DANIEL SIQUEIRA BORDA

O REGIME DE LICITAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS NA LEI 13.303/2016

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – SP

2020

DANIEL SIQUEIRA BORDA

O REGIME DE LICITAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS NA LEI 13.303/2016

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Dr. Vitor Rhein Schirato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catalogação da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito Universidade de São Paulo

Borda, Daniel Siqueira

O regime de licitação das empresas estatais na Lei 13.303/2016 / Daniel Siqueira Borda; orientador Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato– São Paulo, 2020.

279 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

Versão original

1.Empresas estatais 2. Contratos 3. Licitação 4. Regime das estatais 5. Direito Administrativo Empresarial. I. Borda, Daniel Siqueira, orientador Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato. II. O regime de licitação das empresas estatais na Lei 13.303/2016.

Borda, Daniel Siqueira. **O regime de licitação das empresas estatais na Lei 13.303/2016**. 2020. 279 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Tem que lutar
Não se abater
Só se entregar
A quem te merecer
(Almir Guineto)

Calma
Tudo está em calma
Deixe que o beijo dure
Deixe que o tempo cure
Deixe que a alma
Tenha a mesma idade
Que a idade do céu
(Jorge Drexler e Paulinho Moska)

AGRADECIMENTOS

Encerrar o presente texto significa chegar mais próximo de um objetivo para o qual sempre dei muito valor: minha **formação** acadêmica, profissional e pessoal. Esse objetivo passou a fazer mais sentido quando, saindo de Blumenau, cheguei a Curitiba para cursar Direito na PUCPR (em 2007). Aqui, formei minha família (também em 2007) e passei a exercer minha profissão (em 2012).

O contato com meus primeiros mestres, Professores Luiz Edson Fachin, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Emerson Gabardo, Vivian Lima López e Fernando Vernalha, fez com que o sentido de me formar em Direito passasse a tomar outro significado. A capacidade de todos eles em continuar apreendendo e dividindo conhecimentos (por meio do ensino) me mostrou que não bastaria encerrar com êxito a graduação. Era preciso continuar estudando sempre, com a finalidade de prestar um serviço significativo à sociedade. A eles, portanto, devo o agradecimento por dar sentido ao ato de estudar.

Já em 2010, pude ingressar no segundo ambiente que me faria perceber que, para entregar uma ótima advocacia, não bastaria a prática diária da atividade, era preciso estudar muito mais. O ingresso na Justen, Pereira, Oliveira & Talamini foi um choque de realidade para alguém que achava que sabia alguma coisa. No escritório, em que estou há 10 anos, tive contanto, por meio de profissionais extremamente capacitados e exigentes, com a prática sendo aperfeiçoada pela academia. Todos não paravam de estudar, a maioria deles eram professores e uma das suas fontes de sabedoria (senão a principal) era a Universidade. Foi aqui, na "JPOT", que percebi que para me tornar advogado era preciso ir além. Era preciso tentar ingressar nas grandes escolas de Direito do mundo, como a Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Por isso, ao escritório, nas pessoas dos Drs. Marçal Justen Filho, Cesar Pereira, Eduardo Talamini, André Guskow Cardoso e Rafael Wallbach Schwind, agradeço por me incentivar a buscar a (e seguir perquirindo pela) melhor formação profissional e acadêmica. A eles, também agradeço a oportunidade de conviver com colegas brilhantes que colaboraram diretamente com as ideias expostas na presente dissertação.

Nada disso seria possível, sem que minha formação pessoal estivesse completa. Já tinha na minha família (meu pai Carlos, minha mãe Luisa e meu irmão Bruno Borda) um núcleo de conforto, carinho e valores que me fazia querer prosperar,

tornar-me melhor e manter a felicidade que sempre sinto ao lado deles. Porém, era preciso algo a mais – um fator que fizesse desse núcleo uma fonte contínua (já que não moro mais em Blumenau) e completa de amor. Não bastasse Curitiba ser responsável pela minha formação, também foi ela quem me permitiu conhecer minha esposa Danyara Borda. A Dany pegou minha mão e passou a fazer esse caminho junto comigo. Temos os mesmos pensamentos, vivemos um para outro e tudo só faz mais sentido quando estamos juntos. Advogada brilhante e pessoa de uma bondade infinita, fez com que as coisas ficassem mais leves, aconselhando-me e exigindo-me todas as mudanças necessárias para me tornar melhor (inclusive, em relação a vários trechos do texto que seguirá abaixo).Também é mãe do meu filho, Carlos Augusto, a quem devo a tranquilidade de não ser cobrado por resultados (e pelas falhas) e todo o carinho que só um pai pode sentir. A eles, serei eternamente grato pelo apoio necessário para me tornar uma pessoa boa, pelo impulso para superar os dramas e as inseguranças que um projeto desse nos traz, e por ser meu suporte para enfrentar os desafios que o mestrado impõe a quem dele pretende usufruir.

Mestrado que não seria viável se o meu caminho não tivesse me levado ao Professor Vitor Rhein Schirato. Quem gosta de esportes (como eu que sou apaixonado, sobretudo pelo tênis) sabe a importância que um treinador faz nos resultados obtidos. O Professor Vitor, ao me orientar, agiu como se espera de um treinador de alta performance. Foi franco em apontar minhas falhas, buscou me incentivar ao aplaudir meus acertos e, sobretudo, revelou-se extremamente generoso ao dividir comigo seu conhecimento, passando-me lições que me serão eternamente valiosas na continuidade do meu caminho profissional e pessoal. Sua jovialidade aliada à sua genialidade, escancarada em suas teses (especialmente, as que versam sobre empresas públicas e serviços públicos), inspiram-me a me tornar uma pessoa mais eficiente. Ao Professor Vitor, portanto, agradeço pela confiança, pelos ensinamentos e por me permitir frequentar a Universidade de São Paulo.

RESUMO

Borda, Daniel Siqueira. **O regime de licitação das empresas estatais na Lei 13.303/2016**. 2020. 279 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente dissertação tem por objetivo examinar o regime de licitação das empresas estatais na Lei 13.303/2016, compreendendo seus processos de contratação de bens, obras e serviços fornecidos por terceiros. Parte-se da hipótese, testada em quatro capítulos, de que as variações existentes no emprego da técnica empresarial pelo Estado criam um cenário complexo que inviabiliza que se extraia da nova lei um regime geral e rígido de contratação.

Nos primeiros dois capítulos, constatou-se o cenário complexo gerado pela utilização da técnica empresarial do Estado em diversas áreas. As diversas estatais precisam realizar contratações para atendimento de suas necessidades e cumprir as atividades para as quais foram constituídas. Pela Constituição e pela Lei 13.303/2016, tais atividades devem constituir um interesse coletivo a ser cumprido pelo Estado, que deve estar especificado na lei que autoriza a criação da empresa e no objeto social da estatal. Sua função social e seu regime serão definidos por um dever de cumprimento desse objeto, por meio do exercício da atividade empresarial. Isso faz com que não se possa aplicar o mesmo regime da Administração direta às estatais, inclusive para suas contratações. Além disso, constatou-se que o objeto da contratação das estatais é a formação de uma relação obrigacional, que se desenvolve em um ambiente processual e visa a garantir o adimplemento das prestações pactuadas. Tal relação se dá por um regime peculiar, pois moldado por normas aplicadas às empresas privadas, que regulam a atuação empresarial, bem como por princípios da Administração Pública, que zelam pelo patrimônio público.

Com base nisso, os capítulos finais puderam confirmar que a Lei 13.303/2016 criou um sistema de contratação que se afasta do regime geral de contratação pública, embora incorpore a evolução sofrida nos últimos anos, que busca flexibilizar as licitações. Entende-se que a Lei 13.303/2016 possui grande densidade normativa, ao determinar os casos em que o processo licitatório nela prevista deve ser aplicado. Verificou-se que a as contratações realizadas pelas estatais, que tenham relação direta com o objeto social da (i.e., que seja incorporada na atividade principal desenvolvida pela) estatal, não se submetem à regra da licitação – exigindo um processo de contratação criado pela estatal. Por fim, constatou-se que a Lei 13.303/2016 possui aberturas para que as estatais regulamentem suas relações contratuais e customizem seus processos, estruturando sua governança, inclusive para inserir canais de diálogo e negociação com interessados, aperfeiçoando tais procedimentos para atender às finalidades que a fazem existir.

Enfim, concluiu-se que a Lei 13.303/2016 se afasta do regime geral de contratações públicas, admitindo que cada estatal adapte seus processos de contratação para que obtenham como resultado o adimplemento das obrigações de acordo com as técnicas empresárias adotadas nas áreas de sua atuação.

Palavras-chave: empresa estatal, estatuto das estatais, processo de contratação, licitação nas estatais, diálogo negocial.

ABSTRACT

Borda, Daniel Siqueira. **The bidding process of state-owned enterprises under Federal Law 13.303/2016**. 2020. 279 p. Master's degree dissertation. School of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This study aims to examine the bidding process of state-owned enterprises under Federal Law no. 13.303/2016, involving the procedure for contracting of goods, services and works supplied by third-parties. It comes from the premise, tested in four chapters, that the existing variations on applying a business technique by the State create a complex scenery, which does not recommend the existence of a unique, general and rigid contracting procedure.

In the first two chapters, the complex scenery created by the use of the State's business techniques in several areas was verified. All of these enterprises need to contract to meet their needs and do their activities to which they were constituted. Under the Constitution and Federal Law no. 13.303/2016, such activities must constitute a collective interest to be achieved by the State, which must be specified by the law that authorizes the creation of a state-owned enterprise and in its corporate purpose. Its social function and rule will be defined by a duty of fulfillment of this object, through exercising corporate activities. This prevents the application of the same rule to direct Public Administration, including to its contracts. Moreover, it was noted that the object of state-owned enterprises' contracts is the formation of an obligational relation, which develops in a procedural environment and aims to guarantee the compliance of the contracted provisions. This relation occurs through a peculiar rule, once it was created by norms applied to private companies, which regulate the corporate activities, as well as through the principles of Public Administration, which protect the public property.

Considering this, the last chapters could confirm that Federal Law no. 13.303/2016 created a contracting system that departs from the general rule of public contracts, although it incorporates the evolution that this rule suffered throughout the years in order to loosen the state relations. It is understood that Federal Law no. 13.303/2016 has a great normative density, by determining the cases in which the bidding process must be applied. It was verified that the contracts signed by state-owned enterprises, which are directly related to their corporate purpose (i.e., to be incorporated into their main activity) are not submitted to the bidding rules – requiring a contracting process created by the state-owned enterprise. Lastly, it was noted that Federal Law no. 13.303/2016 has gaps for state-owned enterprises to regulate their contractual relations and customize their procedures, structuring their governance, including to insert dialogue and negotiation channels with interested third-parties, modelling these proceedings efficient to meet the finalities that give rise to them.

Finally, it was concluded that Federal Law no. 13.303/2016 departs from the general rule of public contracts, admitting that each state-owned enterprise adapts its contracting processes for them to obtain as a result the compliance of contracted obligations in accordance with the business techniques adopted in their operation areas.

Keywords: state-owned enterprise, state-owned enterprises act, contracting procedure, bids in state-owned enterprises, negotiation dialogue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **21**

1 A EMPRESA ESTATAL CONTRATANTE DE BENS, SERVIÇOS E OBRAS 26

1.1 FUNÇÃO DO MODELO EMPRESARIAL ESTATAL 26

1.1.1 A realidade existente: empresas estatais exercendo atividades tão diversas **27**

1.1.2 A função da empresa estatal considerando o art. 27 da Lei 13.303/016 ..... **31**

1.1.2.1 Os limites impostos pela Constituição Federal 32

1.1.2.2 O papel da lei que autoriza a criação da empresa estatal para preenchimento das regras constitucionais 34

1.1.2.3 A função social da empresa e o dever de alocação eficiente de recursos previstos no art. 27 da Lei 13.303/2016 37

1.1.2.4 Compatibilizando os interesses a serem atingidos pela empresa estatal. 43

1.1.3 Conclusão parcial: a atuação empresarial do Estado e o regime de contratação das empresas estatais **46**

1.2 O OBJETIVO DA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PELA ESTATAL 47

1.2.1 Contratação de bens, serviços e obras essenciais como meio para realização da atividade econômica desenvolvida pela estatal **48**

1.2.2 Possibilidade de atendimento de outras finalidades por meio do processo de contratação? **51**

1.2.3 A impropriedade da diferenciação do objeto contratado de acordo com a sua imprescindibilidade para a atividade-fim da empresa **58**

1.2.4 Conclusão parcial: a finalidade da contratação pela estatal como vetor a determinar a concepção de um regime **60**

1.3 O DESAFIO DA CONCEPÇÃO DE UM REGIME DE CONTRATAÇÃO PARA EMPRESA ESTATAL 61

1.3.1 A ideia de um regime geral *sui generis* das empresas estatais **62**

1.3.2 A ideia de regimes formatados a partir de módulos convencionais diversos **68**

1.3.2.1 A crítica ao modelo contratual de regime geral exorbitante 69

1.3.2.2 A crítica ao regime geral empregado pela Lei 8.666/93 73
1.3.3 A busca por um "regime" como produto da compreensão da função do processo de contratação 80
2 A OBRIGAÇÃO E O PROCESSO NAS ESTATAIS 81
2.1 A IDEIA DE OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO 82
2.1.1 A natureza das prestações contratadas pelas empresas estatais: a obrigação aplicada ao direito administrativo 82
2.1.2 O processo de contratação convergindo para o adimplemento do contrato 85
2.1.3 A importância da conjunção da noção de processo e obrigação na formação e execução do contrato 87
2.2 A FORMAÇÃO E A EXECUÇÃO PROCESSUAL DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PACTUADAS COM AS EMPRESAS ESTATAIS 90
2.2.1 A Lei 13.303/2016 e o "processo" de constituição da obrigação..... 91
2.2.2 A atuação processual imposta pelos Princípios da Administração Pública e pela governança empresarial 94
2.2.2.1 Os princípios gerais da Administração Pública e os valores a serem observados pelo processo de contratação 95
2.2.2.2 As regras de governança empresarial 99
2.2.2.2.1 Dever de transparência 101
2.2.2.2.2 As regras de *compliance* e gestão de risco 102
2.2.3 O realce da tutela da confiança e da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais estabelecidas com as empresas estatais 104
2.2.3.1 Análise de caso concreto sobre a efetividade da tutela da confiança e da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais com as empresas estatais 106
2.2.4 Reflexos da menor incidência de normas de direito público para o processo de contratação 109
2.2.4.1 Ausência de incidência automática de prerrogativas exorbitantes e o impacto sobre as responsabilidades da empresa estatal 110
2.2.4.2 A importância de se considerar a inaplicabilidade do regime constitucional do precatório 112
2.3 A FUNÇÃO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PARA A ESTATAL 113

2.3.1 A processualidade como forma de legitimar a atuação administrativa contratual por meio de consenso 113
2.3.2 Funções específicas do processo de contratação (direta ou por meio de licitação) para as empresas estatais 115
2.3.2.1 Formação "mais vantajosa" do contrato 118
2.3.2.1.1 A noção de vantajosidade 119
2.3.2.1.2 A questão do ciclo de vida 122
2.3.2.2 Estímulo da competição entre possíveis interessados em contratar com a empresa estatal 126
2.3.2.3 Controle dos gastos das empresas estatais: prevenção do sobrepreço e superfaturamento 128
2.3.2.4 Tutela da livre concorrência e prevenção contra a corrupção do poder de compra das empresas estatais 131
2.3.2.5 Estabelecimento de parâmetros e estratégias para o acompanhamento e cumprimento do processo de execução do contrato 133
2.3.2.6 Produção de atos que permitem a análise de compatibilidade da contratação com o plano de negócio e estratégia de longo prazo 135
2.4 AS EMPRESAS ESTATAIS DEVEM ADOTAR PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO DIVERSOS DAS EMPRESAS PRIVADAS? 137
3 O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DA LEI 13.303/2016 141
3.1 O DEVER DE LICITAR IMPOSTO ÀS EMPRESAS ESTATAIS 142
3.1.1 As regras constitucionais sobre o tema: regime contratual diferenciado para as empresas estatais 142
3.1.2 A ausência de um regime próprio de contratação até a Lei 13.303/2016 146
3.1.3 O processo legislativo de elaboração da Lei 13.303/2016 149
3.1.4 A extensão do dever de licitar imposto pela Lei 13.303/2016 155
3.1.4.1 A constitucionalidade da norma de licitação e contratos para todas as estatais 155
3.1.4.2 Hipóteses de não incidência do dever de licitar ou de possibilidade de não utilização do regime pelos gestores 157
3.1.4.2.1 A novidade legislativa: o afastamento da licitação 159
3.1.4.2.2 As consequências de as empresas estatais não licitarem 163

3.1.4.2.3 A ordem de incidência das regras sobre contratação direta 169
3.1.4.2.4 As hipóteses de contratação direta: dispensa e inexigibilidade 169
3.1.5 Introdução às consequências da incidência da licitação 175
3.2 AS NORMAS GERAIS DO PROCESSO LICITATÓRIO 176
3.2.1 A incorporação de outros regimes na Lei 13.303/2016 176
3.2.2 As diretrizes que devem ser observadas pelo processo licitatório... 177
3.2.3 A ausência de modalidades licitatórias e o procedimento da Lei 13.303/2016 180
3.2.3.1 A fase preparatória: definições fundamentais para a execução do contrato 181
3.2.3.2 Divulgação, apresentação das propostas e regras de julgamento 191
3.2.3.3 Negociação da proposta e habilitação do proponente vencedor 194
3.2.3.4 Interposição de recursos e o diálogo sobre o resultado 195
3.2.3.5 Adjudicação e homologação do resultado ou extinção do processo 196
3.2.4 A função dos procedimentos auxiliares das licitações 199
3.3 CONCLUSÃO PARCIAL: AFASTAMENTO DO REGIME GERAL? 204
4 ABERTURAS DA LEI 13.303/2016 AO MINIMALISMO E À POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO 206
4.1 O REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÃO: POSSIBILIDADE DE QUEBRA DE UM MODELO DE CONTRATAÇÃO ÚNICO E RÍGIDO? 207
4.1.1 Competência para aprovação e atualização do regulamento 207
4.1.1.1 Alteração da lógica empregada pelas Leis anteriores 207
4.1.1.2 Os órgãos competentes pelo regulamento 210
4.1.2 Natureza jurídica do regulamento interno 212
4.1.3 Função do regulamento interno 214
4.1.4 Limites da regulamentação impostos pela Lei 13.303/2016 221
4.1.5 Atualização constante da regulamentação imposta pela Lei 13.303/2016 226
4.1.6 Exame dos regulamentos apresentados pelas empresas estatais.... 226
4.2 MAIOR ABERTURA PARA O DIÁLOGO NEGOCIAL NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO 229
4.2.1 O procedimento de manifestação de interesse (PMI) como instrumento de diálogo nas contratações das estatais 234

4.2.1.1 O dever de regulamentação do PMI: um mundo de possibilidades para a estatal 237
4.2.1.2 A possibilidade de negociação da remuneração pelo resultado apresentado pelo particular..... 239
4.2.2 Necessidade de diálogo negocial na fase de seleção das propostas 242
4.2.3 Instauração de "modalidades dialógicas" por meio dos regulamentos das estatais 245
4.2.3.1 Natureza jurídica das modalidades dialógicas 245
4.2.3.2 Possibilidade de implementação de modalidades dialógicas nos processos de contratação das estatais 246
4.2.3.3 Limites à utilização da técnica de diálogo 249
4.2.3.4 Aspectos que devem ser regulamentados para efetividade da ferramenta..... 250
4.2.4 Conclusão do tópico: a possibilidade jurídica de customização dos procedimentos de contratação 253
4.3 HÁ UM REGIME ÚNICO DE CONTRATAÇÃO PARA AS ESTATAIS? 254
CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 255
REFERÊNCIAS 265

INTRODUÇÃO

O regime de licitação das empresas estatais na Lei 13.303/2016 é objeto do presente tema. O recorte proposto foca no processo de contratação de bens, obras e serviços e pelas empresas estatais. Portanto, excluem-se do trabalho as contratações relacionadas ao estabelecimento de parcerias vinculadas a oportunidades de negócio (art. 28; § 3º, II da Lei 13.303/2016), já que envolvem operações mais complexas de cunho societário e que a princípio não devem ocorrer por meio de licitação.

