção da proposta mais vantajosa, obedecendo aos princípios da isonomia, impessoalidade e legalidade, para celebração de contrato administrativo futuro.

O Estado, atuando como pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, não poderá abster de licitar. Se, hipoteticamente, a contratação de obras e serviços for realizada ao bel prazer do gestor público, poderá ocorrer eventual desvio de finalidade ou favorecimentos indevidos, além de prejuízos ao erário público e, conseqüentemente, a toda coletividade.

Visando maior adesão do leitor à obra, apresenta-se o conceito exposto, de maneira didática, por Fernanda Marinela:

“Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser

travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões, necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.<sup>72</sup>

O STF, abordando os aspectos licitatórios, em julgado extremamente compreensível, informa:

“(...) 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a fundação da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível”.<sup>73</sup>

### 3.2 Abrangência da lei 13.303/16 em relação aos procedimentos licitatórios do título II

Passadas as definições acerca de licitação, é necessário saber o âmbito específico do presente trabalho. É indispensável que o leitor saiba o direcionamento dos temas que serão tratados a seguir, para que se evitem possíveis interpretações infundadas, em momento posterior.

Como dito inúmeras vezes no presente trabalho, a lei das Estatais abrande, obviamente, as Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias. Não há que se falar, pois, de aplicabilidade da citada lei às pessoas jurídicas de direito público.

Mas não é só, além de existir o espectro que retira as pessoas jurídicas de direito público, é salutar ao leitor compreender que não há a contemplação, nesta lei, de empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam exclusivamente à prestação de serviços públicos em caráter não concorrencial. Isso porque, a base jurídico-constitucional para edição da lei 13.303/16, como já dito alhures, é o art. 173, §1º, que informa ser obrigação do legislador a edição de estatuto jurídico que trate 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.

<sup>72</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 345.

<sup>73</sup> ADI 3070/RN, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgamento: 29.11.2007, DJ: 19.12.2007.

Alguns podem interpretar o texto constitucional de maneira temerosa, informando que o mesmo faz menção expressa à “prestação de serviços público” (na parte final do parágrafo primeiro). Porém, imperiosa se faz a análise topográfica do dispositivo, encontrado no título VII da Constituição Federal, com denominação de “Ordem econômica e financeira”, consagrando atividades de caráter primordialmente privado. Além disso, a própria leitura do início do §1º do art. 173 informa que o estatuto é da empresa que “explora atividade econômica”.

Corroborando o entendimento exposto acima, o festejado e já mencionado jurista Cesar A. Guimarães Pereira, informa:

“Muito antes da edição do diploma, já se especulava se a lei a ser editada com base nesse dispositivo constitucional disciplinaria as licitações de todas as empresas estatais e se todas estariam submetidas ao regime nele previsto.

Já houve importante manifestação doutrinária sobre isto em artigo de Eros Roberto Grau. Defendeu-se, com base na nova redação do art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que todas as empresas estatais teriam passado a se submeter apenas ao regime de licitação previsto no art. 173, não mais à Lei 8.666/1993. Assim, seriam obrigadas a licitar, mas empregariam para isto seus regulamentos específicos. No entanto, essa proibição não prevaleceu. Ao contrário, reputou-se que a adequada interpretação das novas regras constitucionais – e, por conseguinte, dos arts. 1º e 119 da Lei 8.666/1993 relativos à sua abrangência subjetiva – pressupunha o reconhecimento de uma distinção entre as diferentes formas de atuação do Estado na economia. Reconheceu-se que empresas estatais destinadas à prestação de serviços públicos e à exploração de atividades privadas submetiam-se a regimes jurídicos distintos. Porém, também se concluiu que, enquanto não fosse editada a lei prevista no art. 173 para disciplina das licitações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, aplicar-se-ia também a elas a disciplina geral das licitações. Esse entendimento prevaleceu até o advento da Lei 13.303/16.”<sup>74</sup>

Ou seja, objetivamente, a aplicação da lei 13.303/16 destina-se às estatais que se dediquem à exploração de atividade econômica ou prestem serviços públicos em caráter concorrencial.

As empresas públicas e sociedades de economia mista se dedicam à prestação de serviços públicos em caráter não concorrencial, por terem tratamento aproximado ao das pessoas jurídicas de direito público, serão obedientes aos ditames da lei geral de licitações e contratos, qual seja, a lei 8.666/93.

### **3.3 Disciplina de licitações na Lei da Responsabilidade das Estatais**

Depois de compreendida a abrangência de lei 13.303/16, se faz necessário tecer alguns comentários gerais acerca de licitações.

---

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 331.

O art. 28 da mencionada lei informa que 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 própria lei, ressalvados os casos de dispensa, inexigibilidade e inaplicabilidade de licitação<sup>75</sup>.

Então, conforme disposição legal, obviamente, as empresas estatais deverão licitar.

É interessante perceber que, nas licitações que envolvem as estatais, há uma busca incessante pela proposta mais vantajosa, uma vez que as estatais atuam no âmbito privado em regime concorrencial com as demais empresas particulares. Tais disposições legais fazem com que os autores do presente trabalho afirmem, com a devida vênia, que os princípios-mor orientadores para licitações nas empresas estatais são: Isonomia e Eficiência.

Tal entendimento é fundamentado, especialmente, no art. 31 da lei 13.303/16, ao se referir ao ciclo de vida do objeto, a política de evitar sobrepreço ou superfaturamento e informando a obediência a diversos princípios, notadamente os da eficiência e economicidade.

É possível, ainda, que a própria entidade regulamente o procedimento licitatório, obedecida as diretrizes legais, conferindo discricionariedade ao administrador da estatal, que deverá basear-se em critérios objetivos e impessoais.

Existem, além de diversas outras possibilidades de otimização de vantagens, a viabilidade de parcelamento do objeto, desde que não se faça enquadrar, de maneira possivelmente fraudulenta, aos limites da contratação direta.

Nesse sentido, Cesar A. Guimarães Pereira informa que “veda-se o destinado a fazer a contratação enquadrar-se nos limites de contratação direta. Busca-se a ampliação de participação, tendo como limitador a economia de escala”<sup>76</sup>. A base legal para esse entendimento é o art. 32, III, da lei 13.303/16<sup>77</sup>.

### **3.4 Possível inconstitucionalidade do art. 28, §1º, da Lei das Estatais**

<sup>75</sup> A inaplicabilidade de licitação será abordada em tópico posterior, constituindo, conforme Marçal Justen Filho, uma nova modalidade de contratação direta consagrada pela lei 13.303/16.

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 342.

<sup>77</sup> Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

(..)III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;

A lei 13.303/16, assim como a leis 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos) e 10.520/02 (Lei do Pregão), estabeleceu o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo com o disposto na Lei Complementar 123/06 (alterada pela LC 147/14).<sup>78</sup>

Ocorre que, a aplicabilidade de tal procedimento às licitações das empresas estatais é considerada inconstitucional por parte de alguns doutrinadores, dentre eles, Marçal Justen Filho.

O Mencionado autor informa que as normas que visam proteção das empresas de pequeno porte são destinadas às licitações promovidas pela Administração Pública, no âmbito de suas políticas de caráter público.

O mencionado autor ainda aduz que:

“O regime de tratamento favorecido previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações destina-se a assegurar a sua contratação por preços superiores aos que são praticados por grandes empresas. Portanto, os benefícios auferidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte são transferidos para os preços praticados e arcados pela entidade integrante da Administração Pública. Não se contraponha que o preço praticado pela microempresa ou empresa de pequeno porte seria igual ou inferior àquele adotado por empresas maiores. Se assim fosse, não haveria necessidade de um regime de preferências: as microempresas e empresas de pequeno porte se sagriam vencedoras das licitações por ofertarem preço mais vantajoso. O regime da LC 123/06 destina-se precisamente a assegurar a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte quando formularem propostas menos vantajosas do que aquelas apresentadas por empresas não enquadradas nessa categoria”.<sup>79</sup>

A argumentação do mencionado autor é interessante.

Porém, com o devido respeito às opiniões do autor, os escritores dessa obra discordam que tal hipótese prevista no art. 28, §1º, da lei 13.303/16 seja inconstitucional, uma vez que é necessário interpretar os dispositivos de acordo com a Lei Complementar 123/06, especialmente no que tange aos artigos 44 e 45, transcritos abaixo:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.  
 § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.  
 § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço. (grifos dos autores)

A existência de preferência para empresas de pequeno porte baseia-se no princípio da isonomia. Havendo eventual empate entre duas empresas, sendo uma delas EPP ou ME, ocorrerá o denominado empate técnico.

O empate técnico ocorre nas hipóteses do art. 44, §§ 1º e 2º.

<sup>78</sup> Previsão do art. 28, §1º, da Lei 13.303/16:

“Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”.

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 295.

Mas a existência de empate técnico não significa, necessariamente, que o órgão que promove a licitação deverá contratar pelo preço superior. Essa interpretação se extrai do art. 45, da Lei complementar 123, transcrito:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Com a leitura do art. 45, I, da LC 123 é possível verificar que não haverá um prejuízo à entidade promotora da licitação, uma vez que a EPP/ME irá apresentar proposta com preço inferior à vencedora do certame.

Os demais artigos que tratam do procedimento de preferência para contratação de ME/EPP são autoexplicativos, não merecendo mais comentários.

Até o término desse trabalho não houve qualquer posicionamento dos tribunais superiores acerca do tema. As proposições doutrinárias também são escassas, se fazendo necessária a espera para um posicionamento mais maduro acerca do tema.

### **3.5 Contratação direta por parte das estatais, de acordo com a lei 13.303/16**

A lei 13.303, de maneira semelhante à lei geral de licitações (8.666/93), trata de hipóteses de contratação direta, ou seja, sem a necessidade de realização de procedimento licitatório.

Marçal Justen Filho, tecendo comentários sobre as hipóteses de contratação direta na lei das estatais, informa que esse diploma legislativo “incorporou a modelagem tradicional do direito brasileiro relativamente às hipóteses de contratação sem licitação”<sup>80</sup>, introduzindo no

---

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 297.

ordenamento jurídico uma terceira figura que possibilita a contratação direta, qual seja: a inaplicabilidade de licitação.

O que será feito no presente trabalho é o delineamento de cada hipótese, especialmente a novidade introduzida pela lei, que se refere à “inaplicabilidade de licitação”.

### 3.5.1 Dispensa de Licitação

Tal hipótese ocorre em razão do princípio da proporcionalidade. Ou seja, embora haja possibilidade de realização do procedimento licitatório, esta não será efetuada por razões de interesse público.

Os doutrinadores costumam informar que a dispensa de licitação poderá ocorrer em duas hipóteses, tomando por base a lei 8.666/93: Licitação Dispensável e Licitação Dispensada.

Assim, são os ensinamentos de Fernanda Marinela:

“Na licitação dispensada não cabe ao Administrador o juízo de valor, ou seja, não há possibilidade de escolha se vai ou não realizar o certame. A lei diz que não licita e pronto. Encontra-se essa hipótese nas alienações de bens públicos e imóveis, previstas no art. 17, incisos I e II.

De outro lado, a licitação também poderá ser dispensável, hipótese em que a competição é possível. O legislador a dispensa, mas quem decide se esta deve ou não ocorrer é o administrador, cabendo-lhe o juízo de valor.”<sup>81</sup>

Em relação às hipóteses de dispensa de licitação, estas se encontram nos incisos do art. 29 da lei 13.303/16. Não iremos realizar um comentário exaustivo de cada inciso, uma vez que a legislação está disponível para todos e diversos dispositivos se baseiam na redação da lei 8.666/93, recebendo, pois, interpretação similar.

Porém, é importante fazer uma abordagem de um tópico específico que chamou a atenção dos colaboradores desta obra, a seguir.

### 3.5.2 Art. 29, I e II da lei 13.303/16 (limites de valor para contratação direta)

A lei das Estatais inova ao demonstrar a possibilidade de realização de procedimento licitatório dispensável pelas estatais abrangidas pela lei em valor superior ao previsto no art. 24, I e II, §1º da lei 8.666/93.

Na lei geral de licitações o valor ordinário de contratação direta por dispensa é R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para obras e serviços de engenharia, e para outros bens e serviços

---

<sup>81</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 363.

o valor é de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). No caso de empresas públicas e sociedades de economia mista, de acordo com o art. 24, §1º, o valor é dobrado, ou seja: R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para obras e serviços de engenharia; R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) para bens e serviços comuns.

Com a edição da lei 13.303/16, os valores são os seguintes: 1) R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; 2) R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços e comprar, incluindo, também, as alienações, 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.

Para uma maior compreensão do tema, os autores da obra fizeram a seguinte tabela:

<b>DISPENSA DE LICITAÇÃO POR VALOR</b>	Lei 8.666/93 – art. 24, I e II c.c §1º	Lei 13.303/16 – art. 29, I e II
Obras e serviços de engenharia	R\$: 30.000,00 (trinta mil reais)	R\$: 100.000,00 (cem mil reais)
Outros serviços e compras	R\$: 16.000,00 (dezesesseis mil reais)	R\$: 50.000,00 (cinquenta mil reais)

Não há que se falar em revogação tácita dos dispositivos da lei 8.666/93, uma vez que essa lei ainda se aplica às empresas estatais que se dedicam à prestação de serviço público.

Vale ressaltar, como dado importante, que a lei 13.303/16 possibilita a alteração dos valores previstos nesses incisos refletindo a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista. Nesse caso, admite-se valores diferenciados para cada sociedade.

Marçal Justen Filho, comentando sobre o assunto, informa:

“A solução não configura violação à Constituição e se destina a evitar a distorção que passou a ocorrer no âmbito da Lei 8.666/1993. Os valores limites para dispensa de licitação foram fixados há longo de tempo e não sofreram qualquer reajuste com o passar do tempo. Isso significa um processo de redução do valor real do limite da dispensa, eis que o mero processo inflacionário produz efeito de elevação dos preços praticados no mercado.

Deve-se ressaltar que a autorização legislativa para alteração dos limites não se constitui uma competência propriamente discricionária. Não incumbe ao Conselho de Administração a atribuição para fixar valores de dispensa segundo juízo de conveniência e oportunidade. Existem valores determinados por lei, que devem ser preservados. O que se admite é que a variação dos custos – um fenômeno objetivo, que se desenvolve de modo autônomo em relação à própria vontade da empresa estatal – acarrete a necessidade de alterações de valores para preservar a identidade do valor real previsto na Lei 13.303/2016”.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p.308.

Ousamos discordar do posicionamento do respeitado autor, uma vez que essa previsão legal poderá dar margem à fraude, uma vez que dar ao Conselho de Administração tal atribuição, como permissivo legal, para aumento de dispensa de licitação poderia frustrar os princípios gerais que orientam tal procedimento, tais como a isonomia, impessoalidade e eficiência.

José Aras<sup>83</sup>, comentando a respeito, emitiu juízo de opinião que tal previsão legal acarretaria eventual propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Uma medida salutar, idealizada em conjunto com os escritores dessa obra e o professor-orientador Antônio Edivar, poderia ser a alteração do respectivo parágrafo para que ocorra uma atualização anual dos valores de dispensa, baseado em regulamento geral a ser expedido pelo chefe do poder executivo federal ou o chefe do poder executivo de cada entidade da federação.