Pretende-se fornecer uma análise teórica sobre a fase pré-contratual, que antecede a celebração do contrato, entre a estatal e seus fornecedores de bens, obras e serviços. O trabalho vai além do processo licitatório previsto no art. 51 da Lei 13.303/2016, para que se possa compreender o próprio fenômeno da formação das obrigações no âmbito das estatais, inclusive quando a licitação é afastada.

Portanto, o recorte proposto pressupõe a análise das empresas estatais como contratantes e não como contratadas – já que, nessa condição, não há qualquer sentido que se estabeleça a licitação prevista no art. 51 da Lei 13.303/2016, sob pena de se inviabilizar a atividade empresarial.

O recorte proposto determina que se examinem (1) as formas pelas quais as empresas estatais devem escolher seus contratados, (2) a preparação dos contratos; e (3) se o(s) regime(s) extraído(s) da análise dos itens anteriores se revela(m) compatível(is) com a utilização do modelo empresarial para a atuação da Administração Pública.

A delimitação do tema não permite que se adentre na análise da conveniência e da adequação do Estado em adotar a forma empresarial para sua atuação. Esta discussão envolve, para além das questões atinentes ao Direito, diversos temas políticos e econômicos, cuja complexidade demandaria o afastamento do tema proposto. De todo modo, recomenda-se que a leitura do presente texto venha acompanhada da compreensão desse cenário sobre a conveniência (1) da adoção da técnica empresarial[1], (2) dos objetivos que podem

---

[1] Inclusive a posição de quem defende que o “debate sobre se o Leviatã deve ou não participar da economia é irrelevante, porque, em muitos países, o Estado é ator importante, que não deixará o palco. Agenda mais interessante e frutífera será examinar as condições propícias à eficácia do Leviatã – como transformar a “mão espoliadora” do Estado em “mão cuidadora”, favorável ao

ser atingidos pelo Estado com esse modelo de atuação e (3) das respectivas posições defendidas sobre a questão.[2]

O fato que se tem é de que as empresas estatais brasileiras criam um mercado de compras (contratações) gigantesco. As empresas precisam adquirir serviços e bens para se manter em funcionamento e produzir a atividade para as quais foram constituídas.

Em função da natureza das empresas estatais e da forma diversa de atuação em relação à Administração direta, o regime do processo de contratação das empresas passou a ser discutido. Em 1998, por meio da Emenda Constitucional 19, a questão tornou-se constitucional. Natural, considerando a preocupação da sociedade brasileira em evitar que a técnica empresarial servisse para beneficiar indevidamente terceiros por meio de contratações ineficientes e ilegais.

A utilização da técnica empresarial pelo Estado e a complexidade de atividades praticadas pelas diversas empresas estatais existentes demandam um regime ou vários regimes próprios de atuação, não equiparável(is) ao regime adotado quando o Estado atua por meio de seus órgãos, autarquias ou fundações. Isso porque os gestores precisam de ferramentas que lhe permitam atuar como uma empresa atua.

Esse regime diferenciado também deveria modelar a forma pela qual as empresas estatais devem contratar.

A promulgação atrasada da Lei 13.303/2016, quase 20 anos após a constitucionalização da matéria, pretendeu estabelecer as balizas legais desse regime que a Constituição declarou diferenciado. Criou-se, então, um campo fértil para o estudo teórico sobre a matéria.

O presente trabalho parte da hipótese de que, considerando as variações existentes no emprego da técnica empresarial, cria-se um cenário complexo que

---

desenvolvimento industrial e econômico" (MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. Reinventando o capitalismo de estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015, p. 340). Constando o movimento mundial de intervenção do Estado na economia por meio de empresas públicas, ver: NAPOLITANO, Guilio. *La logica del diritto amministrativo.* 2 ed. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 90 e ss.

[2] Os registros históricos e críticos feitos por Gaspar Ariño Ortiz sobre utilização das empresas estatais pelo Estado espanhol, assim como a alteração de seus eixos de acordo com sua função, é bastante útil e pode serve como parâmetro de comparação com os modelos adotados no Brasil, ver: ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Granada: 2004, p. 465 e ss.

inviabiliza que se extraia do novo estatuto legal um regime que se pretenda único, geral e rígido de contratação de bens e serviços para as empresas estatais.[3]

Para tanto, é essencial reconhecer e identificar (1) qual a função reservada pelo ordenamento jurídico às empresas estatais – especialmente sob a ótica do art. 27 da Lei 13.303/2016 – e como ela se revela na realidade; (2) quando a opção de adotar tal modelo é compatível com o ordenamento jurídico; e (3) quais instrumentos o ordenamento fornece para que sua atuação seja eficiente[4] à luz do fim que lhes é proposto.

Dentro dessa perspectiva, delinear os motivos pelos quais as empresas estatais são constituídas e por qual razão contratam bens e serviços – eventualmente para atingimento de outros fins – é fundamental para que se possa testar a primeira hipótese. Tal análise estará presente no **primeiro capítulo** desta dissertação, que examinará a doutrina que escreve sobre a possibilidade/conveniência de definição de um regime único de contratação de acordo com o tipo de empresa, a atividade por ela realizada e as obrigações por ela contratadas.

O **segundo capítulo** tratará especificamente da relação que se forma a partir da fase de negociação até a execução do objeto contratado, mais especificamente: a relação obrigacional. A ideia é verificar se, tal qual no Direito Civil, as obrigações das empresas estatais também podem ser tratadas em uma relação processual e quais as vantagens de se compreender as obrigações dessa forma – sobretudo para a fase pré-contratual, que é objeto da presente dissertação.

Já avançando para as regras, diretrizes e princípios previstos na Lei 13.303/2016, busca-se analisar de que forma as empresas estatais se valem dos processos e dos contratos para criar obrigações relevantes para o atingimento de

---

[3] Carolina Barros Fidalgo identifica que a doutrina vem apontando, para explicar a ineficiência das sociedades, a: "Existência de restrições relativas às contratações de bens e serviços, que, apesar de serem criadas para impedir a malversação de dinheiro público, na verdade aumentariam consideravelmente os custos das contratações do setor público comparativamente ao setor privado" (FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário*: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017, p.222).

[4] Medir a eficiência de uma empresa estatal é uma tarefa extremamente polêmica à luz das ciências políticas e econômicas: "quando se estudam empresas estatais, sempre se enfrenta o problema de que é difícil medir a eficiência ou o desempenho porque os governos incumbem suas empresas de gerar o duplo resultado, ou seja maximizar a variável social (por exemplo, maximizar o emprego ou a cobertura da rede de energia) e, ao mesmo tempo, cuidar da lucratividade" (MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. Op. cit., p. 148).

suas finalidades. Parte-se da hipótese de que a formação e o cumprimento das obrigações pelas empresas estatais devem ocorrer também de forma processualizada e consensual. Nessa linha, o processo será instrumento importante para o controle do atingimento (execução) das finalidades e regras definidas no contrato, assim como de garantia de legalidade para sua própria atuação. Ponto essencial, nesse capítulo, será verificar se a contratação e o cumprimento das obrigações pelas empresas estatais exigem algum comportamento diverso daquele que se constata em processos e contratos adotados por empresas privadas ou por outros entes estatais.

Por essa razão, pretende-se considerar o regime dos contratos das estatais e entender se há aplicação da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais travadas pelas empresas estatais e de que forma tal princípio determina a processualização dessas relações no âmbito da formação e execução de um contrato. A partir daí, serão enunciadas as funções que podem ser exercidas durante o processo de contratação, assim como por meio de uma relação obrigacional processualizada ao longo da execução contratual até o seu adimplemento.

Tendo definidas as bases para compreensão dos regimes das estatais, das obrigações contratadas e da função dos processos de contratação, o **terceiro capítulo** da dissertação passa a examinar e interpretar as regras sobre o processo de licitação e contratação da Lei 13.303/2016. A ideia é extrair das normas a possibilidade de construção de diversos regimes de contratação e compreender os limites impostos aos gestores para atuação nesse ambiente. Pretende-se focar exclusivamente nas normas que tratam do processo de contratação (e não nas regras de execução contratual), especialmente: (1) aquelas que tratam sobre a extensão do dever de licitar para a contratação de bens, obras e serviços; e (2) as que tratam sobre as fases do processo de licitação.

Na sequência, o **quarto capítulo** terá por escopo extrair da Lei 13.303/2016 e da Constituição Federal normas que tornem possível a criação de modelos pré-contratuais competitivos voltados ao estabelecimento de ambiente mais do que processual. Quer-se verificar a possibilidade de criação de ambientes de consensualidade e negociação na formação de contratos celebrados pelas estatais, capaz de fornecer ferramentas para viabilizar a execução e tutelar a relação obrigacional contratada e, por consequência, garantir a atuação das empresas estatais de acordo com o regime empresarial.

Trata-se, portanto, de arquitetar novas ideias a partir (1) de teses que apresentaram a noção de que regimes maximalistas das relações pré-contratuais travadas com entes públicos (quase sempre instrumentalizadas pelo processo de licitação da Lei 8.666/1993[5]) e de que contratos pautados em regimes exorbitantes não fazem sentido diante da gama de obrigações e negócios jurídicos celebrados pelo Estado;[6] assim como (2) da concepção de que o regime jurídico das empresas estatais não permite seu tratamento genérico – isto é: apenas à luz do regime de direito público ou de direito privado.[7]

Acredita-se que o campo das contratações no âmbito das empresas estatais revela-se ambiente importante para realização de pesquisas que contribuam para formação de relações mais seguras entre o Estado e particulares.

---

[5] André Rosilho sugere duas frentes de reformas para melhora da contratação pública: (i) reconhecimento dos "limites à regulação jurídica (…) abrindo espaço para mais criatividade na gestão pública. Tratar-se-ia, assim, de modelo legal mais afastado do maximalismo"; e (ii) a "fragmentação do regime das contratações públicas em geral por meio da criação de inúmeros regimes licitatórios específicos" (ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 231-233).

[6] "Desta opção de se associar as prerrogativas da Administração ao objeto, e não ao contrato – ou seja, a qualquer contrato em que a Administração tome parte –, decorre a inadequação de que se dê o mesmo tratamento, em termos de uma lei geral, a todos os contratos que tenham a Administração como parte" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 385).

[7] "O direito administrativo deve evitar que (...) se retorne ao citado movimento pendular entre a rigidez publicista e a relativa liberdade privatista para estatais. O que se deve buscar é, mantendo-se o máximo possível os meios para as estatais atuarem com agilidade no mercado, impor-lhes obrigações de demonstração de sua atuação republicana, o que de forma alguma deve ser confundido com a mera e automática aplicação das exigências formalistas típicas do direito administrativo. Quiséramos o direito administrativo tivesse tal capacidade moralizadora, na qual tantas vezes já falhou" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais:* o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2 ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 177).

1 A EMPRESA ESTATAL CONTRATANTE DE BENS, SERVIÇOS E OBRAS

Para interpretar as normas que estruturam o regime de contratação utilizado pelas empresas estatais, faz-se imprescindível compreender (1) a função do modelo empresarial utilizado pelo Estado; e (2) quais os objetivos que as empresas estatais almejam atingir ao contratar bens, serviços e obras de terceiros, considerando as atividades que exercem.

Tendo esse cenário descrito, espera-se identificar e traçar os desafios para se conceber um ou vários regimes de contratação a serem observados pelas estatais. Portanto, pretende-se fazer uma análise funcional da atuação das empresas estatais, focada em suas contratações.

1.1 FUNÇÃO DO MODELO EMPRESARIAL ESTATAL

Os dados da realidade e as diretrizes normativas que tratam da utilização do modelo empresarial são essenciais para que se consiga entender a base sobre a qual se estabelece o regime (ou os regimes)[8] de contratação das empresas estatais – considerando a interpretação que se dará às regras e os princípios que se aplicam a tal atividade.

Verificar os dados sobre a utilização das estatais no Brasil é relevante, pois revela-se de que forma o modelo empresarial é adotado pelo Estado e em quais setores existe predileção para essa opção – *i.e*. se servem para realização de

---

[8] Mesmo que não se considere a possibilidade da existência de um regime único para um determinado sujeito ou objeto. Vitor Rhein Schirato defende que: "Não há como se buscar um único regime jurídico para a realização de todas as obrigações impostas à administração pública. Em cada momento e em cada função a ser realizada o regime jurídico aplicável terá determinadas peculiaridades, manejáveis pela administração pública dentro das margens impostas pelo direito, conforme venha a ser necessário para o cumprimento adequado das respectivas obrigações" (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52). Conclusão semelhante é obtida por Floriano de Azevedo Marques Neto, ao abordar os bens públicos, e sugerir "não existir um único regime de direito público aplicável a todos os bens. Existem vários matizes do direito público aplicável a todos os bens, sua essencialidade, seu domínio ou a espécie de uso ao qual ele é afetado" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos*: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249). De todo modo, há que se achar alguma unidade a justificar o estudo do tema como uma ramificação própria do Direito "no pressuposto de que existam princípios que lhes são peculiares e que guardem em si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou um regime (...)" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52).

serviços qualificados como públicos, atuam no âmbito de atividades consideradas estritamente privadas ou se assumem funções meramente administrativas.

Já as diretrizes existentes na Constituição Federal e nas Leis sobre a função das empresas estatais são essenciais para que se compreenda os limites jurídicos para atuação das empresas estatais e de que forma elas devem se comportar na realização das atividades para as quais foram constituídas – inclui-se aí a sua atividade contratual para obtenção de bens, serviços e obras que instrumentalizam sua atuação.

1.1.1 A realidade existente: empresas estatais exercendo atividades tão diversas

As empresas estatais são utilizadas no Brasil e no mundo desde o começo do século XX.[9] Ao longo desse período, verificou-se a utilização com maior ou menor frequência de veste empresarial pelo Estado. A figura mostra-se relevante em períodos em que o Estado precisa intervir na economia para o desenvolvimento de políticas públicas, mas também sofre graves críticas vindas daqueles que entendem que atuação empresarial não se revela eficiente.[10]

O presente trabalho toma por base o boletim das empresas estatais divulgado pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, relativo ao período do 2º trimestre 2018 e 4º trimestre de 2018.[11]

No 2º trimestre de 2018, foram catalogadas 138 empresas estatais federais, das quais 47 estão sob o controle direto da União. 120 empresas estatais não são dependentes da União, pois não recebem recursos financeiros para despesas correntes e/ou de capital, na forma prevista pelo art. 2º, inc. III, da Lei Complementar 101/2000.[12] O número de empresas estatais foi reduzido para 134

---

[9] COUTINHO, Diogo R; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. *Revista de direito GV,* v. 15, n. 1, jan./abr. 2019, p. 3.

[10] No exterior, ver: ORTIZ, Gaspar Ariño. Op. cit., p. 500. Além do autor espanhol, há outros "juristas, economistas e organizações internacionais, dentre outros, [que] defendem que as sociedades estatais são essencialmente ineficientes, e, por isso, deveria o Estado transferir aquelas existentes à iniciativa privada e abster-se de criar novas entidades empresariais" (FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p.225).

[11] Os boletins estão disponíveis no site: www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais. Acesso em 30 dez. 2019.

[12] Brasil. *Boletim das empresas estatais federais.* V.7. Brasília: MP, 2018, p. 5.

no último período de 2018, diante da venda de 4 distribuidoras do Grupo Eletrobras, permanecendo 46 empresas sob o controle direto da União.[13]

Com base nesses dados, permite-se confirmar a afirmação de que existe "um forte e proativo setor de empresas estatais, com diversas formas e enfoques".[14]

A atuação das estatais está distribuída em 14 áreas econômicas distintas, conforme revela o boletim: desenvolvimento regional; saúde; comunicações; participações; abastecimento; transportes; seguros; portuário; pesquisa, desenvolvimento e planejamento; indústria de transformação; financeiro; comércio e serviços; petróleo, gás e derivados; e energia.

As áreas em que há atuação de mais empresas estatais são: o setor financeiro com 18 empresas; o setor de petróleo, gás e derivados com 20 empresas; e o setor de energia com 42 empresas.

Os boletins registram um dado essencial para o presente estudo: há um grande número de empresas estatais que praticam atividades completamente distintas, exercendo desde funções meramente administrativas ou de apoio, passando por atividades essencialmente societárias (como participações em outras empresas),[15] até atividades classificadas como essencialmente produtivas.[16] Prestam serviços considerados públicos ou atividades tipicamente econômicas (i.e. desenvolvidas em regime de livre concorrência e livre iniciativa). Algumas empresas realizam os dois tipos de atividades em regime de concorrência, podendo inclusive distribuir dividendos para seus acionistas privados.

Tomando como referência uma mesma área econômica catalogada no boletim, também se verificará a existência de empresas constituídas para atuar em finalidades diversas – desde a prestação de serviços públicos até a realização de

---

[13] Brasil. *Boletim das empresas estatais federais.* V. 9. Brasília: MP, 2019, p. 5.
[14] OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: RT, 2019, p. 21.
[15] Marçal Justen Filho cita o exemplo da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, "para, dentre outras atribuições, representar a União nos consórcios formados para a execução de contratos de partilha de produção e defender interesses da União nos Comitês operacionais. Essa estatal, criada pelo Decreto 8.063/2013, não tem por objetivo atividade econômica nem a prestação de serviços públicos. Trata-se de um sujeito que desenvolverá atividade de apoio à Administração Pública" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 171, nota 16).
[16] Conforme explica Vitor Rhein Schirato tal diversidade decorre de um modelo "empírico" e de uma "política desenvolvimentista", no qual "o processo de criação de empresas estatais no Brasil não obedeceu, completamente, a um regime estatizante; foi decorrência de concepções vigentes em um dado período histórico" (SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28).

funções essencialmente administrativas (ou de apoio às funções realizadas pela Administração direta). Por exemplo, no setor de transporte, estão a Trensurb, empresa constituída para administração do metro de Porto Alegre, e a Infraero, cuja finalidade é implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária e de apoio à navegação aérea.

O cenário torna-se ainda mais complexo quando se examina em conjunto as empresas estatais federais, estaduais e municipais. Em estudo elaborado pelo Observatório das Estatais da FGV, disponibilizado em 29 de maio de 2017,[17] apontou-se o total de 442 empresas estatais atuando no Brasil. Os estudos preliminares indicavam que os Estados possuíam o maior número de estatais, equivalente a 52% do total das empresas controladas pelos entes públicos.

Além disso, constatou-se que 30 empresas estatais (19 delas da União) estavam listadas na bolsa de valores, sujeitas a diversas regras de governança para manutenção de avaliação compatível aos investimentos negociados.[18]

Já sob a égide da Lei 13.303/2016, Alessandro Octaviani e Irene Patrícia Nohara constataram a existência de 339 empresas estatais, sendo que "Parte considerável da atuação das estatais estaduais está vinculada a dispositivos constitucionais (como no caso da competência para atuação no serviço de distribuição de gás) ou a políticas públicas que envolvem ou envolveram a articulação das unidades federativas".[19]

Outro dado relevante para que se compreenda a representatividade das estatais para economia, diz respeito ao seu valor de mercado. Mayara Gasparoto Tonin levanta que "o valor de mercado" das sociedades de economia mista que compõem o índice da Bolsa de Valores de São Paulo (IBOVESPA) "é de aproximadamente R$500 milhões, sendo que o valor total de mercado das

---

[17] Apresentação disponível em: fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/arquivos/marcio_holland.pdf.

[18] "Os segmentos especiais possuem regras mais rígidas de governança corporativa do que as obrigações impostas às companhias pela Lei 6.404. O objeto de normas diferenciadas é melhorar a avaliação das empresas que voluntariamente aderem aos segmentos especiais, criadas justamente com o intuito de contribuir para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiros. As regras diferenciadas asseguram direitos e garantias aos acionistas, bem como a divulgação de informações mais completas, reduzindo o risco do negócio, contribuindo para a atração de investidores" (TONIN, Mayara Gasparoto. *Sociedades de economia mista e acionistas minoritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018 p. 47).

[19] OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 55-56.

empresas que integram o referido índice é de pouco mais de R$2 bilhões".[20] O dado corrobora a afirmação de que as empresas estatais "passaram a adquirir traços mais acentuados de corporação empresarial, como a abertura de capital em bolsa de valores, mecanismos de governança corporativa (...)".[21]

As empresas estatais não possuem organização societária homogênea. Algumas são compostas apenas por entes públicos, outras possuem sócios privados. Por uma questão inerente à organicidade das empresas (sejam elas privadas ou públicas), suas estruturas de governança são diversas. Logo, sua atuação no mercado, no âmbito da prestação de serviços públicos ou realizando funções administrativas são completamente distintas entre si.

Aliás, e como acima já se indicou, não há sequer homogeneidade em relação ao grau de intensidade de atuação das empresas estatais em cada área.[22]

Daí decorre a necessidade de se tomar alguns elementos ao se examinar a caracterização de qualquer regime aplicado às empresas estatais:

(1) As empresas estatais exercem atividades econômicas e/ou funções administrativas distintas em áreas igualmente diversas e complexas. A atuação nessas áreas demanda a observância de regras específicas que devem ser observadas no exercício das atividades para as quais a empresa estatal foi criada;

(2) As empresas estatais são reguladas por regimes societários diversos. Além das formas societárias que cada empresa pode assumir, sua capacidade econômico-financeira e de negociação atraem outras regras setoriais específicas, que condicionam sua atuação em mercados peculiarmente regulados;

(3) Isso faz com que se possa cogitar de que (1) haja, de fato, algum conjunto de contratação de bens e serviços comuns a todas as empresas; mas, por outro lado, (2) há demandas muito individualizadas de bens e serviços destinados à manutenção de atividades particulares desenvolvidas por cada estatal; assim como,

(4) seja possível imaginar que cada estatal, em suas contratações, atuará considerando todas essas peculiaridades – o que possivelmente determinará a

---

[20] TONIN, Mayara Gasparoto. Op. cit., p. 48.
[21] COUTINHO, Diogo R. et al. Op. cit., p. 9.
[22] "Houve momentos em que as empresas estatais atuavam em uma vasta gama de atividades econômicas e outros em que o leque de atividades desempenhadas pelas empresas estatais foi consideravelmente reduzido" (SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* Cit., p. 21).

formação de regimes que, embora possam ter princípios comuns, não possam ser estruturados de maneira totalmente padronizada.

Esses elementos criam a principal dificuldade para o tratamento do tema deste trabalho. A ausência de padrão na estrutura das empresas estatais, de suas finalidades e de como elas se relacionam com terceiros para atingir seus objetivos, são fatores que dificultam a concepção de regime comum para as estatais.

Trata-se de desafio posto desde que o Brasil passou a se valer da técnica empresarial para o seu desenvolvimento. Conforme lição de Vitor Rhein Schirato:

> (...) a diversidade das atividades empreendidas por tais entidades [empresas estatais] e as distinções de seus campos de atuação fizeram com que a identificação de um regime jurídico comum a elas fosse praticamente impossível de ser definido. Enquanto havia empresas estatais atuando em segmentos típicos da iniciativa privada (por exemplo, siderurgia), outras desempenhavam atividade típicas de Estado. Daí adveio a dificuldade que até hoje persiste de se caracterizar um regime jurídico das empresas estatais.[23]

Considerando o exposto, passa-se a explicar o(s) regime(s) possíveis utilizados pelas empresas estatais para se envolver em relações obrigacionais, que tenham por objeto a obtenção de bens, serviços e obras para manter sua atividade.

1.1.2 A função da empresa estatal considerando o art. 27 da Lei 13.303/016

O regime de contratação de uma empresa estatal deve ser compreendido a partir e para a efetivação da função por ela desempenhada. As normas sobre o tema e a interpretação que delas se extrai para a formação do regime da empresa estatal devem ter como partida a compreensão dos objetivos para os quais a empresa foi constituída e como ponto de chegada a efetivação desses objetivos.

O cenário acima descrito indica que as empresas estatais cumprem diversas funções, desde a prestação de serviços públicos em sentido amplo até a atuação

---

[23] SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* Cit., p. 30. Dialogando com a passagem citada, José Vicente Santos de Mendonça explica que: “É por isso, diga-se logo, que as empresas estatais brasileiras nunca se amoldaram a encaixes doutrinários, ou, quiçá, legais (no que é um desafio para a Lei das Estatais): elas têm a cara da circunstância econômica que as gerou, e, depois, daquelas que as mantêm vivas” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 153, nota 483).

em concorrência com agentes privados no âmbito de atividades tipicamente econômicas (prestadas sob o regime da livre iniciativa e da livre concorrência).[24]

Ao optar pelo modelo empresarial, percebe-se a intenção do Estado de: (1) exercer atividade econômica (ainda que indiretamente ao prestar serviços para o próprio Estado); e/ou (2) fugir das amarras da burocracia que a atuação em regime tipicamente público (imposto à Administração Direta) lhe opõe.[25]

Daí extraem-se duas ordens de finalidades a serem consideradas quando o Estado atua sob o modelo empresarial: (1) o mediato: para atendimento de um interesse coletivo por meio do exercício de uma atividade econômica; (2) o imediato: a busca por um regime de atuação diverso da Administração direta.

1.1.2.1 Os limites impostos pela Constituição Federal

Em relação à primeira finalidade, a Constituição Federal permite que o modelo empresarial seja utilizado apenas nos limites estabelecidos pelo art. 173. Do mencionado dispositivo, extrai-se a primeira ordem, que fixa as finalidades, sobre a possibilidade de criação das estatais para intervenção direta na economia, quais sejam: "*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*".

Verificada uma das duas hipóteses previstas no art. 173, a Constituição Federal determina que a atuação do Estado ao intervir na economia ocorra sob um regime diverso do que a Administração Direta atua e "próprio das empresas privadas" (§1º, inciso II).

Há um dever (de caráter positivo, portanto) de que o Estado constitua pessoa jurídica de direito privado com natureza empresarial. Positivo, pois a Constituição Federal permite, ao impor ao administrador, a criação de um regime de atuação diverso daquele adotado pela Administração Direita.

---

[24] A dicotomia entre as atividades não é objeto da dissertação, eis que seu tema se cinge a avaliar o processo de contratação das estatais e não a natureza das empresas. Tem-se apenas que verificar se a "eventual" diferença afeta o regime aplicável às contratações das estatais.

[25] "... cada vez menos o primeiro, cada vez mais, correta ou incorretamente, o segundo. Pelo segundo motivo é que existem estatais prestadoras de serviços públicos – o que (ao menos imediatamente) não prevê o Decreto-Lei Federal nº 200/67 -, e, também, segundo alguns, estatais capazes (e juridicamente legitimadas) de desempenhar atividades administrativas e de exercer o poder de polícia" (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 158).

Tal lógica tornou-se expressa no art. 2º, §1º da Lei 13.303/2016,[26] cujos termos "conjunga[m] a disciplina contemplada em dois dispositivos constitucionais distintos, que são o inc. XIX do art. 37 e o art. 173".[27]

Assim, sempre que houver atuação de empresas estatais, pressupõe-se que o Estado, verificando as hipóteses de tutela da segurança nacional ou atingimento de interesse coletivo relevante, decidiu explorar atividade econômica, submetendo-se a um regime diverso para atingimento das finalidades que a Constituição definiu.

A segurança nacional e o interesse coletivo relevante delimitam a escolha que o Estado poderá fazer sobre a utilização do modelo empresarial. Sem adentrar na questão sobre a existência ou não do princípio constitucional da subsidiariedade, e se tal princípio está implícito ou não no art. 173,[28] fato é que a Constituição Federal determina que a intervenção na economia seja sempre motivada pelo atingimento de interesses coletivos relevante (incluindo-se aí, a própria tutela da segurança nacional).[29]

Porém, o dispositivo constitucional não especifica quais os interesses que devem ser tutelados ao permitir que a intervenção na economia ocorra por meio da criação das estatais. Assim, o campo para a intervenção econômica do Estado foi emoldurado pela Constituição, mas o quadro, conforme revela os dados da realidade, pode ser preenchido por diversos interesses específicos.

---

[26] "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".

[27] JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. (In) JUSTEN FILHO, Marçal. (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 46.

[28] FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit. p. 90 e ss.

[29] Independentemente do princípio da subsidiariedade, os critérios estabelecidos pelo art. 173 determinam o espaço de liberdade do legislador para decidir pela intervenção ou não do Estado na economia, conforme se extrai de: MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 243. Emerson Gabardo defende que "não seria crível imaginar que na exploração direta de atividade econômica o Estado pudesse proteger o interesse público individualizável, então se alocou a expressão 'interesse coletivo'. (...) Para os fins do art. 173, o interesse coletivo é um interesse difuso" (GABARDO, Emerson. *O Jardim e a praça para além do bem e do mal*: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 214).

1.1.2.2 O papel da lei que autoriza a criação da empresa estatal para preenchimento das regras constitucionais

Essa é a segunda etapa para definição das bases que permitirão estruturar o regime jurídico que guiará a atuação da empresa estatal.

A vinculação da criação de uma empresa estatal à sua finalidade por meio de sua lei de criação, devidamente justificada nos limites impostos pela Constituição Federal, é o que lhe atribui a roupagem de instituição estatal.[30]

Para Marçal Justen Filho: "O Estado deverá valer-se de sociedades com configuração institucional, mesmo quando a identidade de eventuais sócios privados for relevante para a constituição e existência da sociedade".[31] O que quer dizer que, no âmbito das empresas estatais, a finalidade que legitima sua criação determina sua própria existência.

Como visto, os arts. 37, inc. XIX, e 173 da Constituição Federal autorizam a criação das estatais em hipóteses descritas de forma aberta (*i.e.,* segurança nacional e interesse coletivo)[32], que servem como limites para que as empresas não sejam utilizadas senão para o atingimento de finalidades públicas legítimas.[33]

A princípio, com base nos dados da realidade, couberam nessas hipóteses a criação de empresas estatais para atingimento de diversos fins e atuação em diversas áreas específicas.[34]

Para compreender tal fenômeno e controlar juridicamente a função das empresas estatais, deve-se partir da Constituição Federal para avaliar a Lei que autoriza a criação da estatal e como seu ato constitutivo (estatuto social ou outra forma que a o regime das sociedades empresariais determinar) foi estruturado. Por meio desses diplomas, será possível compreender se as empresas estatais estão

---

[30] "As sociedades institucionais vinculam-se ao desenvolvimento de atividades econômicas, tendendo a uma crescente autonomia vista da figura dos sócios" (JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais... cit., p. 44).
[31] Ibid., p. 45.
[32] Que devem ser "pormenorizad[a]s pelas leis autorizadoras de instituição das estatais" (FRAZÃO, Ana. O abuso de poder de controle na lei das estatais. (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 111.
[33] FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 77.
[34] Importante notar que: "Em seguida à promulgação da Constituição de 1988, assistiu-se, nos anos e governos seguintes à ditadura, a um processo de privatização e extinção de empresas estatais, bem como de criação de outras" (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 52).

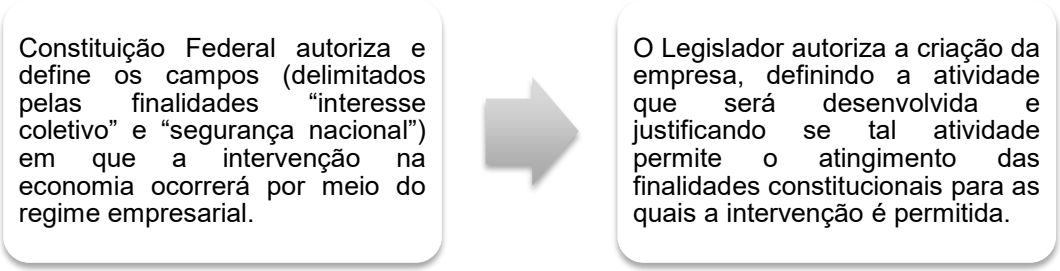
sendo corretamente utilizadas pelo Estado para atingimento dos interesses tutelados na Constituição Federal.

A Lei que autoriza a criação da empresa estatal será a responsável por descrever seu fim social, especificando o interesse público eleito para justificar sua criação, guiar sua atuação e permitir o controle de que sua utilização estatal está amparada pela Constituição Federal.

Ou seja, não basta a invocação de interesse público genérico (ou mesmo das figuras do interesse coletivo ou segurança nacional), contemplado no art. 173 da Constituição Federal, para justificar a criação e o atos praticados pelas empresas estatais. É preciso que tal interesse jurídico seja especificado na Lei autorizadora da criação da estatal.[35]

Ao especificar qual será a atividade econômica realizada pela estatal, o legislador deve estabelecer o nexo de causalidade entre o exercício da atividade que será desenvolvida e o atingimento das finalidades constitucionais também especificadas pelo legislador.[36]

Eis um o processo que valida a criação de uma empresa estatal:



Cabe ao legislador identificar qual é exatamente o imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo que se buscará contemplar com a realização da atividade econômica, bem como de que forma tal atividade é adequada para o atingimento da finalidade almejada.

---

[35] TONIN, Mayara Gasparoto. Op. cit., p. 73.