Por ser matéria cronologicamente recente, necessário se faz aguardar o posicionamento dos demais doutrinadores e dos tribunais superiores.

### 3.5.3 Inexigibilidade de Licitação

A lei 13.303/16 recepcionou a inexigibilidade de licitação, baseando-se na lei 8.666/93.

Em tais hipóteses é possível visualizar a inviabilidade de competição, uma vez que inexistem os pressupostos exigidos para a realização do procedimento licitatório.

A doutrina costuma informar que existem três pressupostos para que ocorra a licitação, quais sejam: a) Pressuposto lógico; b) Pressuposto jurídico e c) Pressuposto fático.

Comentando a respeito, Fernanda Marinela ensina:

“Para a realização da licitação, exige-se a presença de três pressupostos:

a) Pressuposto lógico: Este pressuposto exige a pluralidade de objetos e a pluralidade de ofertantes, pois, caso contrário, a competição não terá qualquer sentido e a licitação será inviável (...).

b) Pressuposto jurídico: A licitação tem que ser um meio apto para a Administração perseguir o interesse público. Caso o procedimento coloque em risco esse interesse, ele será inviável, já que a licitação pode prejudicar o que deve proteger. Ela não é um fim em si mesma mas, um meio, um instrumento para a proteção do interesse coletivo, não devendo jamais prejudica-lo (...).

c) Pressuposto fático: O pressuposto fático exige a presença de interessados no objeto da licitação. A inexistência de interessados para disputá-la, nos casos em que tal interesse não seja atrativo para o mercado, impede a realização da licitação.”<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Tal comentário ocorreu em aula, ao vivo, ministrada no Centro de Estudo José Aras – CEJAS.

<sup>84</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 359-360.

A previsão legal da inexigibilidade de licitação é encontrada no art. 30, da lei 13.303/16, constituindo um rol exemplificativo, de maneira análoga ao art. 25 da lei 8.666/93. Ou seja, o que se expõe no respectivo artigo não é algo fechado, podendo existir demais hipóteses para aplicação da inexigibilidade de licitação.

Nesse viés, ensina Marçal Justen Filho que “isso evidencia que existem outras hipóteses de inviabilidade de competição, além daquelas referidas expressamente no elenco normativo”.<sup>85</sup>

Vale ressaltar que a redação da lei 13.303/16 não é copiosa, no sentido de espelhar as interpretações realizadas acerca da lei 8.666/93. Por conta disso, não poderão ser utilizadas as interpretações acerca de inexigibilidade de licitação, previstos na lei geral, para o procedimento da lei das estatais. Corroborando o entendimento exposto, orienta Marçal Justen Filho:

“A redação adotada na Lei das Estatais é distinta daquela prevista na Lei 8.666/1993. Essa diferenciação não pode ser ignorada. Por isso, não é possível aplicar supletivamente a disciplina da Lei 8.666/1993, de modo a submeter a inviabilidade de competição no âmbito das empresas estatais precisamente às mesmas regras adotadas para a Administração direta, autárquica e fundacional”.<sup>86</sup>

Fora isso, é importante salientar que a lei das Estatais reiterou a proibição de contratação direta para os serviços de publicidade e propaganda.

### 3.5.4 Inaplicabilidade de licitação

Tal conceito foi criação doutrinária, baseada nas interpretações do art. 28, §§ 3º e 4º, da lei 13.303/16. Marçal Justen Filho informa que:

“O §3º do art. 28 da Lei 13.303/16 alude à dispensa da observância dos dispositivos legais sobre licitação. A utilização do vocabulário ‘dispensa’ não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem as próprias regras sobre licitação”.<sup>87</sup>

Os atributos da inaplicabilidade são diferenciados, não se aplicando o procedimento formal para contratação direta prevista no art. 30, §3º da lei 13.303/16. Nesse sentido, ensina Marçal Justen Filho:

“Nos casos de inaplicabilidade da licitação, não se faz necessário o procedimento reservado para a dispensa e a inexigibilidade. Isso significa a desnecessidade de um procedimento formal, destinado a documentar com minúcia as características do caso concreto. Assim se passa, de modo muito evidente, no caso de contratações envolvendo o objeto social da empresa estatal. Tais operações serão desempenhadas

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 317.

<sup>86</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 317.

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 298.

segundo as práticas de mercado, sem um tratamento formal diferenciado similar ao reservados para as contratações diretas propriamente ditas.”<sup>88</sup>

A inaplicabilidade de licitação, ainda conforme a doutrina, não se confunde com a inexigibilidade de licitação, uma vez que nesta a licitação é inviável e, naquela, a licitação até poderá ocorrer, mas não há uma obrigatoriedade de procedimento.

### 3.5.4.1 A discussão acerca da “Atividade-fim”

Sabe-se que as estatais exploradoras de atividade econômica atuam em âmbito de competitividade e eventual exigência de procedimento licitatório poderia obstar a atuação no âmbito de seu mercado. Por conta disso, o Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão nº 121/98<sup>89</sup> informou a desnecessidade de realização de licitação para as atividades-fim das empresas estatais que se dedicam à exploração de atividade econômica.

Tal decisão foi exaustivamente discutida pela doutrina e jurisprudência. Marçal Justen Filho, comentando acerca do tema, demonstra a seguinte situação: “pode-se imaginar a situação-limite de uma empresa distribuidora de combustíveis caso fosse necessário licitar a alienação dessa mercadoria: isso corresponderia a impedir sua atuação empresarial no mercado”<sup>90</sup>.

Ou seja, resumindo, o entendimento era de que as atividades realizadas diretamente pelas empresas estatais, que explorem atividade econômica, seriam realizadas sem a exigência de licitação. Eventuais atividades-meio dessas empresas se submeteriam a procedimento próprio (no caso, o procedimento da lei 13.303/16).

Essa solução, de não existir licitação quando tratar-se de atividade fim, foi abarcada pela lei 13.303/16, no art. 28, §3º.

Vale ressaltar que a abrangência da inaplicabilidade de licitação ocorre com qualquer estatal que atua no ramo de mercado. Nesse sentido são os ensinamentos de Cesar A. Guimarães Pereira:

“Essa foi a solução adotada pela Lei 13.303/2016, cuja abrangência alcança as empresas estatais que explorem ‘atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos’ (art. 1º da Lei 13.303/2016). O art. 28, §3º, I, do referido diploma prevê a inaplicabilidade de licitação no caso de ‘comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pela empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 299-300.

<sup>89</sup> TCU, Acórdão nº 121/1998 (AC-0121-35/98-P, Processo nº 010.1241995-0), Plenário, rel. Iram Saraiva. J. 26.08.1998.

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**op. cit., p. 47-48.

especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais'. Isso se refere às atividades de qualquer das entidades submetidas à Lei 13.303/2016, independentemente da natureza de tais atividades".<sup>91</sup>

### 3.5.4.2 Casos de Inaplicabilidade de Licitação

A lei 13.303/16 enumera as hipóteses de inaplicabilidade de licitação no art. 28, §3º, transcrito abaixo:

Art. 28 – *omissis*

§ 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.

E, no art. 28, §4º do mesmo artigo, enumera as hipóteses de negócio, esmiuçando o inciso II do art. 28, §3º.

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

É possível observar que a licitação poderá não ocorrer, por inaplicabilidade, nos casos em que o contrato for relacionado de maneira específica com o objeto social (art. 28, §3º, I). Tal previsão tem como escopo evitar o formalismo excessivo, causando problemas no mercado competitivo para a estatal.