[36] "Se o Estado pretende promover a criação de uma empresa estatal, é indispensável não apenas a autorização para tanto, é também necessário que tal empresa estatal se constitua em instrumento válido de atuação estatal. Em se tratando de exploração pelo Estado de atividade econômica, a Constituição exige que a lei indique o relevante interesse coletivo ou a exigência de segurança nacional que justifiquem essa intervenção" (JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais... cit., p. 47).

Já o estatuto da empresa estatal – ato que efetivamente constitui a empresa estatal[37] – tratará de delimitar ainda mais os termos da Lei que autoriza sua criação, devendo aprofundar os detalhes sobre a atividade que a empresa realizará por meio da definição do objeto social da empresa (art. 2º, §1º, da Lei 13.303/2016).[38]

Assim, se a empresa estatal for criada para a prestação de atividades econômicas que devem ser garantidas pelo Estado (ditos serviços públicos), a realização do interesse coletivo lhe será inerente. Por exemplo, constatou-se que no âmbito estadual, a atuação empresarial está vinculada à competência constitucional para exploração e distribuição de gás, verificada no art. 25, §2º, da Constituição. A qualificação de uma atividade como serviço público pressupõe um direito constitucional a ser tutelado pelo Estado. Por isso, a Lei autorizadora de sua criação invariavelmente estará albergada na hipótese do interesse coletivo a ser atingido pela atuação estatal empresária.[39] Caberá ao estatuto social da empresa criada delimitar ainda mais as atividades que efetivamente serão praticadas para efetivação da Lei que a criou. Mesmo para desenvolver atividades econômicas que não sejam consideradas como deveres a serem garantidos pelo Estado, caberá ao legislador buscar na Constituição Federal a "fonte de legitimidade do que será considerado, em lei, 'relevante interesse coletivo'".[40]

Tal lógica foi incorporada na Lei 13.303/2016, com a apreensão de outras questões que surgem na definição da atividade e da finalidade das estatais.

---

[37] SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* cit., p. 48 e 51.

[38] "Os fins sociais previstos na lei autorizativa e detalhados no estatuto social da estatal representam, então, o interesse público que autorizou a concepção da empresa estatal" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades. *Revista de direito público da economia,* ano 13, n. 49, jan./mar. 2015, p. 82). Conforme se verá mais adiante, tal especificação será fundamental para fins de verificação da incidência do dever de licitar, de acordo com a interpretação sugerida por GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella, PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comentários à lei das estatais (Lei 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 178).

[39] "Se parece intuitiva a presença do interesse público em qualquer prestação de serviço público, seja aquele formalmente definido no ordenamento jurídico, seja aquele materialmente identificado a partir da análise histórico-sociológica, o exercício de atividade econômica *stricto sensu* pelo Estado depende da presença de relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional, que devem ser definidos concretamente pelo legislador, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal. A atuação empresarial pública nunca será economicamente neutra ou vazia de conteúdo axiológico. No modelo constitucional brasileiro, não existe hipótese jurídica de a companhia controlada pelo Estado guiar-se exclusivamente pelos impulsos de mercado e de forma desvinculada do interesse público que lhe é peculiar" (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal*: função econômica e dilema societários. São Paulo: Altas, 2013, p. 474).

[40] OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 67.

1.1.2.3 A função social da empresa e o dever de alocação eficiente de recursos previstos no art. 27 da Lei 13.303/2016

Conforme lição de José Vicente Santos de Mendonça, o art. 2º, §1º, da Lei 13.303/2016 "abrange a noção de especialidade do objeto social da estatal". Para o autor, a ideia é a de que, havendo norma que especifique o objeto social da empresa (*i.e.* as atividades para as quais a empresa será dirigida), seus investidores terão segurança de que a empresa estatal será guiada para atingir os objetivos que determinaram sua criação.[41] Daí a noção institucional da empresa estatal.

Porém, tal atividade de controle não pode ser feita sem que se leve em consideração o disposto no art. 27 da Lei 13.303/2016,[42] que trata da chamada função social, prevista no art. 173, §1º, inc. I, da Constituição Federal,[43] a ser exercida pela empresa estatal.

O legislador, captando a possibilidade de que a realização da atividade desenvolvida no Estatuo social impacte outros interesses juridicamente tutelados (*i.e.,* obtenção de lucro a ser distribuído para acionistas, proteção do meio ambiente, proteção e acesso ao consumo sustentável, etc.), adiciona outros

---

[41] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 174. Segundo Ana Frazão: "Preocupação semelhante se verifica no §2º do art. 2º da Lei das S/A, que exige que o objeto social das sociedades anônimas seja descrito 'de modo preciso e completo' pelo estatuto social. A delimitação do objeto social, assim, tem por objetivo legitimar a atividade econômica empreendida pelo Estado, na medida em que limita a discricionariedade dos gestores da companhia e, assim, contribui para o alinhamento da atividade da estatal com o interesse público que motivou sua criação" (FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 112).

[42] Das emendas ao projeto da Lei 13.303/2016 e dos relatórios que embasaram sua aprovação, pouco se extrai de debates sobre o importante dispositivo. Seria importante que a definição geral da função das estatais em Lei considerasse o cenário descrito no item 1.1.1 acima, por exemplo – eis que fornece dados importantes para verificar a adequação da utilização das empresas estatais.

[43] Tratando do tema, quando o projeto de Lei 13.303/2016 ainda não estava em discussão, Mario Engler Pinto Júnior recomendava que: "O art. 173, §1º, inciso I, da Constituição Federal reconhece expressamente que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias são igualmente portadoras de função social, devendo o assunto ser objeto da futura lei instituidora do estatuto jurídico daquelas entidades. A referência constitucional à função social das empresas estatais não deve ser entendida como atributiva de qualificação específica, mas como possibilidade de tratamento legal diferenciado, sem quebra do princípio da isonomia. A preocupação maior nesse particular deve recair na prevenção de eventuais desvios, que redundam em prejuízo não apenas dos acionistas (controlador e não controladores), mas sobretudo do interesse público. Seria desejável ainda que o novo diploma legal estabelecesse formas mais avançadas de relacionamento com terceiros vinculados à atividade empresarial e com a própria sociedade civil, de modo a fortalecer o controle social do conteúdo finalístico, não deixando tal tarefa a cargo apenas do aparelho estatal" (PINTO JUNIOR, Mario Engler. Op. cit., p. 335). Pelo que será demonstrado, uma das ferramentas de controle estabelecida pela Lei 13.303/2016 está no seu art. 8º.

parâmetros para o controle das atividades das empresas estatais. O atendimento da finalidade que justifica que sua existência deverá, portanto, considerar esses interesses afetados pela prática da atividade empresarial – circunstância que, sem dúvida, afeta o regime de sua atuação.

Assim, para além de disciplinar temas relacionados à governança e às relações contratuais das empresas estatais, a Lei 13.303/2016 passa a tratar diretamente sobre a função social das empresas estatais:

> 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.

Em estudo recente sobre a função social das sociedades de economia mista, ambiente no qual os interesses privados e públicos estão ainda mais intrincados na constituição da empresa, Mayara Gasparoto Tonin conclui que o dispositivo disciplina a figura jurídica em duas frentes:

(1) A primeira e mais relevante diz respeito à efetivação da regra do art. 173, ao se extrair do caput do art. 27 a conclusão de que o exercício da "função social das sociedades de economia mista está condicionado ao atendimento da finalidade específica que justificou a sua criação".[44]

---

[44] Assim, entende-se que o art. 27 reforça o entendimento defendido, no âmbito do exame das sociedades de economia mista, de que "o art. 238 da LSA, anteriormente mencionado, que trata especificamente das sociedades de economia mista, não pode ser interpretado no sentido de que esse dispositivo autoriza que a sociedade de economia seja utilizada como instrumento de política governamental, alheia ao seu fim, o que equivaleria a um desvio das finalidades legal e social incumbidas à empresa. O interesse público satisfaz-se com o cumprimento dos fins sociais da companhia, conforme descrito em sua lei criadora e em seu estatuto social. Outros interesses públicos não compreendidos no objeto social não poderão ser perseguidos por meio da sociedade de economia mista – por mais relevante e nobres que sejam -, simplesmente porque isso equivaleria desviar a estatal de sua função social, legal e estatutariamente prevista" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Cit., p. 90).

(2) A segunda diz respeito aos objetivos que também devem ser considerados pela empresa estatal ao exercer sua função primordial, como: o atingimento do bem estar econômico e a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa estatal, bem como a ampliação do acesso de consumidores aos produtos e bens produzidos pela estatal e o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira no exercício de sua atividade. Para a autora: "As orientações ao exercício da função social trazidas pela Lei 13.303 devem respeitar o caput do art. 27". Ou seja, há funções derivadas da atividade empresarial, que devem ser atingidas por meio dos (e não desvirtuando os) atos praticados para atingimento da finalidade que justificou a criação da empresa estatal.[45]

Como dito, tal artigo concilia parte do debate (que costuma extrapolar os limites do Direito) sobre a adoção do modelo empresarial para realização de políticas públicas e possibilidade de se exceder a própria finalidade que justifica a criação da empresa estatal.

Pode-se afirmar que tal dispositivo é fruto da intenção do legislador de guardar "coerência sistêmica com os artigos finalísticos da Ordem Econômica Constitucional (arts. 1º, 3º, 4º, 170, 193 e 219)",[46] que em seu bojo trazem comandos destinados à implementação pelo Estado de políticas que visam ao desenvolvimento econômico e social do Brasil. Porém, não quer dizer que as empresas estatais, ao servirem para o desenvolvimento do Brasil, possam se afastar do desenvolvimento de suas atividades e interesses para os quais a empresa foi constituída.

Além disso, o mencionado dispositivo não traz referência explícita sobre o tratamento que se deve dar à obtenção de lucro (ou a necessidade de obtê-lo) pelas empresas estatais. Por outro lado, não se pode defender que a Lei 13.303/2016 sobrepõe a prevalência do atingimento das finalidades públicas (sejam elas as que determinaram a criação das estatais ou as funções derivadas de sua atuação) à lucratividade ou a sustentabilidade econômico-financeira da empresa.[47]

Note-se que o §1º do art. 27 se vale da ideia de eficiência na alocação de recursos. Trata-se de orientação que permite a defesa de que a atividade deficitária

---

[45] TONIN, Mayara Gasparoto. Op. cit., p. 78.
[46] OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 63.
[47] TONIN, Mayara Gasparoto. Op. cit., p. 84.

desenvolvida pela estatal é um indicativo de que sua existência ou o modo de sua atuação não faz sentido num determinado contexto. A Lei admite e incentiva a gestão lucrativa da empresa estatal como evidência de sua eficiência,[48] mas não alça o lucro como objetivo a justificar a criação da empresa estatal.

O próprio §2º do art. 27, ao tratar da sustentabilidade e de responsabilidade social corporativa, não abre mão da racionalidade econômica da administração da empresa, ao determinar que as estratégias e as práticas adotadas sejam "compatíveis com o mercado em que atuam".[49]

Assim, não se pode enxergar o lucro como um interesse antagônico ao atingimento da finalidade que determinou a criação da empresa estatal.[50]

O lucro[51] deve ser tomado como elemento de sustentabilidade da atividade empresarial, assim como de verificação sobre a eficiência da alocação de recursos.[52] Afinal, é com base na obtenção de lucros que a empresa contará com novos recursos para manter sua atividade em prol do interesse coletivo.[53]

---

[48] Dentro dessa perspectiva, pode-se até admitir que a objeto social da empresa tenha de ser "lucrativo" (ou sustentável dentro da perspectiva do art. 27 da Lei 13.303/2016) para justificar que o Estado decida intervir na economia sob essa forma, conforme se extrai do texto de FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 111.

[49] Embora comentando o §3º do art. 27, o seguinte excerto ampara a constatação ora defendida: "Reforça-se, com isso, que os atos a título gratuito levados a cabo pelas estatais não podem decorrer de meras liberalidades, mas precisam estar inseridos no contexto da racionalidade empresarial e, portanto, devem trazer, ao menos indiretamente, alguma contrapartida econômica, com vistas a garantir a sustentabilidade da empresa" (FRAZÃO, ANA. O abuso de poder de controle na lei das estatais. (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, ANA; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 115).

[50] Trata-se de assertiva válida no ambiente empresarial privado "O fato de o empresário desejar a maximização de seus lucros não retira a função social da empresa. Além disso, são frequentes as situações em que uma empresa se preocupa com a sua função social, desenvolvendo programas de auxílio à comunidade. Ainda que o empresário deseje com isso melhorar a imagem da empresa (que, assim, passa a ser vista como um ente preocupado com sua responsabilidade social, ambiental, entre outras) para seu próprio benefício, não se exige nenhuma espécie de "reserva mental" do empresário para que se reconheça a função social da empresa" (SCHWIND, Rafael Wallbach. *O estado acionista:* empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017, p. 54).

[51] Tomado na acepção de "resultado positivo no balanço financeiro de entidade empresarial (…) uma noção ampla e comum da palavra, que busca simplesmente designar a sobra financeira obtida da comparação entre receitas e despesas da empresa num dado período" (CÂMARA, Jacinto Silveira Dias de Arruda. O lucro nas empresas estatais. *Revista Brasileira de Direito Público,* ano 10, n. 37, abr./jun. 2012, p. 10).

[52] "É notório, assim como nas companhias privadas, que outros interesses são perseguidos e respeitados na gestão empresarial, mas a lucratividade é elemento fundamental sempre, sob pena de o empreendimento nem sequer se sustentar" (TONIN, Mayara Gasparoto. Op. cit., p. 81). Nessa mesma linha: "[o lucro] que conferirá à empresa estatal a capacidade financeira necessária para que ela continue existindo e perseguindo o interesse público para o qual ela foi criada" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Cit., p. 83).

[53] Examinando o tema nas sociedades de economia mista, consignou-se que "Acima dos interesses próprios dos acionistas públicos e privados está a necessidade de constituição de um

Os resultados financeiros positivos também serão importantes na medida em que a empresa estatal contar com capital de investimento particular.

Uma empresa estatal jamais será constituída tendo por fim a distribuição de lucros para os seus acionistas.[54] Porém, ao abrir as portas para investidores privados aportarem recursos para o atingimento de determinada finalidade de relevante interesse coletivo, o retorno do investimento passará a ser considerado uma obrigação estatutária (art. 117,§1º, alínea "a", da Lei 6.404/1976) ou contratual.[55]

E tal dever independerá da circunstância da empresa prestar serviço público ou atividade econômica em mercados menos regulados.[56] Fato é que a empresa estatal estará praticando atividades econômicas complexas,[57] organizadas a partir da interação de diversos interesses,[58] circunstâncias que não autorizam que a finalidade justificadora da constituição da empresa seja desviada (para a consecução de políticas públicas diversas) ou mantida de forma deficitária ou ineficiente.[59]

Além do que se pode extrair do art. 27 da Lei 13.303/2016, tem-se a eficiência como um princípio constitucional inserido no art. 37 por meio de alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional 19 de 1998. Tal inclusão

---

empreendimento lucrativo justamente para que seja possível o atendimento do interesse público que motivou a criação da companhia" (TONIN, Mayara Gasparoto. Op. cit., p. 86).

[54] "Estatais não existem para sustentar investidores, mas sim para concretizar a Constituição Federal" (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 63).

[55] TONIN, Mayara Gasparoto. Op. cit., p. 86 e ss.

[56] Nesse sentido: CÂMARA, Jacinto Silveira Dias de Arruda. O lucro nas empresas estatais. Cit., p. 88 e ss.

[57] "A complexidade da atividade econômica implica a dificuldade (senão a impossibilidade) de uma distinção rigorosa entre serviço público e atividade econômica em sentido restrito" JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais "empresárias" e "não empresarias". (In) *Revista Eletrônica da PGE RJ,* v.1, n. 2, 2018, disponível em: http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/a-constitucionalidade-da-lei-13-3032016-a-distincao- entre-sociedades-estatais-empresarias-e-nao-empresarias, acesso em 20 de janeiro de 2018, p. 10.

[58] "A macroempresa privada já está vinculada, por si só, a interesses muito mais amplos do que especificamente seu próprio interesse ou o interesse de seus acionistas investidores. A perspectiva institucional adotada no ordenamento brasileiro submete a sociedade anônima privada a uma grande multiplicidade de interesses, como afirma Alfredo Lamy Filho, para quem estaria enterrado o tempo em que se considerava a sociedade anônima 'mera organização dos proprietários'" (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 67).

[59] O que significa exigir do administrador da estatal, no âmbito da prestação de um serviço público "o aproveitamento da oportunidade (…) os rendimentos propiciados pela referida exploração devem ser revertidos para a modicidade tarifária" (JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016. Cit., p. 12).

ocorreu em um contexto no qual a Constituição recebeu um sistema específico para regular a atuação das empresas estatais.

Naquele momento, percebia-se um movimento de saneamento da atuação empresarial estatal, reposicionando o papel da Administração Pública – ciclicamente, corrompido por interesses que não guardam relação com sua função. É o que se extrai do seguinte excerto doutrinário:

> Acentua-se o sabor 'de Constituição-laboratório' diante da aparente contradição entre o livramento dessas empresas das peias do controle das funções administrativas do Estado e a exigência, cada vez maior de que esses controles ganhem em efetividade, o que também é alvo da Emenda 19. A elaboração e a promulgação da lei instituidora do estatuto jurídico dessas empresas, prometida no art. 173 emendado, porão à prova a convivência entre os princípios regentes da atividade empresarial privada (entre os quais o do lucro) e os princípios inscritos no art. 37, *caput*, da Constituição, em face dos quais o lucro, para citar apenas o ponto mais sensível do confronto, deve refletir a rentabilidade da empresa, geradora de *superávits* que devem ser reaplicados na própria empresa, se pública é a função que exerce, ainda que de direito privado seja a natureza de sua personalidade jurídica.[60]

Dezoito anos após a promulgação da Emenda Constitucional 19 de 1998, a Lei 13.303/2016 fornece ferramentas para lidar na prática com o dever de atingimento dos objetivos inseridos na Constituição. No auge de uma nova crise envolvendo as estatais, cujo desvio de função era apontado como uma de suas causas, a Lei 13.303/2016 estrutura "soluções normativas compatíveis com a exploração de atividades empresariais por parte das sociedades estatais", propiciando "a adoção pela sociedade estatal das práticas consagradas no setor privado".[61]

Novamente (após a Emenda Constitucional de 19 de 1998 assim tê-lo feito), a eficiência empresarial, sobretudo na alocação de recursos, é selecionada como vetor de controle da autuação das empresas estatais. Aparentemente, a mesma eficiência que as empresas privadas buscam em sua atuação, limitada também pela necessidade de cumprimento de sua função social.