Comentando a respeito, Marçal Justen Filho:

“ A licitação será inaplicável porque o objeto social se constitui em atividade econômica, que se desenvolve no mercado. Em princípio, essa atividade será exercida sob regime de competição. A realização de procedimento licitatório formal seria incompatível com a exploração econômica eficiente e poderia inviabilizar a existência ou comprometer a eficiência da empresa estatal.”<sup>92</sup>

Por outro lado, também é inaplicável o procedimento licitatório nos casos em que exista a seleção de parceiros em relações de cooperação, devendo ser justificada a inviabilidade do procedimento competitivo (art. 28, §3º, II, lei 13.303/16). O termo “parceria”, de acordo com Marçal Justen Filho, deverá ser interpretada “de forma ampla, uma vez que abarca as soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária”<sup>93</sup>. Devendo, então, tal entendimento ser interpretado sistematicamente com a previsão do §4º do mesmo artigo.

### 3.3 – Procedimento licitatório da Lei 13.303/16

<sup>91</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 337.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 301.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 303.

A lei 13.303/16 efetivou o comando constitucional previsto no art. 173, §1º, da Constituição Federal, o qual disciplinava que a lei irá disciplinar o estatuto jurídico das empresas estatais, inclusive no tocante a “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Pois bem, nesse tópico iremos procurar dispor acerca do procedimento específico instituído na lei de responsabilidade das estatais.

### **3.5.5 Previsão Legal e Fases da Licitação**

O capítulo I, do título II, seção VI, da Lei de Responsabilidade das Estatais disciplina acerca do procedimento licitatório adotado para as empresas públicas e sociedades de economia mista abrangidas pela lei.

O procedimento é composto por dez fases, previstas expressamente no art. 51 da lei 13.303/16, que compreendem: I – preparação; II- divulgação; III – apresentação de lances ou propostas; IV – julgamento; V – verificação da efetividade de lances ou propostas; VI – negociação; VII – habilitação; VIII – interposição de recursos; IX – adjudicação do objeto; X – homologação do resultado ou revogação do procedimento.

O que se mostra interessante na presente lei é a possibilidade de complementação do procedimento licitatório, por meio de regulamento interno, a ser expedido pela respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista. Vale ressaltar que a expedição do regulamento interno não poderá contrariar os dispositivos expressos da lei, apenas delimitando-os.

Além disso, a lei não estabelece diversas modalidades licitatórias (como faz a lei 8.666/93), mas um procedimento único, como falado acima, com a finalidade de simplificar e dar celeridade ao procedimento licitatório.

Ou seja, é possível cada entidade adequar as medidas procedimentais como bem lhe aprouverem, respeitando os princípios do procedimento licitatório, a razoabilidade e a proporcionalidade.

A previsão de regulamento interno é prevista no art. 40, da Lei 13.303/16<sup>94</sup>.

É de se perceber, também, que a lei 13.330/16 adotou como procedimento ordinário a inversão de fases, colocando primeiramente o julgamento de propostas e lances e,

---

<sup>94</sup> Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei(...).

posteriormente, a habilitação. Tal opção segue os parâmetros de rito definidos no Regime Diferenciado de Contratações (RDC – Lei 12.462/11) e Pregão (Lei 10.520/02). Contudo, a própria lei permite que, excepcionalmente, seja realizada a inversão de fases, em que a habilitação será realizada antes da apresentação de lances ou propostas e do julgamento, implicando consequências na licitação.

### **3.5.6 Fase interna e divulgação do procedimento licitatório**

Essas fases, assim como a maioria das outras, não possui uma regulamentação minuciosa dada pela lei, ficando a cargo do regulamento específico de cada estatal tratar a respeito.

Porém, assim como nas licitações tradicionais, na fase interna<sup>95</sup> deverão ser observados diversos parâmetros, tais como a necessidade de contratação, existência de pressupostos jurídicos, os parâmetros de julgamento etc. Essa fase interna é muito importante pois, conforme Ricardo de Paula Feijó, “o sucesso do procedimento licitatório e, conseqüentemente, da contratação, depende dela”<sup>96</sup>.

Tratando da fase de divulgação, esta ocorrerá de forma ampla, com a finalidade de alcançar o maior número possível de pessoas, definindo prazos razoáveis para elaboração das propostas ou apresentação de documentos (no caso de inversão de fases).

### **3.5.7 Apresentação de lances ou propostas**

Conforme Ricardo de Paula Feijó, “a apresentação de lances e propostas pelos licitantes dependerá do modo de disputa adotado pela empresa estatal”<sup>97</sup>. A doutrina costuma informar que a lei 13.330/16 praticamente transcreveu os dispositivos previstos na lei de RDC.

Além disso, os modos de disputa não são equivalentes às modalidades de licitação previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos.

A própria lei define de maneira objetiva os modos de disputa:

---

<sup>95</sup> Os procedimentos a serem adotados na fase interna da licitação foram esmiuçados por Marçal JUSTEN FILHO (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**op. cit., p. 720).

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**op. cit., p.445.

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**op. cit., p. 445.

Art. 52. Poderão ser adotados os modos de disputa **aberto** ou **fechado**, ou, quando o **objeto da licitação puder ser parcelado**, a **combinação de ambos**, observado o disposto no inciso III do art. 32 desta Lei.

§ 1º No **modo de disputa aberto**, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado.

§ 2º No **modo de disputa fechado**, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas. (grifos dos autores)

É importante salientar que consequência da objetividade apresentada pela lei é a necessidade de edição de regulamentos internos a serem editados pelas empresas estatais.

Ainda sobre os modos de disputa, esses são instrumentos que têm por objetivo aumentar a celeridade dos procedimentos licitatórios, bem como aumentar a eficiência das contratações.<sup>98</sup>

Necessária se faz uma breve explanação acerca dos modos de disputa, com a finalidade de situar o leitor no procedimento licitatório.

No modo de disputa aberto, os lances são de conhecimento público. Após a definição do melhor lance, reinicia-se a disputa entre os demais licitantes que tenham uma diferença de pelos menos 10% em relação à proposta vencedora. Preserva-se, ainda, a posição do licitante para o caso do vencedor ser habilitado ou inabilitado.

A maior vantagem do modelo aberto é a dinâmica competitiva entre os licitantes, com a finalidade de que otimizem as suas propostas.<sup>99</sup>

Por outro lado, no modo de disputa fechado, as propostas são sigilosas. A desvantagem desse modo de disputa é a ausência de dinâmica competitiva, podendo aumentar os gastos da empresa estatal. Esse modo de disputa é adequado para contratos com objetos mais complexos que demandam maior segurança do contratante quanto à qualidade do objeto licitado.<sup>100</sup>

A lei 13.303/16 informa que a combinação dos modos de disputa ocorrerá quando houver o parcelamento do objeto, conforme art. 52, da lei 13.303/16. Ao contrário do RDC, que diz ser possível a combinação dos modos de disputa de acordo com a discricionariedade da administração, a lei das estatais informa que esse instrumento apenas poderá ser usado quando houver parcelamento do objeto.

Comentando sobre o tema, Ricardo de Paula Feijó ensina:

<sup>98</sup> BICALHO, Alécia Paoulucchi Nogueira; (*in memoriam*) MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações**: Lei nº 12.462/2011: Decreto nº 7.581/2011. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 305.

<sup>99</sup> BICALHO, Alécia Paoulucchi Nogueira; (*in memoriam*) MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários...**op. cit., p.317.

<sup>100</sup> BICALHO, Alécia Paoulucchi Nogueira; (*in memoriam*) MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários...**op. cit., p.317.

“A lei 13.303/16 não prevê como os modos podem ser combinados, nem como será o procedimento deles. Logo, há maior discricionariedade das empresas estatais, que poderão combinar os modos de disputa da maneira mais adequada ao objeto licitado. Contudo, essa escolha deve considerar as circunstâncias fáticas e ser motivada quando realizada no instrumento convocatório, devendo sempre ser direcionada ao aumento da competitividade, para obter uma contratação mais eficiente”.<sup>101</sup>

### 3.5.8 Critério de Julgamento

Os critérios apresentados pela lei 13.303/16 são: I – menor preço; II – maior desconto; III – melhor combinação de técnica e preço; IV – melhor técnica; V – melhor conteúdo artístico; VI – maior oferta de preço; VII – maior retorno econômico; e VIII – melhor destinação de bens alienados.<sup>102</sup>

Os critérios deverão ser escolhidos na fase preparatória, constando expressamente no instrumento convocatório. A combinação desses critérios poderá ocorrer apenas nos casos de parcelamento do objeto, conforme art. 54, §1º, da lei 13.303/16.

A grande inovação da Lei das Estatais foi a criação do critério de julgamento de melhor destinação dos bens alienados, que deverá ser regulamentado pelo instrumento convocatório. A competência para definir qual será a melhor destinação do bem é discricionária, ocorrendo de acordo com o caso concreto.

Conforme Ricardo de Paula Feijó:

“O critério da melhor destinação dos bens alienados deverá ser construído pela empresa estatal considerando os princípios que regem a Administração Pública, especialmente os princípios da impessoalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade. Deverão ser fixadas regras objetivas, precisas e claras que permitam uma competição justa entre os potenciais adquirentes”.<sup>103</sup>

Eventual empate deverá ser resolvido de acordo com as disposições do art. 55, da lei 13.303/16, quais sejam: i) disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento; ii) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído; iii) III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ( essa lei trata dos bens e serviços de informática e automação – é utilizado apenas no caso específico de licitação que trate desse objeto); iv) sorteio.

É importante salientar que os critérios são sucessivos e deverão ser utilizados de acordo com o procedimento licitatório.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 448.

<sup>102</sup> O RDC somente não dispõe acerca do critério de “melhor destinação de bens alienados”, para o qual se fará o direcionamento do estudo.

<sup>103</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 450.

### 3.5.9 Verificação da efetividade das propostas

Verifica-se, nessa fase, a se os licitantes possuem condições fáticas e técnicas para o cumprimento da proposta oferecida.

Vários dispositivos do RDC são repetidos quanto a essa fase do procedimento licitatório, portanto não merecem tantos comentários.

O art. 56 da lei 13.303/16<sup>104</sup> informa que as propostas poderão ser desclassificadas por vícios de desconformidade e por vícios de preços. Tratando a respeito da desconformidade da proposta, Ricardo de Paula Feijó diz:

“Em relação à desconformidade da proposta com o instrumento convocatório, prevê um regime parecido com o RDC que possibilita a correção de vícios sanáveis e prestigia o conteúdo efetivo da proposta. A diretriz a ser adotada, então, é a mesma do RDC: aproveitamento de atos viciados sempre que os defeitos forem sanáveis”.<sup>105</sup>

### 3.5.10 Negociação da proposta mais vantajosa

A hipótese de negociação já era prevista, de maneira facultativa, no regime de RDC e Pregão. Porém, a lei 13.330/16 tornou essa fase do procedimento obrigatória.

Vale ressaltar que, conforme Marçal Justen Filho, há obrigatoriedade de a empresa estatal realizar tentativas de negociação, mas o licitante não possui obrigação de alterar sua proposta se for igual ou inferior ao orçamento estimado.<sup>106</sup>

É interessante o alerta de Marçal Justen Filho informando sobre os riscos produzidos pela negociação. Nos casos em que tiver ocorrido uma disputa intensa e tiver sido oferecido o menor preço possível, a concessão de outra vantagem pelo particular poderá tornar a proposta inexecutável. Ou seja, a empresa estatal poderá pagar menos, mas receberá um bem ou serviço pior.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:

I - contenham **vícios insanáveis**;

II - descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório;

III - apresentem **preços manifestamente inexecutáveis**;

IV - se encontrem **acima do orçamento estimado** para a contratação de que trata o § 1º do art. 57, ressalvada a hipótese prevista no caput do art. 34 desta Lei;

V - **não** tenham sua **executabilidade demonstrada**, quando exigido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista;

VI - 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. (grifos dos autores)

<sup>105</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 452.

<sup>106</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 479.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. op. cit., p. 480.

Além disso, a possibilidade de negociação também tem como efeito negativo a neutralização do incentivo à apresentação da proposta com o menor valor possível desde o início.<sup>108</sup>

### 3.5.11 Habilitação

Tal como as demais fases do procedimento licitatório, a lei 13.303/16 deixou possibilidade de cada estatal regulamentar os requisitos de habilitação, conferindo, assim, maior independência às estatais.

Conforme Marçal Justen Filho, os requisitos de habilitação, por limitarem o direito de licitar, devem estar previstos na lei ou no instrumento convocatório, isto é, não podem ser exigidos discricionária e arbitrariamente pela empresa estatal.<sup>109</sup>

A lei 13.303/16, em seu art. 58, estabelece que os critérios de habilitação sejam exclusivamente:

- I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;
- II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;
- III - capacidade econômica e financeira;
- IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Pelo inciso IV do art. 58 é possível entender que, quando as licitações tenham como critério de julgamento o maior preço, é possível a estatal requerer ao licitante uma determinada quantia, a título de adiantamento. Pode, ainda nesse critério de julgamento, haver a dispensa dos requisitos de qualificação técnica e capacidade econômica financeira por parte do licitante.

Vale ressaltar que, ao prever esses critérios de habilitação, a lei define o máximo que poderá ser cobrado dos licitantes. Não é possível, então, inovar a acerca de critérios arbitrários e desprovidos de fundamentação legal.

### 3.5.12 Interposição de Recursos

<sup>108</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ado RDC**. op. cit., p. 480.

<sup>109</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**op. cit., p. 535.

A lei 13.303/16 prevê uma fase recursal única, em que é possível a interposição de recursos a respeito de julgamento, efetividade da proposta e habilitação. Há ressalva nos casos em que ocorrer a inversão das fases da licitação.

Como dito alhures, a lei repete vários procedimentos do RDC. Os prazos recursais correm uma única vez e somente será objeto a habilitação do licitante vencedor.<sup>110</sup>

A diferença em relação ao RDC é que na lei das estatais não há necessidade de manifestação imediata da finalidade de recorrer. Ou seja, os licitantes não precisam apresentar nenhuma manifestação com intenção recursal no curso da licitação, podendo apenas apresentar o recurso no prazo de cinco dias úteis.<sup>111</sup>

Algo se discute acerca da ausência de previsão legal para prazo de apresentação das contrarrazões pelos licitantes. O legislador deixou a cargo de a respectiva empresa estatal editar em seu regulamento interno o prazo para apresentação das razões do recurso. Tal prazo é discricionário (e não arbitrário), devendo ser pautado na observância dos princípios da ampla defesa e contraditório.

A doutrina informa que, em atenção ao princípio da isonomia, o prazo para contrarrazões deverá ser igual ao prazo para recurso.<sup>112</sup>

Em relação aos efeitos suspensivos do recurso, este poderá ser concedido pela autoridade, em caso de haver risco de prejuízo irreparável, utilizando-se das disposições do art. 61, parágrafo único, da lei 9.784/99.