Como resultado do exame do art. 27 da Lei 13.303/2016, tem-se que, independentemente da prestação de um serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, assim como qual seja sua estrutura societária, a definição da

---

[60] TORRES JUNIOR, Jessé Pereira. Repercussão da emenda constitucional nº 19 sobre o regime jurídico das licitações. *Revista de direito administrativo,* v. 213, jul./set. 1998, p. 5.
[61] JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016. Cit., p. 1.

finalidade precípua da empresa estatal não é incompatível com o atingimento de outros interesses juridicamente tutelados. A empresa deve fazê-lo de modo eficiente – o que implica a sustentabilidade de sua atuação.

Assim, importa perceber que a definição da finalidade da empresa estatal também será essencial para estabelecer as regras pelas quais cada empresa estatal irá constituir suas relações obrigacionais (contratuais). O art. 27 da Lei 13.303/2016 posiciona e conforma os interesses coletivos a serem tutelados pela atuação empresarial estatal em relação a outros valores igualmente relevantes para o Estado ao intervir na economia (como o desenvolvimento sustentável).

Reforça o fato de que a estrutura estatal empresarial deve estar voltada para o atendimento do objeto que define o relevante interesse coletivo especificado na Lei que autoriza sua criação, bem como em seu estatuto social.

Ao contratar terceiros, sua atuação deve considerar tal condição e evitar que contratações sejam utilizadas para atingimentos de outras finalidades, que nada se relacionam com o fim que justificou a criação da empresa estatal.

1.1.2.4 Compatibilizando os interesses a serem atingidos pela empresa estatal

Se a empresa estatal não pode abrir mão do lucro, pois esse é um critério de aferição da alocação eficiente de seus recursos, poderia abrir mão de cumprir o disposto nos incs. I e II do §1º do art. 27 da Lei 13.303/2016 ("acesso de consumidores aos produtos e serviços" e "desenvolvimento ou emprego da tecnologia brasileira para a produção e oferta de produtos")?

Como se nota, ambos os objetivos (lucro e as finalidades derivadas insculpidas no art. 27) devem ser compatibilizados na atuação empresarial estatal. Ou seja, a empresa estatal não é constituída para fins de obtenção de recursos e lucros, nem para garantir os objetivos insculpidos nos incisos do §1º do art. 27 – que são políticas públicas que podem ser atingidas por outros meios.

Porém, a partir do momento em que está constituída, deve (sempre na medida do possível) pautar sua atuação para atingimento daqueles objetivos (*i.e.,* lucrar – ou aportar seus recursos de forma eficiente – e permitir a consecução das finalidades derivadas).

Por isso, a resposta à questão formulada é negativa, se for considerada a seguinte lógica:

(1) cabe ao empresário estatal atuar de forma a atingir as finalidades descritas na Lei que autorizou a criação de sua respectiva empresa, bem como o que está detalhado em seus atos constitutivos;

(2) para conseguir atingir tais objetivo, dentro do modelo empresarial, será preciso obter rendimentos que garantam que a atividade se sustente, inclusive para o cumprimento de compromissos assumidos com investidores;[62]

(3) portanto, o exercício de funções derivadas (que surgem como consequência da atuação principal) será concretizado, na medida em que: (1) os objetivos a serem atingidos sejam compatíveis com a sua finalidade para a qual a empresa estatal foi criada e atua no mercado;[63] e (2) a empresa consiga auferir rendimentos a serem eficientemente alocados para as finalidades derivadas.[64]

O raciocínio encontra amparo no art. 8º, inc. I, da Lei 13.303/2016, que trata da carta anual a ser subscrita pelo Conselho de Administração das Empresas Estatais, bem como o §1º do mesmo dispositivo, que assim dispõe:

> O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput.

Segundo interpretação de José Vicente Santos de Mendonça:

> [a] estatal não pode agir contra o interesse público que justificou sua criação. O foco da empresa, no entanto, é numa atuação empresarial salutar e funcional (o controlador deve exercer o poder de controle no

---

[62] "… a obtenção de superávit financeiro nas atividades desenvolvidas pode ser mais eficientemente alocada na realização de seu fim. O lucro serve para autofinanciar a ampliação das atividades da empresa, bem como para viabilizar a obtenção de recursos junto a instituições financeiras" (CÂMARA, Jacinto Silveira Dias de Arruda. O lucro nas empresas estatais. Cit., p. 14).

[63] O objetivo do inciso I do art. 27 da Lei 13.303/2016 sempre será compatível e, talvez até necessário – já que o acesso ao maior número de consumidores (pessoas com possibilidade de aquisição) aos serviços e produtos produzidos pela empresa estatal não deve excluir a obtenção de ganhos. Já o objetivo do inciso II, referente à preferência pela tecnologia brasileira, dependerá obviamente da análise de sua compatibilidade com a manutenção sustentável e eficiente da atividade fim da empresa estatal.

[64] O presente trabalho não pretende ingressar na análise sobre os parâmetros que devem ser utilizados para se constatar a sustentabilidade econômica da empresa estatal. Para fins de registro, cite-se a posição de Mario Engler Pinto Junior no seguinte sentido: "A sustentabilidade financeira deve ser analisada levando em conta a totalidade dos negócios sociais, e não a rentabilidade de cada operação específica. Nem todo investimento realizado pela empresa estatal necessita ter taxa de retorno positiva, desde que o conjunto das operações seja superavitário. Para isso, a taxa de retorno global não pode ser inferior ao custo médio ponderado de capital, sob pena de não remunerar adequadamente os recursos investidos da companhia por acionistas e credores. A situação de déficit operacional crônico da empresa estatal deve ser solucionada mediante o subvencionamento público" (PINTO JUNIOR, Mario Engler. Op. cit., p. 480-481).

> interesse da companhia). Além de não agir contra o interesse que justificou sua criação, a empresa pode, desde que isto se justifique economicamente e esteja alinhado com sua lei autorizativa, concretizar propósito de interesse geral.[65]

No campo contratual, o §2º do art. 8º da Lei 13.303/2016 estabelece outro processo de controle para atuação derivada da empresa estatal. O dispositivo determina que obrigações e responsabilidades assumidas de forma não usual ao mercado (*i.e.* considerando interesses diversos dos interesses que orientam empresas semelhantes que atuam no mesmo mercado) devem estar respaldadas em atos normativos e "ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil" (inc. II).[66]

Em outros termos, o art. 27, operado por meio do art. 8º da Lei 13.303/2016, estabelece o dever de observância de determinados valores para os quais a empresa estatal tem de estar atenta em sua atuação. Isso significa a obrigação da empresa estatal de atuar para obtenção de sua finalidade precípua, sem descuidar da escolha de estratégias eficientes, que devem ser previamente divulgadas de forma clara e transparente, tanto para obtenção de lucros como para a garantia de outros objetivos igualmente relevantes inseridos no art. 27 da Lei 13.303/2016.[67]

---

[65] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 181. Nesse sentido: "A indicação de que devem ser observadas as razões que levaram à edição da lei de criação da empresa estatal significa que não é possível que haja desnaturação da finalidade inicialmente estabelecida pela lei para a criação da empresa pública ou sociedade de economia mista" (CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais. JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 103). Analisando o inc. I do mencionado dispositivo, que trata da identificação dos compromissos assumidos pela estatal, identifica-se que: "a função da presente informação é identificar qual a quantidade de recursos está empatada em atividades não finalísticas, como pagamento de dividendos a sócios investidores, para permitir aos controles ministeriais, populares, parlamentares e outros a máxima quantidade de recursos para as finalidade de política pública econômica para a qual foi criada a sociedade" (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 63, nota 109).

[66] Entende-se assim que a previsão está alinhada com a posição de Vitor Rhein Schirato, exposta antes da promulgação da Lei 13.303/2016, no seguinte sentido: "Nesse contexto, havendo coesão e clareza na fixação de políticas públicas e os meios para sua realização, podem as empresas estatais desempenhar uma função de extrema importância, na medida em que sua finalidade precípua é a satisfação de necessidade coletivas, independentemente de poder ou não auferir lucros com isso" (SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* cit., p. 194). Já sob a égide da nova Lei, tem-se o seguinte comentário: "A exigência da lei tem por objetivo evitar desvios ou a utilização de empresas públicas ou sociedades de economia mista para o atingimento de objetivos, com prejuízos às referidas sociedades. Agora, a Lei 13.303 passou a exigir que eventuais operações ou negócios deficitários – além de terem respaldo em lei ou regulamento – sejam devidamente justificados, explicitando-se o seu custo e promovendo-se ampla divulgação" (CARDOSO, André Guskow. Op. cit., p. 110).

[67] Para Ana Frazão, a Lei restringe a discricionariedade dos gestores "em prol de regime societário mais bem definido e mais facilmente suscetível de controle e *accountability* efetivos" (FRAZÃO, ANA. O abuso de poder de controle na lei das estatais. (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, ANA; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº

A empresa não pode atuar contra a implementação dos valores e interesses dispostos no art. 27 da Lei 13.303/2016. Assim, não será o lucro, muito menos a possibilidade de realizar funções derivadas, que conformará a atividade empresária do Estado. O principal limitador das escolhas estratégicas de uma empresa estatal será sempre o dever de buscar a satisfação do interesse coletivo que fundamenta sua criação, devendo alocar seus recursos para a realização de seu objeto social.

Tal lógica deve refletir fortemente na maneira com que a empresa estatal contratará bens, serviços e obras, especialmente na interpretação e aplicação das normas organizadas na Lei 13.303/2016. Afinal, a contratação dos insumos para garantir sua atuação é uma das formas pelas quais a empresa garantirá sustentabilidade para atingimento das finalidades descritas em Lei e no seu objeto social, mas também permitirá a realização das finalidades derivadas do art. 27.

1.1.3 Conclusão parcial: a atuação empresarial do Estado e o regime de contratação das empresas estatais

Em síntese, o presente trabalho partirá das seguintes premissas:

(1) no Brasil, os dados apontam que as empresas estatais são utilizadas em diversas áreas da economia para o exercício de diversas atividades ou até mesmo funções administrativas;

(2) a Constituição Federal de 1988 permite a utilização da veste empresarial pelo Estado para intervenção econômica quando justificado o atingimento de um interesse coletivo ou o resguardo da segurança nacional;

(3) a Lei que autoriza a criação da empresa estatal e seu estatuto são fundamentais para a identificação e especificação do interesse coletivo a ser atingido e qual será a atividade desenvolvida pela empresa para tal fim;

(4) a função social desenvolvida pela empresa compreende a atividade descrita em seu objeto social. Para tanto, a empresa estatal deve ser eficiente na

---

13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 115). Antes da Lei, Aldo Musacchio e Sergio Lazzarini fizeram a seguinte advertência: “quando uma estatal busca o duplo resultado, há sempre o risco para os investidores privados minoritários de os governos intervirem para auferir ganhos políticos. Desde que as normas sejam relativamente estáveis e se imponham freios e contrapesos às ações do governo, os investidores podem aceitar que parte da estratégia da estatal seja cumprir certos objetivos sociais e, ao mesmo tempo, garantir a lucratividade satisfatória. Quando, porém, o governo muda com frequência o tipo e a intensidade das intervenções, os investidores privados (minoritários) relutarão cada vez mais em fornecer capital adicional às empresas estatais” (MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. Op. cit., p. 331).

alocação de seus recursos, o que se verifica por meio da obtenção de lucros. Quando possível, a empresa estatal deve atingir as finalidades derivadas do art. 27 da Lei 13.303/2016, nas quais se buscam o desenvolvimento de outras políticas públicas.

Esse é o contexto sobre a constituição e a atuação funcional das empresas estatais no Brasil, que deve ser considerado para que se compreenda o(s) regime(s) pelo(s) qual(is) tais empresas realizarão suas contratações.

1.2 O OBJETIVO DA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PELA ESTATAL

Qualquer empresa, estatal ou privada, precisa de bens, serviços e obras fornecidos por terceiros para a realização de suas atividades – a internalização da produção dos insumos necessários para o desenvolvimento da atividade principal da empresa nem sempre é alternativa estratégica mais vantajosa.[68]

Além disso, igualmente movidas por questões estratégicas, as empresas também contratam bens, serviços e obras que não necessariamente se relacionam diretamente com suas atividades.

Quando há disponibilidade de recursos, somado ao volume de contratações de obrigações de fazer ou entregar coisas, as empresas estatais revelam um verdadeiro "poder" de transformação econômico e social. E os fatos revelam que as empresas estatais movimentam um valor enorme de recursos para contratação de bens, serviços e obras.[69]

Relatório de auditoria do TCU, que examinou a "economicidade, eficiência e efetividade dos processos de trabalho associados ao cadastro de fornecedores de

---

[68]"No momento da celebração, as partes acreditam que estarão 'melhor com o contrato do que sem ele'. O agente econômico celebrará o ajuste se entender que esta é uma boa alternativa para a satisfação de sua necessidade. Vale dizer, o negócio com terceiros será realizado apenas se a opção de produzir internamente determinado bem ou serviço não for mais vantajosa para a empresa. (...) A produção *interna corporis* envolve *custos*; a contratação com terceiros também. Tudo está em *ponderar* qual o caminho mais lucrativo: adquirir o bem no mercado ou obtê-lo internamente?" (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 142).

[69]Trata-se de constatação que vale para as contratações realizadas por entes estatais. Na Europa, Gabriella M. Racca relata que "*la spesa relativa ai contratti pubbici rappresenta in Europa uma percenuale pari a crica il 19% del prodoto interno lordo*". Para a autora, tal dado revela um poder aquisitivo significativo "che ove ultilmente orientato potrebbe cosituire un significativo strumento di politica industriale in Europa per la crescita e l'innovazione" (RACCA, Grabriella M.. La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale. (In) MARZUOLI, Carlo; TORRICELLI, Simone (coord.). *La dimensione sociale dela contrattazione pubblica*: disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. Napoli: Scientifica, 2017, p. 172).

bens e serviços" da Petrobras, identificou que "no período de 1/1/2011 a 30/4/2014, a estatal celebrou contratos para aquisição de bens e serviços no valor total de R$368,9 bilhões". No mesmo período, foram pagos R$177,3 bilhões em contratos para o fornecimento de bens e serviços.[70]

Por isso, os limites finalísticos impostos ao uso desse poder, considerando as atividades desenvolvidas pelas empresas estatais para atingimento de seus objetivos, precisam ser compreendidos para que se possa retratar o regime jurídico das contratações pelas empresas estatais.

Assim, o presente tópico tem por fim analisar de que modo o poder de compra das empresas estatais pode ser utilizado. A finalidade estabelecida pela estatal na realização de suas contratações será fundamental para a análise e interpretação das normas que são aplicáveis a tal atividade.

1.2.1 Contratação de bens, serviços e obras essenciais como meio para realização da atividade econômica desenvolvida pela estatal

A principal finalidade das contratações das empresas estatais é obter, por meio da celebração de negócios jurídicos, os insumos necessários para manutenção de suas atividades.

Por meio da contratação, a estatal também buscará negociar e obter preços considerados adequados e garantir a qualidade dos objetos contratados, permitindo-lhe manter sua atividade de forma economicamente sustentável.

Com base nas premissas definidas acima, pode-se afirmar que para estatais, manter suas atividades significa atuar no mercado (com ou sem concorrência) por meio da prestação de serviços ou fornecimentos de bens a preços considerados aceitáveis para custear suas despesas, gerar lucros e cumprir seu objeto estatutário e sua função social – inclusive de ampliar o acesso de sua produção aos consumidores (art. 27, §1º, inc. I, da Lei 13.303/2016).

Por exemplo: se os serviços prestados pelas estatais forem considerados serviços públicos (direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Estado), a contratação dos bens, serviços e obras tem que servir de meio para garantir a oferta

---

[70] Dados disponíveis no relatório de auditoria que instrui o Acórdão 272/2016, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, j. 17.02.2016.

universal, contínua, a valor módico, sem que isso lhes acarrete prejuízos (partindo da premissa de que, para as estatais, a obtenção de lucro nunca será um fim em si mesmo).

A necessidade contínua da empresa estatal contratar terceiros lhe franqueia a oportunidade de aquisição de experiência para a formação de processos de contratações mais eficientes. Na medida em que a empresa estatal contrata com frequência determinado objeto, terá condições de compreender melhor o produto oferecido, os fornecedores e a concorrência, bem como formatar contratos que permitam que o objeto contratado seja melhor executado. Tudo isso contribui para que a empresa consiga obter melhores resultados na ponta da cadeia produtiva, em que a atividade-fim da empresa estatal precisa ser cumprida.

Portanto, o processo de contratação empreendido pelas empresas estatais (seja ele por meio de licitação ou outro regime – conforme será abordado mais adiante) é caracterizado como uma "atividade-meio" para a consecução das finalidades institucionais a serem atingidas por meio da empresa estatal. Ou seja, a finalidade imediata do processo de contratação é obter bens, serviços e obras para realização sustentável de suas finalidades institucionais.

Tomando-se como exemplo a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras – empresa líder do Grupo Petrobras) e suas licitações publicadas entre 1º.01.2019 e 31.03.2019, obtém-se o registro de 231 processos de contratações.[71] Trata-se de contratação de bens, serviços e obras muito variados. Apenas a título exemplificativo, é possível se extrair das últimas duas abas da pesquisa realizada, diversos "objetos" muito distintos.[72]

Há um universo de serviços e bens que devem ser contratados pela Petrobras para que a empresa possa manter e lidar com a sua estrutura voltada ao desenvolvimento das atividades previstas em seu estatuto:

---

[71] Pesquisa realizada por meio do portal "Petronect", inserindo-se os parâmetros acima no seguinte link: https://www.petronect.com.br/irj/portal/anonymous/pt. Acesso em: 1º abr. 2019.

[72] Por exemplo: Cálculos Judiciais; Cabos de aço; Servidores e computadores; Caixa com disjuntor e derivados; Selo do pistão específico; Anodos para Duto; Válvula hidráulica; Perfurador de poços e monitoramento de águas subterrâneas; Serviço de suporte a elaboração de projetos; Serviços de docência; Global Nacional de Parafuso Máquina; Termômetro Óptico Digital; Serviços de apoio ao suprimento de Bens da Petrobras (dividido em 3 lotes); Serviço de operação, monitoramento e manutenção de tratamento de esgoto sanitário; Serviços de manejo da fauna doméstica e silvestre; Locação de turbina geradora de gás; e Serviço de manutenção, inspeção e apoio a resgate em espaços confinados e em locais de difícil acesso, por meio de técnica de alpinismo

> (...) a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins[73].

Além disso, essa mesma amostragem (que considerou tão somente as contratações promovidas por meio de procedimento licitatório – não contando os casos em que houve inexigibilidade ou dispensa da licitação) torna válida a observação de que o processo de contratação constitui uma atividade-meio fundamental,[74] empreendida pela estatal para garantir sua finalidade estatutária.

A rigor, tem-se nas contratações das estatais o mesmo objetivo das contratações do Estado: "viabilizar o suprimento direto dos entes públicos e a disponibilização de utilidades públicas diretamente relacionadas ao objeto contratado".[75]

Sob esse ponto de vista funcional, deve-se compreender o objetivo do constituinte em elevar a licitação à regra constitucional,[76] estabelecendo os seguintes valores a serem observados: isonomia, melhor proposta ou proposta mais vantajosa e competição.[77] Tal sistema também visa a criar um processo que evite fraudes e corrupções nas contratações, que impacte sua eficiência – tal qual ocorre no âmbito das empresas privadas com o estabelecimento de regras de *compliance*.

---

[73] Disponível em: https://www.investidorpetrobras.com.br/pt/governanca-corporativa/estatuto-social. Acesso em: 1º abr. 2019.

[74] E não apenas para as empresas estatais: "A contratação pública é vista como uma 'atividade-meio', que viabiliza o *Estado-comprador* adquirir determinada utilidade (obra, bem ou serviço) especificada como objeto do contrato. É o que chamo de *função primária e original da contratação pública*" (ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas*: o uso derivado da contratação. 2017. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 18).

[75] ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 18).

[76] "A Constituição da República de 1988 conferiu, às licitações da Administração Pública, pela primeira vez na história das Cartas Políticas Fundamentais brasileiras, o *status* de tema constitucional, tal importância que o princípio da competitividade no acesso às contratações administrativas passou a ter para a democratização e a moralidade da gestão pública, sem prejuízo da segurança jurídica, no Estado contemporâneo" (TORRES JUNIOR, Jessé Pereira. Op. cit., p. 1).

[77] ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 19. Sérgio Barros demonstra que há dois argumentos que fundamentam a licitação: um de caráter economicidade e moralidade (BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato:* a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995, p. 128 e ss.).

Afinal, fraudes e corrupções nada mais são do que meios para utilização dos processos de contratações para a obtenção de finalidades não tuteladas pelo ordenamento jurídico e que impedem que o objetivo da contratação seja atingido.

O art. 31 da Lei 13.303/2016, deixa claro essa finalidade primária, quando estabelece invoca expressamente os valores da isonomia, economicidade e competitividade.[78] Nota-se uma forte tendência da Lei em garantir que as contratações ocorram em um ambiente de probidade, justamente para que a empresa estatal assegure "a seleção da proposta mais vantajosa".

Cabe apenas o exame da possibilidade de que o processo de contratação das empresas estatais sirva ao desenvolvimento nacional sustentável, alçado como princípio no art. 31.[79]

Trata-se de questão que remete à possibilidade da utilização das licitações para o atingimento de finalidades derivadas, vinculadas à observância de políticas públicas gerais, também contempladas no art. 27 da Lei 13.303/2016. Ou seja, finalidades que não estão nos limites daquilo que compreendem as necessidades imediatas das estatais para manutenção de sua atividade.

1.2.2 Possibilidade de atendimento de outras finalidades por meio do processo de contratação?

Assim como a questão sobre os limites para que as empresas estatais sejam utilizadas como instrumento para atingimento de políticas públicas mais abrangentes do que a finalidade que justificou sua criação, também é necessário verificar se suas contratações podem servir para outras finalidades, além da

---

[78] Que são desdobradas em outras regras específicas, como a previsão de possibilidade de parcelamento do objeto da licitação, prevista no art. 32, inciso III, da Lei 13.303/2016, conforme explica a doutrina: "O dispositivo supracitado direciona a estatal para parcelar os objetos das licitações, de modo a ampliar a competitividade. A premissa é de dividir os objetos em partes menores, para que empresas menores possam participar da licitação. Empresas que, talvez, não poderiam participar se o objeto fosse concentrado, porque não teriam condições técnicas e econômico-financeiras" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117).

[79] Observam Alessandro Octaviani e Irene Nohara que posicionando o desenvolvimento nacional como objetivo: "(…) revela política jurídica visando a garantir a transversalidade adequada à magnitude da tutela do projeto nacional de desenvolvimento determinado pela Constituição, que prevê como um dos eixos mais relevantes, articulado à ideia de soberania econômica e popular, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225" (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 139).

aquisição de serviços, bens e obras fundamentais para manutenção de sua atividade.

Pode a empresa estatal utilizar seu grande poder de compra para fomentar políticas públicas[80], utilizando o poder econômico decorrente desta atividade-meio? Nas palavras de Marina Fontão Zago, valer-se do processo de contratação como:

> (...) instrumento indireto de políticas públicas, por meio da inclusão, ao longo de todo o processo de contratação (isto é, não apenas no objeto do contrato), de requisitos ou obrigações paralelos e adicionais à finalidade direta e originalmente visada com aquela contratação. Nesses casos, há uma derivação da finalidade principal e imediata da contratação pública, com a inserção de novo fim. O Estado passa, assim, a utilizar seu poder de compra, por meio das contratações públicas, como instrumento de efetivação de políticas e fins públicos diversos.[81]

Como visto acima, se por um lado, a criação das empresas estatais está limitada às hipóteses constitucionais e sua atividade deve se cingir aos objetivos previstos em seu estatuto (que por sua vez, devem guardar relação com as hipóteses constitucionais), por outro, verifica-se a possibilidade de que as estatais sejam utilizadas como instrumentos de fomento ou regulação de outras políticas públicas[82] – sobretudo, diante da previsão do art. 27 da Lei 13.303/2018.

Portanto, considerando o montante de recursos disponíveis e as demandas das estatais por bens, serviços e obras, uma das ferramentas para a derivação das atividades finalísticas das empresas estatais também poderá ser o seu poder de

---

[80] Segundo Juliana Palma, trata-se de uma das maiores controvérsias de que as compras públicas sustentáveis ensejam (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. (In) SUNDFELD, Carlos Ari; e JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102).

[81] ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 19. Na Europa, Gabriella M. Racca relata que a Diretiva Europeia 24/2014 traz como seu objetivo prioritário "una maggiore efficienza dela spesa pubblica e um utilizo srategico degli appalti pubblici da parte dei comitenti per perseguire 'obiettivi condivisi a valenza sociale' e ambientale o legati ala tutela dela salute favorendo, atraverso politiche incentrate sulla domanda, l´innovazione delle piccole medie imprese. La domanda pubblica, se correttamente orientata, può costituire utile stimolo all'inovazione e agli investimenti da parte degli operatori economici dei mercai di referimeno, favorencendo la compeiività tra gli stessi, la creazioni di nuove opportunità di lavoro e uma crescia econômica intellgigente, sostenibile e inclsiva, com più eficiente impieo di rsorse e finanziamenti pubblici" (RACCA, Grabriella M.. Op. cit., p. 192).

[82] "A estatal, instrumento que encarta, como demonstrado em sua análise funcional, o 'interesse público', o 'imperativo de segurança nacional, o 'relevante interesse coletivo' e o 'interesse geral da economia nacional', está, por óbvio, subordinada a trabalhar para garantir o desenvolvimento nacional e o art. 27 da Lei 13.303/2016 (ainda que não seja o único texto normativo na constelação incidente às estatais a tratar do tema) menciona a justificativa de criação de uma estatal como vinculada ao alcance do bem-estar econômico e à alocação socialmente eficiente dos recursos geridos para ampliação economicamente "sustentada" do acesso de consumidores aos produtos e serviços oferecidos, bem como o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira de maneira economicamente justificada" (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 139).

contratação.[83] Assim, atribui-se ao processo de contratação empreendido pela empresa estatal uma função dita "derivada" em relação à sua finalidade principal, que é a de garantir a satisfação de uma necessidade inerente ao seu funcionamento e à realização de seu objeto estatutário.

Em termos gerais, observa Marina Fontão Zago que o Estado pode vincular "seu papel de comprador ao exercício de uma função regulatória (...) utilizando as contratações públicas (...) para implementar outro fim público, diversificando assim os fins das contratações públicas".[84] Na Itália, Roberto Caranta cogita no uso "estratégico das licitações", servindo para o fomento da inovação, tutela das pequenas e médias empresas e para o atingimento de finalidades ambientais e sociais.[85]

Ocorre que as funções de comprador e fomentador, seja para o Estado seja para suas empresas estatais, são praticadas com base em premissas diversas. Conforme definiu-se acima, a aquisição bens, serviços e obras para manutenção da atividade da empresa estatal se dá em observância à isonomia, à competição e à vantajosidade, enquanto "a função derivada tem por principal embasamento valores distributivos e de equidade material".[86]

A função derivada se explica como uma forma de realização de política pública empreendida pelas empresas estatais, que extrapola a decisão política que justificou sua criação. Afinal, não faz sentido que uma empresa estatal seja criada

---

[83] "Assim, com a articulação entre os critérios de capacitação tecnológica brasileira, respeito aos padrões aos padrões ambientais, zelo pelos direitos do consumidor, favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, para que haja pleno emprego (em que se articulam e são amalgamadas pautas do cunho econômico, social e ambiental, entre outros, todas subordinadas ao projeto constitucional), as licitações devem servir como momentos concretos de implementação das funções para as quais as estatais foram criadas"(OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 139).

[84] ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 20.

[85] CARANTA, Roberto. Clausole sociale e ambientali e rispetto del principio di concorrenza. (In) MARZUOLI, Carlo; TORRICELLI, Simone (coord.). *La dimensione sociale dela contrattazione pubblica*: disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. Napoli: Scientifica, 2017, p. 128. Vale aqui a menção a ideia de autonomia contratual da Administração de Simone Torricelli. Para o autor: "L'autonomia contrattuale, riferita all'amministrazione, è, prima di tutto, la prerogativa dell'amministrazione di fare politica mediante gli acquisiti, offrendo ad essa una leva di azione cui non si può rinunciare in nome di interessi privati e che al contrario richiede di essere valorizzata come tale" (TORRICELLI, Simone. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. (In) MARZUOLI, Carlo; TORRICELLI, Simone (coord.). *La dimensione sociale dela contrattazione pubblica*: disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. Napoli: Scientifica, 2017, p. 25).

[86] ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 23. Nesse sentido, Roberto Catana observa que durante a concepção do contrato é clara, por exemplo, "la tencione tra sostenibilità ed il timore di possibili distorsioni dela concorrenza" (CARANTA, Roberto. Op. cit., p. 129).

apenas para que suas contratações sirvam para fomentar o mercado de potenciais fornecedores de produtos e serviços. A empresa estatal é criada, pois se chegou à conclusão de que a utilização da forma empresária era a melhor maneira possível de atender diretamente determinado interesse coletivo.

Porém, por força do art. 27 da Lei 13.303/2016, a estatal deve, quando economicamente possível, priorizar o emprego de tecnologia brasileira (§1º, inc. II) em sua cadeia produtiva, bem como "adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa" (§2º). É a própria Lei que introjeta no regime das estatais o dever de que as empresas também assumam um compromisso com o desenvolvimento econômico nacional, o que implica adotar medidas para o atingimento de finalidades que ultrapassam a satisfação de suas necessidades mais imediatas por meio da contratação.

A função derivada também pode ser encarada como um produto da própria responsabilidade da empresa estatal enquanto *consumidora* (destinatária) relevante de bens, serviços e obras e *fornecedora* de outras atividades a serem desenvolvidas para a sociedade. Trata-se do que Marina Zago Fontão chama de "outro lado da moeda do poder de compra".[87] Não parece absurdo exigir de qualquer empresa o consumo consciente de insumos para a sua produção.

No caso das estatais, tal responsabilidade se extrai da própria Lei 13.303/2016, que em seu art. 32 estabelece que as empresas estatais devem, em seus processos de contratação, buscar a maior vantagem "considerando custos e benefícios diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância".[88]

---

[87] "… ao mesmo tempo em que as compras públicas mostram-se como instrumento à disposição do Estado para efetivação de fins públicos, a busca desses fins públicos também nas contratações públicas apresenta-se como dever do Estado, agindo de forma coerente e consistente" (ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 253).

[88] Texto normativo que envolve as três frentes constatadas por Marina Fontão Zago como reação à (flexibilização da) "ditadura do menor preço": "… ampliação do conjunto de fatores a serem considerados como custo da contratação, especialmente a partir da abordagem de todo ciclo de vida do produto; (ii) a flexibilização do menor preço como regra geral para a escolha da melhor proposta (…) e (iii) a consideração de fatores técnicos diversos (socioeconômicos), não exclusivamente econômicos, dentre as características a serem atendidas pela contratação e pelo seu objeto" (ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 81). Sobre (1) tal reação no âmbito da União Europeia e o conflito entre o Parlamento (cuja posição era de acabar com critério do preço mais baixo) e a Comissão (preocupada com a discricionariedade que se daria ao ente contratante) para formulação do art. 67 da Diretiva 2014/24/UE e (2) a impossibilidade de impor o critério de preço mais baixo ao ente contratante, por receio à corrupção, ver: CARANTA, Roberto. Op. cit., p. 137).

Assim, está claro que o regime de contratação das empresas estatais é formado a partir da ponderação entre o princípio da eficiência, a defesa do consumidor/usuário do serviço público[89] e a possibilidade de o administrador fomentar políticas públicas vinculadas à contratação de bens e serviços.

Ainda que se admita a possibilidade de que a contratação em ambiente isonômico e competitivo permita que a empresa estatal considere outros fatores, para além do menor preço, quando for escolher o produto a atender sua necessidade, não se pode colocar o critério da vantajosidade em segundo plano.

Nesse contexto, a ressalva do legislador, ao definir os termos do art. 27 da Lei 13.303/2016, para que o administrador atue de forma economicamente sustentável é extremamente relevante. A função derivada das compras públicas não pode prejudicar a função primária da contratação[90]. Essa é guiada pelos valores da isonomia, melhor preço e competição. Qualquer outra finalidade buscada na contratação, que não aquela prevista no estatuo social, não pode importar prejuízos às atividades desenvolvidas pela empresa estatal, impactando suas contratações e a qualidade de sua produção e os rendimentos que a tornam sustentáveis.

O cumprimento de sua finalidade precípua é por si só uma forma de execução das políticas públicas que justificaram sua criação. Por exemplo, ao iniciar a contratação de projetos de inovação ou encomendar equipamentos tecnológicos para exploração de petróleo, no intuito de garantir sua atividade principal, a Petrobras fomenta o mercado de inovação e tecnologia.

Em outros termos, as estatais devem ser eficientes ao empreender suas atividades empresariais. Trata-se de dever que se extrai da própria Constituição[91],

---

[89] "O art. 170 da CF/1988 estabelece que a ordem econômica deve observar, dentre outros princípios, a defesa do consumidor (inc. V). A elevação compulsória dos preços praticados pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica é transferida para os preços e é arcada pelo consumidor. Os custos das utilidades por eles adquiridas é superior ao necessário e tal decorre do interesse em beneficiar determinados setores empresariais" (JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal. (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 296-297).

[90] A partir do resultado de sua tese, sobretudo da percepção sobre a complexidade pela tensão entre os valores que guiam a função primária e derivada, Marina Fontão Zago entende que o uso desta "deve ser evitado" (ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 320).

[91] Ao tratar das preferências impostas pela Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho consigna que: "A determinação examinada configura, então, uma regra violadora da exigência de que as empresas estatais exploradoras da atividade econômica atuem com a máxima eficiência possível. Essa determinação encontra-se implícita no princípio da república e decorre diretamente da previsão do *caput* do art. 173. Se existe um relevante interesse coletivo ou um imperativo de segurança nacional

que determina limites à derivação das finalidades da contratação regulada pela Lei 13.303/2016. Assim, conclui-se que a Lei 13.303/2016 possui ferramentas a justificar medidas de fomento ou regulação por meio do poder de compra das estatais, mas não cria o dever de que tais medidas sejam adotadas. Serão adotadas sempre que não afetarem, mas agregarem valor às atividades que justificaram sua criação.