### **3.5.13 Adjudicação do objeto, homologação do resultado, revogação ou anulação do procedimento licitatório**

A adjudicação consiste em atribuir ao vencedor do certame o objeto da licitação,<sup>113</sup> reconhecendo a possibilidade de execução da proposta, dando ao licitante o direito de não ser preterido.

A homologação, por outro lado, consiste em procedimento em que a autoridade declara como válido o procedimento licitatório e o atingimento do interesse público.

Comentando a respeito, Fernanda Marinela:

“Nessa oportunidade, a Administração deve realizar duas verificações: primeiro, quanto à regularidade do procedimento elaborado, observando se ele preencheu todos os requisitos exigidos pela lei e pelo edital; segundo, quanto à conveniência da licitação, constituindo uma ratificação dos atos anteriores. Por tratar-se de um

<sup>110</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ado RDC**. op. cit., p. 397.

<sup>111</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 458.

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 459.

<sup>113</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...**op. cit., p. 413.

instrumentos de conferência dos trabalhos realizados pela comissão, a competência para homologar desloca-se para a autoridade superior”.<sup>114</sup>

Porém, há casos em que a licitação não é homologada, seja por motivo de ilegalidade, existindo atos nulos, com a consequente anulação, ou no caso de revogação, nos casos de interesse público superveniente.

A lei 13.303/16 informa que depois de iniciada a fase de apresentação de lances ou propostas, a revogação ou anulação da licitação somente será efetivada depois de se conceder aos licitantes que manifestem interesse em contestar o respectivo ato, dando-lhes as garantias de contraditório e ampla defesa.

Tratando sobre revogação, Ricardo de Paula Feijó informa:

“A revogação da licitação ocorrerá em três hipóteses. A primeira hipótese ocorre quando, mesmo depois de realizada negociação após a fase de julgamento, a proposta ou lance ofertado permanece acima do valor estimado no orçamento. A segunda hipótese é o não comparecimento do licitante vencedor para assinar o contrato. Em terceiro lugar, a licitação poderá ser revogada por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável.

Para ser válida a revogação por razões de interesse público, deverá ser demonstrada a superveniência o fato que justificada a revogação, bem como que este fato efetivamente constitui um óbice manifesto e incontornável.”<sup>115</sup>

Não ocorrendo revogação ou anulação, a consequência é homologação. A lei dispõe que a empresa estatal não poderá celebrar contrato preterindo a ordem de classificação das propostas ou com terceiros alheios à licitação, sendo obrigada a contratar (caso necessário) com o licitante vencedor.

---

<sup>114</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op. cit., p. 412.

<sup>115</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. op. cit., p. 461.

## CAPÍTULO 04: CONTRATOS

Após os argumentos expostos no capítulo anterior a respeito das principais alterações trazidas pela lei 13.303/2016 referente às licitações, pretende-se neste capítulo tecer alguns comentários relevantes em relação ao novo regime de contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista, estabelecendo assim, uma análise comparativa em relação à lei 8.666/1993.

Para melhor compreender o presente capítulo, é necessário esclarecer que para parte da doutrina os contratos administrativos, em sentido amplo, são considerados os ajustes celebrados entre a Administração Pública e um terceiro, regidos por normas de direito público para a obtenção de um interesse coletivo.

Contudo, não é todo acordo celebrado com o poder público que pode ser denominado de contrato administrativo, haja vista a possibilidade de celebrar um contrato com a Administração regido por normas de direito privado. Outrossim, aduz Fernanda Marinela:

“Para a maioria dos doutrinadores, nem todo contrato celebrado pelo Poder Público tem natureza de contrato administrativo, preferindo-se como terminologia geral “contratos da administração”. Essa expressão, em sentido amplo, visa alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração, correspondendo a um gênero. **Entretanto, quando esses contratos são regidos pelo direito privado, denominam-se “contratos privados da Administração”; quando regidos pelo direito público, recebem o nome de “contratos administrativos”.**<sup>116</sup> (grifo dos autores)

117

Pois bem, antes de abordar as principais alterações trazidas no regime de contratações das Estatais, vale ressaltar que a Lei 13.303/2016 acabou por reproduzir várias normas já previstas na Lei 8.666/1993, porém, passou a prever novas e relevantes regras que disciplinam outros padrões a serem seguidos nos procedimentos contratuais, a seguir, algumas das principais inovações.

### 4.1 Regime jurídico aplicável aos contratos regidos pela lei 13.303/2016

Inicialmente vale destacar que em relação aos procedimentos contratuais a Lei 8.666/1993 aplicava às empresas estatais regras do direito público, tendo em vista que seu artigo 54 disciplina que os contratos administrativos serão regidos pelas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando apenas supletivamente, as disposições de direito privado.

<sup>116</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op.cit., p. 449.

<sup>117</sup> JUSTEM FILHO, Marçal - organizador. **Estatuto...** op. cit., p. 479.

Entretanto, com a criação da Lei 13.303/2016 passou a ser aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista o regime jurídico de direito privado, tendo o artigo 68 desta lei disciplinado o seguinte:

“Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.”

Dessa maneira, tendo em vista que a presente lei estabelece um regime jurídico próprio para regulamentar os contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista, e em razão da natureza jurídica de direito privado destas empresas, os seus contratos não podem ser considerados contratos administrativos, razão pela qual a Lei das Estatais deixou de prever a possibilidade de alteração unilateral dos contratos como será abordado mais a frente.

Impende destacar, que mesmo antes da edição da Lei das Estatais, a própria Constituição Federal em seu artigo 173, § 1º, II, já fazia menção sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitarem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Marçal Justen Filho explica a razão de ser da previsão constitucional acima mencionada com o seguinte posicionamento:

“A justificativa para tanto está relacionada com o fato de que tais atores se inserem no mercado concorrendo com outras empresas do mundo privado. Por conta disso, necessitam de regras mais flexíveis para realizar suas contratações, de modo a evitar que a burocracia e as rígidas regras do regime geral de contratação administrativa (Lei 8.666/1993) inviabilizem sua existência e funcionamento. Contudo, sem olvidar da necessidade de se respeitar os princípios de Direito Administrativo, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição.”<sup>118</sup>

Como esclarecido anteriormente, a lei 13.303/2016 abrange as empresas estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas estatais que prestam serviços públicos em caráter competitivo.

Portanto, entende-se que as estatais prestadoras de serviço público em caráter não competitivo não são abrangidas pela lei 13.303/2016, continuando assim tais empresas subordinadas aos ditames da lei 8.666/92.

## 4.2 Garantias

Seguindo as disposições da Lei 8.666/1993, a Lei das Estatais dispõe que poderá ser exigida prestação de garantias nas contratações de obras, serviços e compras.

---

<sup>118</sup> JUSTEM FILHO, Marçal - organizador. **Estatuto...** op. cit., p. 479.

Dessa maneira, o artigo 70, §1º, incisos I, II e III da Lei 13.303/2016 dispõe que o contratado poderá escolher uma das três garantias previstas no Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, quais sejam: caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária.

Ainda, no artigo 70, em seu §2º, a Lei das Estatais trata sobre os limites de valores da garantia, aduzindo que esta não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas.

Há, porém, no parágrafo seguinte do artigo acima mencionado, uma exceção que estabelece que para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite da garantia poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

Ademais, quanto à possibilidade de aumentar o limite da garantia até dez por cento do valor contratado, a Lei 8.666/1993 em seu artigo 56, § 3º, faz a exigência de um parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente para as contratações de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis. No entanto, a Lei 13.303/2016 não prevê expressamente tal exigência.