Daí o questionamento quanto às regras de preferência a determinados agentes, como ocorre com a imposição pela Lei 13.303/2016 de observância aos arts. 42 a 49 da Lei Complementar 123/2006, dos quais se extraem preferências competitivas para as microempresas e pequenas empresas no processo licitatório previsto na mencionada lei. Para Marçal Justen Filho, o dispositivo deve ser considerado inconstitucional[92] por não ser compatível não só com a finalidade da contratação em si, mas por criar obstáculos à técnica empresarial escolhida para atuação do Estado. Nesse sentido, cite-se a seguinte passagem:

> O problema é muito distinto relativamente às empresas estatais, exploradoras de atividades econômicas. Todas as contratações promovidas por elas compõem os custos que são transferidos para os preços que praticam no mercado. Se a empresa estatal for obrigada a pagar preços mais elevados para desenvolver a sua atividade econômica, haverá o comprometimento da sua capacidade competitiva.
> Ou seja, a determinação contemplada no §1º do art. 28 compromete a exigência de eficiência, eis que a empresa estatal é constrangida a pagar valores superiores aos que poderia obter no mercado pelos mesmos produtos e serviços. Isso se traduzirá em redução de sua capacidade competitiva. Assim se passará porque os seus competidores não se subordinarão a idêntico regime e poderão contratar bens e serviços pelo menor preço possível.[93]

Assim, a exigência constitucional de eficiência e respeito ao consumidor pelas empresas estatais também determina a excepcionalidade da utilização do poder de compra das empresas estatais com finalidade derivada de atividade de fomento[94] (ainda que sendo o principal objeto da contratação). Ao comentar os

---

ou uma razão de monopólio estatal, impõe-se que os preços praticados pela empresa estatal sejam os menores possíveis. Elevar tais preços para assegurar subsídios a certos setores empresariais infringe esse postulado”

[92] “O dispositivo determinou a aplicabilidade às licitações de empresas estatais das preferências prevista LC 123/2006. Essa solução é inconstitucional” (JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 294).

[93] Ibid., p. 296.

[94] Em âmbito mais geral, analisando as contratações públicas (não apenas as empreendias pelas empresas estatais), Marina Fontão Zago conclui que a transformação da função derivada em primária é (ainda que criticável) a melhor maneira de utilizar o poder de compra do Estado como instrumento de política pública. Nos termos da tese da autora: “Caso, dentre os instrumentos de

termos do art. 29, inc. VII, da Lei 13.303/2016[95], Marçal Justen Filho entende que a função derivada imposta ao processo de licitação deve ser excepcional, não cabendo: "à empresa estatal atuar como instrumento do Estado para satisfação de outras necessidades, que não aquelas que justificarem e legitimaram a exploração da atividade econômica".[96]

Como acima referido, faz sentido que o fomento de determinada atividade ocorra naturalmente por meio da própria atuação precípua da empresa estatal no mercado. Se destinada à realização de pesquisas num determinado setor, é natural que a empresa necessite adquirir tecnologia inovadora. Como consequência, notar-se-á o fomento ao setor de tecnologia por meio de suas aquisições.

Para atingimento de outros fins, a empresa deverá motivar sua decisão demonstrando as vantagens que serão obtidas, e se possível, vinculando-as às finalidades estatutárias da empresa.

Considerando o exposto, entende-se que há possibilidade de que as contratações realizadas pelas empresas estatais se preocupem com outros valores, não necessariamente vinculados à melhor contratação para satisfação de sua necessidade mais imediata – de preferência se tal preocupação puder agregar valor à atividade disponibilizada pela empresa estatal.

Porém, é preciso que, na concepção do contrato, quando são definidas as obrigações que serão contratadas para atingimento de determinada necessidade, tais valores sejam sopesados, sempre tomando em conta o cumprimento da finalidade estatutária da estatal, a fim de justificar os gastos e os retornos a serem obtidos com a contratação, sobretudo para os consumidores e usuários.

---

política pública, opte-se por estruturar e operacionalizar a ação estatal por meio da contratação pública, os fins a serem satisfeitos devem ser colocados como a própria função primária da contratação. Instrumentos regulatórios estruturados de forma direta trazem maior transparência, segurança jurídica, eficiência e eficácia do que com o uso da função derivada. A colocação do fim visado como o próprio objeto da contratação diminui os conflitos gerados pela função derivada em relação aos valores da isonomia, competição e concorrência". No mesmo trecho, a autora critica a "forma oblíqua de contratualização da ação governamental" (ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 322).

[95] Que dispensa o processo de licitação na hipótese de "contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos".

[96] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 312.

1.2.3 A impropriedade da diferenciação do objeto contratado de acordo com a sua imprescindibilidade para a atividade-fim da empresa

Entendidas as finalidades da contratação como atividade meio para a consecução dos objetivos das empresas estatais, bem como os limites para a utilização "derivada" de tal instrumento, é preciso também que se examine as vantagens em se classificar o objeto da contratação de acordo com a sua vinculação à atividade desenvolvida pela empresa estatal.

Segundo Vitor Rhein Schirato, as contratações vinculadas às atividades-meio são aquelas realizadas para o exercício (para viabilização) de seus "misteres", sendo que as contratações para atividade-fim dizem respeito ao âmbito da finalidade da empresa. O autor exemplifica a segunda categoria como "contratações concretizadas no tocante aos bens e serviços oferecidos pelas empresas estatais exploradoras de atividades econômicas".[97]

A lógica empregada na classificação está no reconhecimento de que as contratações essenciais para as empresas estatais não podem ser dificultadas pela exigência de que se observe procedimentos licitatórios burocráticos, sob pena de inviabilizar a utilização da técnica empresarial pelo estado[98]. Então, para as contratações vinculadas à atividade-fim não se realiza licitação, pois isso inviabiliza a atividade da empresa.

A rigor, a classificação nunca foi prevista de forma expressa em lei, mas ganhou prestígio a partir de decisões do TCU. Foi construída com base no art. 25 da Lei 8.666/1993,[99] cujos termos estabelecem a hipótese de inexigibilidade de licitação por "inviabilidade de competição" – que também sempre foi extremamente controversa, por permitir diversas interpretações dos órgãos de controle, no âmbito do controle da Administração Pública.

---

[97] SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* cit., p. 105.

[98] Conforme explica Igor Bedone, trata-se de solução que serviu para "abrandar o regime rígido imposto pela redação original da Constituição Federal e pela Lei n.º 8.666/1993, e que de certa forma continuou mesmo após o 'emendão', dada a delonga em ser editado o Estatuto das Estatais" (BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 189-190). Nesse sentido explica Alexandre Santos de Aragão que: "O principal motivo para a inexigibilidade de licitação nesses casos é de índole constitucional, fundado em uma necessidade de ordem prática: para que a estatal possa competir em igualdade de condições, deve-se garantir – institucionalmente – a isonomia entre todas as possíveis concorrentes, públicas ou privadas" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*... cit., 2018, p. 225).

[99] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 201.

Assim entendida, a questão passa a ganhar um nível de complexidade que desafia a segurança jurídica a ser buscada pela criação das categorias. É muito difícil categorizar, de forma precisa, determinada contratação como vinculada diretamente ou não à estratégia para atingimento das finalidades da empresa.

A rigor, para o administrador da empresa estatal, qualquer decisão estará sempre sujeita a questionamento. Trata-se de situação que pode afetar a eficiência exigida nas contratações realizadas pelas empresas.

Retomando-se às contratações iniciadas pela Petrobras no primeiro trimestre de 2019: como classificar a contratação de cabos de aço ou de serviços de docência a partir de sua vinculação à atividade-fim ou atividade-meio? A princípio, ambas as hipóteses estão diretamente vinculadas ao objeto social da Petrobras (donde se extraí sua atividade-fim).

Esse é o ponto, ressaltado pela doutrina, para refutar tal classificação. O enquadramento das situações na noção de atividade-fim ou atividade-meio não ocorria de maneira fácil.[100] Determinadas atividades podem ser classificadas nas duas categorias, o que tornaria a separação inútil para definição do regime a ser aplicado. Aliás, não havia sequer uma homogeneidade em relação ao que se entedia por atividade-fim ou atividade-meio para fins de estabelecer tal critério.[101]

Porém, a premissa da ideia é válida: a licitação, tal qual prevista na Lei 8.666/1993, é incompatível com a atuação empresarial. O problema é que a categorização criada gera debates intermináveis e pouca segurança jurídica.

Para evitar a incidência do regime previsto na Lei 8.666/1993, há quem entenda que, na categoria das contratações de “atividades-fim”, estão também as contratações de terceiros pelas empresas estatais de objetos que estejam diretamente relacionados aos seus respectivos objetos sociais – e não apenas as contratações das empresas estatais por terceiros para realização das atividades

---

[100] “... a distinção entre atividade-meio e atividade-fim é cada dia menos clara. Há casos em que uma contratação poderá ser considerada relacionada a atividade-meio, mas seus reflexos são essenciais para uma atividade-fim (por exemplo, a contratação de sistema de informática por instituição financeira pública). Como consequência, aplicar a dicotomia em questão poderá trazer consideráveis prejuízos à empresa estatal em relação a suas competidoras privadas” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* cit., p. 110). Nesse

[101] SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 78.

para as quais foram constituídas. Assim, a compra de determinados produtos ou serviços podem ser assim classificados para evitar o regime de licitações.[102]

Conforme relata Carolina Fidalgo Barros, a partir de estudo de dois julgados do TCU (Acórdão 121/1998 e 624/2003), o conceito de atividade-fim foi "alargado". A autora identificou que, para o TCU, "poderiam ser contratados diretamente o fornecimento dos produtos ou a prestação de serviços que tiverem importância direta e estratégica para a consecução de tais objetivos".[103]

A forma com a Lei 13.303/2016 trata da questão será retomada no terceiro capítulo. Por ora, importa fixar a premissa de que o critério de classificação examinado não é adequado para construção do regime de contratação.

1.2.4 Conclusão parcial: a finalidade da contratação pela estatal como vetor a determinar a concepção de um regime

As empresas estatais não são capazes de manter suas atividades sem contar com serviços de terceiros. A demanda das empresas estatais por serviços de terceiros e os recursos disponíveis são bastantes relevantes para o mercado, bem como determinam que se estabeleçam regras e procedimentos para que tal "poder de compra" não seja desvirtuado.

Por isso, a principal finalidade que se deve atingir com o processo de contratação que será implementado é a celebração de contratos que agreguem valor ao seu processo produtivo para o qual a estatal foi constituída, permitindo o exercício de suas atividades de maneira eficiente.

---

[102] "Dessarte, como interventoras no domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade-fim das empresas e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório. Nesses casos, não há porque promover uma licitação para a aquisição de barris de petróleo para refino, nem para a venda dos bens produzidos pela Petrobras. Não fosse assim, haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais desembaraçada, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar (…)" (BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998.* Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 152).

[103] FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 296-297. Conforme André Rosilho e Larissa Santiago Gebrim, o entendimento do TCU, formado em questão que versava sobre o dever de licitação da Petrobras em caso de contratação de transporte de combustíveis líquidos, "pode ser considerado paradigmático, já que foi replicado em diversas situações, até mesmo após a edição do Decreto nº 2.745/98" (ROSILHO, André; GEBRIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU? *Revista de direito público e economia,* ano 13, n. 50, abr./jun. 2015. Disponível em: www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236530. Acesso em: 27 mar. 2019).

Quando as empresas estatais se afastarem de suas atividades e objetivos estatutários, sendo utilizadas para a consecução de outras políticas públicas, em que provavelmente não estará atuando de forma empresarial e muito menos em ambiente competitivo[104], há de se impor um processo de contratação mais rigoroso – inclusive para que não se desvirtue o "poder" de compra das estatais, prejudicando-as a cumprir o dever de eficiência na alocação de seus recursos.

Daí a importância de se identificar a finalidade de cada contratação para compreensão e formatação do respectivo regime jurídico. Trata-se de tarefa complexa, ainda mais quando somada à constatação sobre a realidade da utilização da técnica empresarial pelo Estado, revelando a dificuldade em se construir um regime único para as contratações realizadas pelas empresas estatais

1.3 O DESAFIO DA CONCEPÇÃO DE UM REGIME DE CONTRATAÇÃO PARA EMPRESA ESTATAL

Os tópicos anteriores revelam as seguintes constatações sobre a utilização da técnica empresarial pelo Estado e sobre as suas contratações:

(1) um cenário de complexidade em razão da diversidade de atuação, número de empresas e formas atribuídas às empresas estatais;

(2) a previsão legal sobre a existência da função social da empresa estatal que determina o atingimento da finalidade que justifica sua criação, mas também conforma a atuação da empresa para que outros valores eleitos pela Lei 13.303/2016 sejam tutelados;

(3) a relevância econômica relativa ao montante de valores movimentados pelas empresas estatais em contratação de bens, serviços e obras, cuja função é permitir que tais empresas mantenham a atividade para a qual foram criadas;

(4) a possibilidade (com todas as ressalvas a essa opção) de que as contratações realizadas pelas empresas estatais contemplem outras finalidades – não relacionadas diretamente à sua necessidade de contração de determinada obrigação para manutenção de suas atividades, mas ligadas ao atendimento de outras políticas públicas.

---

[104] Trata-se de critério igualmente adotado para se afastar o regime licitatório tal qual previsto na Lei 8.666/1993, conforme resume SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 79.

Esse é o desafio que se põe ao intérprete jurídico das normas que incidem nas empresas estatais, a fim de extrair um ou vários regimes que regulam a atuação diária das empresas em variadas frentes (*p. ex.* regime de bens, regime societário, regime tributário, regime relativo a sua atuação em processos judiciais e arbitrais e regime contratual – englobando o processo de contratação).

O presente tópico visa a identificar, com base no exame de doutrina que se propôs a enfrentar tal problemática, as dificuldades sobre a possibilidade de se erigir um regime geral das empresas estatais, bem como um regime geral que regule suas contratações, considerando: (1) a natureza das empresas estatais a atrair a incidência de regras de direito privado e público; e (2) a discussão sobre a validade de um regime geral de contratações para a Administração Pública (na qual as empresas estatais se inserem).

1.3.1 A ideia de um regime geral *sui generis* das empresas estatais

As empresas estatais testam ao limite a ideia de divisão entre regime público e regime privado. Por serem empresas, valem-se das normas relacionadas à atuação empresarial, eminentemente privadas. Por outro lado, por serem estatais, atraem normas cuja finalidade é evitar se desviem das funções públicas para as quais foram criadas (atendimento ao interesse coletivo e à segurança nacional).

Assim, há duas circunstâncias que determinam o diálogo constante entre as fontes de direito aplicáveis geralmente a entes privados ou públicos: forma jurídica privada assumida pelas estatais e finalidades públicas que devem ser garantidas pelo sócio estatal da empresa estatal – que podem se vincular ao cumprimento de obrigações de fazer do Estado (serviços públicos) ou a atividades empresariais importantes para o atingimento de outros objetivos igualmente constitucionais.

Conforme demonstrado anteriormente, ao adotar o modelo empresarial de intervenção na economia, o Estado sinaliza que está buscando atuar de modo diverso do que atua por meio de seus entes vinculados à Administração direta (*i.e.,* fora do campo essencialmente público).[105]

---

[105] Trata-se de explicação que remonta às origens das estatais, conforme explica: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 166.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que tal modelo de atuação só é permitido pela Constituição Federal para atingimento de determinadas necessidades coletivas, cuja forma de atendimento e especificação do objeto devem guardar relação com finalidades essencialmente públicas – que transcendem, por exemplo, a mera obtenção de lucro. Tal circunstância justifica a previsão constitucional de regras consideradas de direito público, como a imposição do dever de licitar.

Em outros termos, pode-se afirmar que o regime jurídico de uma determinada empresa estatal será o resultado da interação entre normas que compõe o regime de direito privado ou de direito público.

O intérprete de todas essas normas, ao lidar com a realidade complexa da utilização da técnica empresarial pelo Estado, é forçado a discutir a validade de um regime único das empresas estatais, bem como repensar se há utilidade em se classificar de tal regime apenas como de direito público ou privado.

Dentro desta perspectiva, e considerando a possibilidade de que as empresas estatais atuem em diferentes atividade econômicas, José Vicente Santos de Mendonça sugere que: "O regime jurídico se procura a partir da atividade desempenhada pela empresa, e não a partir de seu enquadramento prévio como 'prestadora de serviço público' ou como 'atuante na intervenção econômica direta".[106] Para o mencionado autor, nem mesmo a personalidade jurídica privada, principal característica da empresa, garante a aplicação de um regime essencialmente privado.[107]

Desse modo, o autor descarta que o regime das empresas estatais seria extraído da dicotomia artificialmente criada entre serviço público e atividade econômica, em que a primeira atrairia o regime de direito público e a segunda o regime de direito privado, assim como coloca em segundo plano o fato de que

---

[106] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 157.

[107] "… nem sempre a personalidade privada é garantia, seja de pouco formalismo, seja da possibilidade de intervenção concorrencial isonômica: muitos doutrinadores e instâncias de controle, alegando diversos motivos, pretendem impor diversas restrições de Direito Público às estatais" (Ibid., p. 158). No mesmo sentido, observa Marçal Justen Filho, quando destaca a importância da ideia de atividade empresarial para definição do regime jurídico, constatando que "a forma de sociedade anônima não apresenta relevância para determinar a qualificação da entidade como empresa. Essa advertência é relevante porque a generalidade das entidades estatais está constituída sob forma de companhia" (JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016. Cit.).

determinado ente seja organizado sob forma societária. Partindo dessa premissa, o regime jurídico estruturante da atuação da estatal será modulado de acordo com a finalidade a ser atendida por meio do objeto da empresa estatal, definida na Lei que autoriza sua criação e em seu estatuto social.