Apesar de não explícita tal obrigação no texto da lei, Marçal aduz que as empresas estatais devem se espelhar nos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, mais precisamente em relação a motivação de seus atos. Desta forma, percebe-se que o referido parecer é decisivo no combate a possíveis irregularidades. Observe-se:

“Trata-se de mecanismo essencial, inclusive para que se possa controlar e evitar eventuais desvios éticos relacionados com o direcionamento de contratos, por meio da realização de exigências desnecessárias, tais como o aumento do valor da garantia ou de sua própria exigência (que podem acabar reduzindo o universo de interessados, caso tais mecanismos sejam utilizados de forma desvinculada de razões técnicas consistentes.”<sup>119</sup>

Em sua obra, o mencionado autor, expõe que a obrigação de garantia causa divergência no âmbito das contratações, pois há quem considere que tal exigência acaba por incumbir maiores gastos para àquele a quem o contrato se destina. Por outro lado, prega-se que a presente garantia é um modo de se resguardar de danos que possam advir, por exemplo, de uma inobservância de cláusulas.

Nesse sentido, seguindo o posicionamento do festejado doutrinador, acredita-se que a prestação de garantia acaba por conceder uma maior segurança jurídica às relações contratuais, haja vista o transtorno que uma eventual inexecução contratual possa causar.

### **4.3 Prazo determinado**

---

<sup>119</sup> JUSTEM FILHO, Marçal - organizador. **Estatuto...** op. cit., p. 489.

Primeiramente, é importante destacar que não são admitidos a existência de contratos por tempo indeterminado.

Desse modo, o regime geral de licitações (Lei 8.666/1993) em seu artigo 57 condiciona a duração dos contratos ao prazo de vigência dos respectivos créditos orçamentários.

Em contrapartida, a Lei 13.303/2016, inovou ao disciplinar que o prazo de vigência do contrato não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração. Porém, a duração dos contratos poderá ser excepcionada em dois casos, conforme artigo 71, incisos I e II, a saber:

- 1) para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e
- 2) os casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

A mudança em relação ao aumento dos prazos contratuais está ligada ao fato de que as empresas públicas e sociedades de economia mista ao firmarem contratos, dificilmente conseguem cumprir seus projetos no tempo de vigência do orçamento anual, razão pela qual a lei procurou adequar tal previsão às práticas habituais destas empresas.

#### **4.4 Alteração bilateral**

Como exposto anteriormente, os contratos celebrados com base na Lei 13.303/2016 passaram a ser regidos por normas de direito privado, razão pela qual se torna impossível a alteração unilateral do contrato pelas empresas estatais, tendo em vista a concorrência desleal que tal prerrogativa poderia causar, já que estas estatais atuam no mercado em oposição a outras empresas do setor privado.

De outro modo, a lei 8.666/1993 - que até a edição da Lei das Estatais vinha sendo aplicada às empresas públicas e sociedades de economia mista – prevê em seu artigo 65, inciso I, que os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados unilateralmente pela Administração com as devidas justificativas.

Assim, percebe-se que a atribuição às empresas estatais de um regime jurídico de direito privado, alterou profundamente a sua dinâmica no âmbito dos contratos. Nesse sentido, dispõe Marçal:

“Trata-se de inovação de extrema relevância, especialmente considerando as chamadas prerrogativas unilaterais que são atribuídas à Administração nas avenças celebradas com base no regime geral de contratação, em decorrência do regime jurídico de direito público. Agora, com a Lei 13.303/2016, e a aplicação do regime jurídico de direito privado, não há mais espaço para o exercício de tais poderes unilaterais.”<sup>120</sup>

Conforme determina o artigo 72 da Lei 13.303/2016, os contratos regidos por esta lei só poderão ser alterados por acordo entre as partes. Dessa maneira, sem a concordância de ambos os lados, não será permitida a alteração do contrato, nem mesmo sob alegação de fundado interesse público.

Esta inovação apresentada no Estatuto Jurídico das Estatais traz ainda como consequência positiva, o combate às cláusulas exorbitantes, tendo em vista a incompatibilidade da existência de tais cláusulas em um contrato regido pelo direito privado, apesar das mesmas já terem sido muito utilizadas nas contratações regidas no âmbito do regime geral de contratações administrativas (Lei 8.666/1993). Veja o que explica Fernanda Marinela:

“As cláusulas exorbitantes são aquelas que extrapolam, excedem e ultrapassam o padrão comum dos contratos em geral, a fim de consignar uma vantagem para a Administração Pública. Referem-se a certas prerrogativas da Administração que a colocam em situação de superioridade em relação ao particular contratado. Se essas cláusulas estivessem previstas em um contrato regido pelo direito privado, seriam cláusulas abusivas, ilícitas e, portanto, não lidas.”<sup>121</sup> (pág 616)

Desta forma, nos contratos celebrados com base na Lei das Estatais deverá conter as cláusulas que estabeleçam a possibilidade de alteração contratual por acordo entre as partes. O artigo 81 da referida lei, em seus seis incisos, estabelece as hipóteses de alteração do contrato. Observe-se:

**Art. 81.** Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

**I** - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

**II** - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

**III** - quando conveniente a substituição da garantia de execução;

**IV** - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

**V** - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

**VI** - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-

<sup>120</sup> JUSTEM FILHO, Marçal - organizador. **Estatuto...** op. cit., p. 481.

<sup>121</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op.cit., p. 462.

financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

O Estatuto Jurídico das Estatais não elenca de maneira exaustiva as hipóteses de alteração dos contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista as incontáveis situações que podem ocorrer no curso do procedimento contratual.

Além do que, impede destacar que o referido estatuto, em relação às hipóteses de alteração por acordo entre as partes, disciplina os mesmos casos previstos no regime geral de contratações – Lei 8.666/1993, com apenas algumas mudanças.

#### **4.4.1 Limites para as alterações contratuais**

Em relação aos limites para se proceder às alterações contratuais, a Lei 13.303/2016, em seu artigo 81, §1º, trouxe somente uma diferença se comparada ao regime geral dos contratos, pois dispõe que para se proceder à alteração de um contrato as empresas estatais dependem do consentimento do particular. Por outro lado a Lei 8.666/1993 disciplina que o contratado fica obrigado a aceitar tais alterações. Note a diferença:

**Art. 81. (...)**

§ 1º O contratado **poderá** aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

**Art. 65. (...)**

§ 1º O contratado fica **obrigado** a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

A respeito da fixação dos limites para alterações contratuais acima citados, Marcelo Maçal explica a exigência de tais limites sob dois argumentos, o primeiro em razão da aplicação de princípios e valores contrapostos que se baseiam no princípio da proporcionalidade. O segundo argumento, pelo fato de que simplesmente a proibição de realizar qualquer alteração causaria um descompasso entre as necessidades do contratante e o conteúdo ajustado.

#### **4.5 Subcontratação**

A subcontratação é um assunto de forte divergência na doutrina, pois prega-se que tal instituto acaba por ferir o princípio da isonomia, haja vista que o contratado pode subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento para aquele que não participou do processo de licitação, conforme explica Fernanda Marinela:

“A doutrina critica bastante a possibilidade de subcontratação, porque permite que uma empresa, que não participou do procedimento licitatório, possa contratar com o Poder Público, ofendendo, assim, ao princípio da licitação, previsto no art. 37, XXI, da CF, bem como ao princípio da isonomia, já que, para uns, há competitividade do certame e para outros, há contratação direta.”<sup>122</sup>

A respeito da possibilidade da citada subcontratação, a Lei das Estatais disciplinou tal instituto nos mesmos moldes do regime geral dos contratos, porém, inovou ao enumerar algumas exigências de qualificação técnica antes não previstas na Lei 8.666/1993.

O artigo 78 da Lei 13.303/2016 dispõe que: “o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame.”

As novidades em relação à subcontratação - exigências de qualificação técnicas - vieram previstas nos parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo acima mencionado, e prescrevem o seguinte:

Art. 78. (...)

§ 1º A empresa subcontratada deverá atender, em relação ao objeto da subcontratação, as exigências de qualificação técnica impostas ao licitante vencedor.

§ 2º É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

I - do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

II - direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.

§ 3º As empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta.

Destarte, observa-se que, tendo em vista as constantes discussões doutrinárias a respeito da subcontratação, a inclusão das referidas exigências de qualificação técnica representam um meio de regularizar e conceder uma maior segurança jurídica aos procedimentos contratuais realizados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

## **4.6 Contratação integrada e semi-integrada**

### **4.6.1 Contratação integrada**

---

<sup>122</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito...** op.cit., p. 451.

Como abordado na introdução do presente trabalho, as regras atinentes aos procedimentos licitatórios e contratuais reúnem uma série de hipóteses já previstas na Lei 8.666/1993 (licitações em geral), na Lei 10.520/2001 (lei do pregão) e na Lei 12.462/2011 (lei do RDC).

A contratação integrada, como prova do acima exposto, foi introduzida no ordenamento jurídico pelo Regime Diferenciado de Contratações (RDC) – Lei 12.462/2011, tendo também a Lei 13.303/2016 regulamentado o presente regime.

O mencionado instituto está previsto no artigo 43, VI, da Lei das Estatais e dispõe que os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão o regime de contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

No regime de contratação integrada da Lei 13.303/2016, o particular contratado deverá elaborar um projeto básico e um projeto executivo para a execução de obras e serviços de engenharia, e não a Administração Pública.

Em relação à particularidade acima apontada, prega-se que caso ocorram erros no curso da fase de execução do contrato, o particular contratado terá que arcar com os riscos, haja vista o projeto ter sido elaborado pelo mesmo, não podendo, pois, eventuais erros ensejar alterações no contrato.

Tal entendimento advém da interpretação a que se emprega ao artigo 81 da Lei 13.303/2016, pois este aduz que os contratos celebrados contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração contratual por acordo entre as partes, porém, exclui dessa previsão a contratação integrada.

Em discordância com a impossibilidade de modificação do contrato na contratação integrada, Marçal preleciona o seguinte: “Como já se indicou, a possibilidade de alteração contratual relaciona-se diretamente com a manutenção da eficácia da contratação e com o próprio atendimento da função social do contrato. Ainda que o regime da contratação integrada atribua uma responsabilidade maior ao particular contratado, restringindo as hipóteses de modificações contratuais supervenientes, não seria razoável concluir que estariam vedadas as alterações tidas como necessárias, pelas partes, em face das circunstâncias e dos interesses envolvidos.”

#### **4.6.2 Contratação semi-integrada**

Já no tocante a contratação semi-integrada, a Lei das Estatais, disciplina em seu artigo 43, inciso V, que este instituto deve ser utilizado quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias.

Interessante ressaltar que apesar da Lei 13.303/2016 ter criado a terminologia “contratação semi-integrada”, tal instituto já era previsto no artigo 7º, §1º, da Lei 8.666/2016 regulando a possibilidade de elaboração do projeto básico por um contratado, e deixando o projeto executivo sob a responsabilidade do escolhido para a execução das obras e serviços.

O artigo 42, §1º, inciso IV, da Lei 13.303/2016, permite ainda que o projeto básico, no regime da contratação semi-integrada, seja alterado, desde que, demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação. Dessa maneira o escolhido para a execução do serviço poderá sugerir modificações no projeto básico.

A contratação semi-integrada ganhou bastante destaque na Lei das Estatais, tendo em vista que as empresas públicas e sociedades de economia mista deverão empregar esta contratação como regra nas licitações de obras e serviços de engenharia, cabendo a elas a elaboração ou contratação do projeto básico antes da licitação, conforme trata o artigo 42, § 4ª da lei.<sup>123</sup>

Vale destacar que a lei 13.303/2016 foi omissa em várias passagens relativas às relações contratuais, deixando uma margem para incertezas quanto à aplicação de seus dispositivos.

Além do que, diante dos tópicos acima abordados, pode-se concluir que em relação aos contratos, a Lei das Estatais reproduziu, apenas com poucas mudanças, as regras da Lei 8.666/1993 e do RDC, o que acabou gerando certa insegurança jurídica, haja em vista que a lei não disciplinou de forma mais profunda a aplicação de tais dispositivos às empresas públicas e sociedades de economia mista, deixando o contratado em várias situações à mercê da Administração Pública.

---

<sup>123</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das Estatais.** Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>> . Acesso em 10/01/2017

## CONCLUSÃO

Em face do que foi desenvolvido no presente trabalho de conclusão de curso, é possível perceber que as discussões acerca da Lei de Responsabilidade das Estatais não estarão apenas no âmbito teórico dos pensadores do direito, tendo relevância prática explícita, uma vez que a adoção, ou não, de determinados entendimentos poderá ensejar consequências inestimáveis para a conjuntura jurídica das estatais.

As empresas estatais eram regidas, em um passado não muito distante, por diversas disposições jurisprudenciais, doutrinárias e aplicação de institutos legislativos anacrônicos (tais como o decreto-lei 200/67), ocasionando dificuldade inestimável ao operador do direito, com manifesta insegurança jurídica. Houve então, no dia 30 de junho de 2016, a publicação do festejado Estatuto Jurídico das Empresas Estatais.

A referida lei foi editada com o escopo de conferir maior estabilidade às relações travadas entre as diversas Empresas Estatais que compõem o cenário da Administração Pública Nacional, dando base legal e legitimidade para as diversas atuações dessas pessoas jurídicas, tendo como fundamento, inclusive, dispositivos constitucionais que há tempos careciam de regulamentação.

Porém, como foram exploradas na parte material deste trabalho, algumas interpretações acerca da abrangência da lei 13.303/16, a submissão aos ditames da Lei Complementar 123/06, as diversas possibilidades de contratação direta, com a criação, inclusive, de nova possibilidade de contratação sem licitação, o grande impasse acerca dos valores a serem contratados, o procedimento licitatório a ser definido por ato regulatório da própria estatal e a natureza jurídicas dos contratos celebrados pela estatal geram interpretações diversas, cabendo ao estudioso se ater àquelas mais sóbrias e que, possivelmente, demonstrarão o viés dos tribunais superiores.

Como visto, em relação às divergências expostas, foram elucidados alguns entendimentos e demonstrada uma possível solução gentil acerca do tema, refletindo a opinião dos escritores, baseados em estudos teóricos acerca do tema.

É imperioso informar que, por inexistirem, ainda, obras que tratem de maneira mais aprofundada acerca do tema, os escreventes deste texto aguardam a consolidação e o amadurecimento da matéria que, certamente, será amplamente discutida pelos tribunais superiores, construindo, assim, uma interpretação sólida acerca do tema.

## REFERÊNCIAS

ARAS NETO, José. **Direito Administrativo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ATALIBA, Geraldo. SABESP – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade de impostos – Regime de taxas. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Ed. RT. N. 92, out/dez 1989.

BICALHO, Alécia Paoulucci Nogueira; (*in memoriam*) MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações**: Lei nº 12.462/2011: Decreto nº 7.581/2011. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 305.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto-lei 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De10200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm)>. Acesso em 02/02/2017

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em 05/01/ 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> . Acesso em 05/01/2017

BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de Setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm)> . Acesso em 02/02/2017

BRASIL. Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em 05/02/2017

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal – organizador. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo**, 17. Ed., São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais.** Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-de-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevxj>>. Acesso em 01/02/2017

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das Estatais.** Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>> . Acesso em 10/01/2017