Em suma, e pretendendo se afastar da "senda de extremos"[108], José Vicente Santos de Mendonça sugere ser o regime das estatais de natureza essencialmente privada, pretendendo privilegiar a técnica empresarial escolhida. Tal natureza é modulada por meio da incidência de regras que são aplicadas à Administração Pública (ou seja, regras que compõem o regime de direito público). Propõe que: "a intensidade das restrições de Direito Público deve ser graduada de acordo com a atividade exercida, e não conforme uma categorização doutrinária formal, prévia e imutável".[109]

Com base nas lições do mencionado autor, a definição do regime deveria ser sempre determinada pela atividade desempenhada pela empresa estatal. Será estruturada de acordo com a constituição da empresa, bem como das regras aplicadas às relações jurídicas das quais a empresa estatal tomará parte. No fim, a incidência variada das regras de direito público sobre o regime de atuação empresarial privado (nas palavras do autor), poderá conduzir a "uma pluralidade de 'aspectos' de regimes jurídicos distintos sendo aplicados dentro de uma mesma empresa".[110]

Já Alexandre Aragão segue por outro caminho, ao afirmar que o regime jurídico das empresas estatais:

> (...) não é propriamente de Direito Privado, nem de Direito Público, tampouco de direito privado com derrogações de direito público: tratando-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de

---

[108] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 186.
[109] Ibid., p. 188-189. Esse também parece ser o entendimento fixado como premissa no estudo de: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Cit., p. 82. Nesse sentido, mas especificamente no âmbito dos contratos firmados pelas empresas estatais: "... o afastamento do direito público e a aplicação do regime de direito privado não é algo estranho à sistemática da Lei 13.303/2016. As estatais são pessoas jurídicas de direito privado, como já mencionado. Não se descura, nessa mesma linha e a título ilustrativo, que o art. 68 da Lei Federal 13.303/2016 prescreve que os contratos por ela regidos regulam-se pelos preceitos de direito privado, excluindo, pelo menos em parte substancial, o regime de direito público. Fala-se que o afastamento do direito público sobre os contratos das estatais é substancial, porque ele não é total, é parcial. Há ainda influxos do direito público, como exemplo, a competência das estatais de aplicarem sobre os contratados sanções administrativas, como expresso no art. 83 da Lei nº 13.303/2016" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 30).
[110] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 189.

> elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocado no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem o geral dos organismos públicos.[111]

A funcionalização das empresas privadas e a incidência de regras rígidas de governança corporativa, exigidas por entes que regulam o mercado, fazem com que (e como será testado adiante) em algumas circunstâncias não se possa verificar diferenças entre a atuação de grandes corporações privadas e as empresas estatais. Afinal, para ambas, as regras previstas em Lei ou convencionadas em seus estatutos internos direcionam a empresa para consecução de suas finalidades estatutárias da forma mais eficiente possível.

Aliás, Alexandre Santos de Aragão trabalha com essa premissa para concluir sobre a existência de um regime *sui generis* para autuação das estatais.[112]

Do ponto de vista histórico, o autor constata a existência de um movimento pendular relativo, que não se restringe à utilização da técnica empresarial pelo Estado, referindo-se também à intensidade da incidência de regras públicas ou privadas sobre as empresas estatais ao longo do tempo. Assim, o autor traça uma linha lógica em que, num primeiro momento, privilegia-se a intenção do Estado de atuar sob a veste empresarial para atrair regras essencialmente privadas e menos atentas ao controle de questões vinculadas à Administração Pública.

Porém, "(...) sobretudo pela atuação dos órgãos de controle e por abusos que podem ter ocorrido no gozo de tais 'liberdades privadas', se começa a lhes impor um controle mais intenso, licitações, concursos públicos etc.;". Daí o terceiro momento ser caracterizado pela constatação de que tais limites: "estão

---

[111] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 169-170. Posição semelhante é adotada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto: "Essas entidades se submetem a um regime jurídico híbrido apenas na medida em que sofrem, também, o impacto de normas de direito público, voltadas para o exercício do poder do acionista controlador – que age na direção da sociedade como qualquer sócio controlador – bem como normas públicas sobre fiscalização da gestão. Isto ocorre por força de uma opção discricionária de descentralização do Poder político ao criar, conforme permissivo constitucional referido, uma entidade com personalidade jurídica própria de direito privado para atuar em um determinado segmento econômico ou para prestar indiretamente um serviço público" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de direito administrativo*, v. 236, abr./jun. 2004, p. 218).

[112] "Hoje, nem mais o direito administrativo tradicional é alheio às preocupações de eficiência do direito privado, nem mesmo o direito privado é desfuncionalizado de preocupações coletivas como fora no século XVIII, sobretudo após a sua filtragem pelos valores constitucionais" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 168).

‘autarquizando as estatais’, razão pela qual se passa a buscar meios para se mitigar a sua submissão a essas exigências, fortalecendo-se os seus aspectos privados, e assim sucessiva e pendularmente”.[113]

Note-se que, em que pese os autores divergirem na conclusão sobre a prevalência do regime privado na atuação das estatais, na premissa Alexandre Santos de Aragão possui o mesmo entendimento de José Vicente Santos de Mendonça. Sendo que ambos parecem se posicionar no terceiro momento do pêndulo.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que “a soma de elementos do direito privado e do direito público e a subsequente alteração qualitativa deles não é homogênea para todas as estatais, dependendo de uma série de fatores próprios de cada empresa estatal individualmente considerada”.[114] Esses elementos dizem respeito à natureza da atividade econômica exercida pela estatal e à dependência das verbas do orçamento público.[115]

Ou seja, tal qual reconhece José Vicente Santos de Mendonça, quando se está diante da realidade dos fatos, Alexandre Santos de Aragão não descarta a possibilidade de se constatar uma pluralidade de regimes numa mesma empresa estatal. Por isso, o autor registra a existência de “um fenômeno muito maior, não só do Direito Administrativo como do Direito em geral, de fragmentação conceitual de seus institutos e instituições, que se subdividem e se especializam em subespécies sucessivas, às vezes bem distantes entre si”.[116]

No campo das contratações, essa noção exposta pelos autores acima mencionada é essencial para que a concepção de um determinado regime não desvirtue o potencial que a escolha de se atuar por meio da veste empresarial pode gerar, muito menos obste a busca pela formação do melhor contratado, que contribuía efetivamente com o exercício das atividades prestadas pela empresa estatal e com alcance de seus objetivos (sua função).

---

[113] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 173.
[114] Ibid., p. 171.
[115] “... quanto mais uma estatal for dependente de verbas do ente federativo que a criou, ou exercer atividade sem concorrentes privados, ainda mais se serviço público, menos elementos de direito privado terá em seu regime jurídico, e, além disso, mais os elementos de direito privado que possuir sofrerão o influxo da lógica publicista e menos os elementos de direito público que possuir sofrerão o influxo da lógica privatista” (Ibid., p. 172-173).
[116] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 171.

Então, tem-se a questão de identificar se a Lei 13.303/2016 está de acordo com a ideia de que o regime das estatais (1) é *sui generis* (não sendo equiparável ao regime de direito público aplicável à Administração Pública), considerando o diálogo constante entres fontes de direito público e privado; e (2) não é uniforme, considerando as diversas atividades exercidas por diferentes modelos de organização empresarial das estatais.

Para Alexandre Santos de Aragão, "mesmo após a edição do Estatuto da Estatais, há quase tantos regimes jurídicos quanto empresas públicas e sociedades de economia mista existentes".[117] No mesmo ponto, o autor defende a inexistência de um regime jurídico das empresas públicas ou das sociedades comuns mesmo existindo regras comuns que devem ser observadas pelas sociedades estatais que exploram atividade econômica "sob forma empresária".[118]

Assim, é preciso verificar se, a partir da interpretação dos dispositivos constantes na Lei 13.303/2016, existem condições legais de se defender que, no âmbito das contratações de bens, serviços e obras, (1) aplica-se um regime *sui generis* (que não se enquadra no regime geral de contratações da Administração Pública); e (2) há espaço normativo para que cada empresa estatal possua seu regime próprio de contratação.

As duas hipóteses são relevantes, pois, caso se constate que a resposta seja negativa para as duas questões, ter-se-á de concluir que a adoção da técnica empresarial não faz sentido. Afinal, e na hipótese de se constatar que as normas da Lei 13.303/2016 impõem a aplicação de regras que se enquadram no regime geral das contratações da Administração Pública, ao constituir uma empresa estatal, o Estado estaria sujeito às mesmas regras que limitam sua atuação.

Por outro lado, obtendo-se resposta que constate a veracidade das duas hipóteses acima suscitadas, ainda assim, ter-se-á de verificar se o regime de contratação de determinada empresa estatal lhe garante a agilidade almejada pelo

---

[117] Ibid., p. 171.

[118] Para Marçal Justen Filho, considerando seu art. 1º, "... a Lei 13.303 reservou o regime jurídico por ela instituído para as entidades estatais organizadas como empresas, na acepção técnico-jurídica prevalente no Direito Comercial". Logo, "as entidades estatais organizadas como empresa foram subordinadas formalmente pela Lei 13.303 ao regime correspondente, afastando-se a relevância da natureza do objeto da atividade [se serviço público ou atividade econômica" (JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016. Cit.).

Estado para autuar de acordo com as finalidades que constam em seu estatuto social e nos limites permitidos pela Constituição Federal.

É para isso que o regime de uma estatal deve ser estruturado – e é essa a finalidade a ser buscada pelo Direto Administrativo ao interpretar a Lei 13.303/2016,[119] conforme lição de Alexandre Santos de Aragão.[120]

1.3.2 A ideia de regimes formatados a partir de módulos convencionais diversos

A discussão sobre a existência de um regime geral para as contratações não se limita ao campo das empresas estatais. A complexidade das relações obrigacionais em que a Administração Pública se envolve também vem impulsionando discussões valiosas para o presente trabalho, nas quais se verifica a constatação sobre a necessidade de mitigação da ideia de que a Administração deve contratar e executar seus contratos por meio de um regime único.

Tal corrente vai ao encontro da tendência acima explorada de se reconhecer que o regime jurídico das estatais é plural – o que sugere ser defensável a impossibilidade de que as estatais se submetam à incidência de um regime geral de contratação aplicável à Administração Pública.

Numa leitura inicial, é possível verificar que a Lei 13.303/2016 cria um processo de contratação (considerando o processo de escolha do contratante, a modelagem do contrato e a sua execução) que não se revela nem público nem privado. Mistura-se um contrato que se pretende de direito privado (art. 68 da Lei 13.303/2016) com regras de procedimento licitatório e de modelagem contratual

---

[119] "Uma das grandes funções que o Estatuto das Estatais deverá passar a ocupar no Direito Administrativo brasileiro será reforçar a lógica de agilidade e eficiência das empresas estatais de qualquer espécie, exigência prévia, de matriz constitucional" (ARAGÂO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 181).

[120] "O direito administrativo deve evitar que, também dessa vez, se retorne ao citado movimento pendular entre a rigidez publicista e a relativa liberdade privatista para as estatais. O que se deve buscar é, mantendo-se o máximo possível os meios para as estatais atuarem com agilidade no mercado, impor-lhes obrigações de demonstração de sua atuação republicana, o que de forma alguma deve ser confundido com a mera e automática aplicação das exigências formalistas típicas de um direito administrativo burocratizado. Dessa forma, a diretriz que seguiremos neste capítulo é propiciar a maior liberdade de atuação possível às estatais no que elas necessitem para atuarem com eficiência no mercado, mas sem olvidar de mecanismos que evitem que essa liberdade seja desviada, mecanismos que, todavia, não correspondem ao mero retorno ou fortalecimento dos controles típicos da Administração Pública tradicional" (Ibid., p. 177).

(arts. 27 a 68 da Lei 13.303/2016) muito assemelhadas aos que são praticados pela Administração Pública direta.[121]

Daí a importância, para o presente trabalho, de se compreender as críticas a esse modelo e as propostas para uma interpretação das normas existentes que permitam sua superação.

1.3.2.1 A crítica ao modelo contratual de regime geral exorbitante

No âmbito do regime contratual administrativo convivem, no Brasil, as correntes que defendem (1) a existência de um regime exorbitante e geral, erigido sob o discutido princípio da supremacia do interesse público; e (2) a ideia de que nem sempre o regime exorbitante, que vem sendo aplicado de forma indistinta, terá sentido nas relações de cunho contratual travadas entre entes da Administração Pública e particulares.

Para Fernando Dias Menezes de Almeida, a teoria tradicional do contrato administrativo, que pressupõe a posição de superioridade da Administração Pública sobre o particular, não é capaz de explicar fenômenos legislativos que criam modelos contratuais que só serão efetivos a partir da ideia de paridade e consensualidade.[122]

Assim como, do ponto de vista estrutural, não faz sentido que os contratos administrativos sejam elevados à categoria diversa do contrato privado apenas por uma imposição indistinta de previsão de cláusulas exorbitantes. Fato é que a ideia de um regime geral e exorbitante não se adapta a todos os objetos contratados pela Administração.

Por isso, Fernando Dias Menezes de Almeida defende a estruturação de regimes de contratação específicos para o objeto a ser contratado, sistematizando-os em módulos (categorias) de acordo com o tipo de objeto convencionado. Em

---

[121] Conforme apontado, em termos gerais, por Alexandre Santos de Aragão: "O Estatuto, no entanto, não teve como escapar, por razões decorrentes da própria natureza das entidades que constituem o seu objeto, do hibridismo de sua disciplina jurídica, sempre erigida a partir de uma conjugação das lógicas de direito privado (ex.: a classificação dos contratos das estatais como contratos de direito privado) com lógicas de direito público (ex.: contratos privados a serem precedidos de licitações públicas e controlados pelos tribunais de contas" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 181).

[122] "... pode-se dizer que tal teoria nem mesmo foi concebida para essa finalidade, de modo que sua aplicação sem maior reflexão crítica, ao fenômeno contratual atual, é imprópria em face do objeto e do tempo" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo.* Cit., 2012, p. 238).

cada módulo, será delimitada a carga negocial e o grau de paridade[123] entre a Administração Pública e o terceiro contratado, basicamente por meio da previsão das medidas autoexecutórias[124] em favor da Administração. Seguindo essa linha, identificou-se três tipos de módulos contratuais: (1) módulos convencionais e de cooperação;[125] (2) módulos convencionais de concessão;[126] e (3) módulos convencionais instrumentais.[127]

A seguir tal orientação, em que se verifica a existência de módulos convencionais tão distintos e a demanda por um *design* específico para cada tipo de relação obrigacional travada com um ente vinculado ao Estado, tem-se uma barreira para a aplicação de um "regime de referência"[128] que se pretenda dar aplicação geral (direta ou subsidiária).

Na verdade, o "regime de referência" do contrato administrativo brasileiro, cuja incorporação no direito brasileiro ocorreu mais por questões ideológicas do que científicas,[129] torna-se insuficiente em razão da complexidade das relações

---

[123] Ibid., p. 236 e ss.

[124] Esse é o elemento fundamental para se compreender o contrato administrativo, segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, sendo que: "o problema da teoria do contrato administrativo, pelo ângulo estrutural, não está em descrever um fenômeno inexistente – pouco importando o nome que se lhe dê: 'contrato administrativo' ou outro – mas em pretender levar para dentro da essência contratual do fenômeno elementos que lhes são estranhos, especialmente não distinguindo o contrato de seu objeto, com os respectivos regimes jurídicos" (Ibid., p. 353-354)

[125] "aqueles pelos quais a Administração e a(s) outra(s) parte(s) estabelecem obrigacionalmente uma conjunção de esforços para alcançarem um fim comum, vinculado à função pública da Administração, ou à atividade privada entendida como de interesse público, constituindo ou não pessoas jurídicas distintas" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 239).

[126] "aqueles pelos quais a Administração transfere à outra parte o exercício de atividade ou o uso de elemento que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular à sua função pública" (Ibid., p. 240)

[127] "aqueles pelos quais a Administração, como de resto fazem também as pessoas privadas, busca suprir suas necessidades instrumentais em relação aos fins de sua função" (Ibid., p. 239).

[128] Ibid., p. 351.

[129] Tratando da teoria concebida por Jèze sobre o objeto do contrato, Fernando Dias Menezes de Almeida consigna que "o sentido comum teórico dessa ideia consolidou-se na França, numa redução simplificadora, como havendo um regime especial dos contratos administrativos, a incluir as possibilidades, para a Administração, de alteração unilateral do contrato, de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público e de ação unilateral autoexecutória também em outras medidas inerentes à execução contratual: basicamente um poder de direção e controle e um poder de sanção – tudo isto tendo como contraponto a imutabilidade do equilíbrio financeiro do contrato". O autor então constata que tal redução foi incorporado como um dogma pela doutrina brasileira até ser incorporada na legislação – como uma "ideologia" e não uma "teoria científica, no sentido de se propor a conhecer e descrever a realidade do Direito positivo" (Ibid., p. 351).

obrigacionais[130] em que o Estado (organizado de formas diversas) se envolve – inclusive, quando se vale da veste empresarial para atuar na economia.

Ou seja, assim como se notou acima, ao se examinar a própria qualificação do regime das empresas estatais com base na atividade efetivamente prestada pela empresa, também para se estabelecer seu regime de contratação (inclusive o licitatório) deve-se ter em mente o objeto da relação obrigacional a ser contratado.

O objeto a ser contratado demandará um processo específico, em função das circunstâncias que envolvem a contratação[131], que permita sua contratação e execução eficiente.

Assim como não se pode impor prerrogativas exorbitantes ao contratante estatal apenas pela sua presença num dos polos contratuais, não faz sentido que se determine às empresas estatais a aplicação de um regime de contratação (e também de licitação) preconcebido para (1) limitar a criatividade do administrador para adotar soluções negociais necessárias para formação de um contrato; e (2) impor indistintamente a adoção de cláusulas exorbitantes para a formação do contrato, sem considerar as peculiaridades do objeto do contrato e de seu mercado.

Mais do que a presença da empresa estatal, que deve se orientar por meio de normas públicas e privadas, a relação obrigacional que será estabelecida para a satisfação de suas necessidades também constituirá um referencial para criar ou interpretar as normas que formam o regime de licitação (ou de contratação, nas hipóteses em que não se cogitará do dever de realização de licitação).[132]

---

[130] Assim como a classificação de atividades econômicas como serviço público, o contrato administrativo (e todas as consequências jurídicas que tal adjetivação pode gerar) constitui um conceito mutável. Ou, nas palavras de Fernando Dias Menezes de Almeida: "A qualificação jurídica de contrato como administrativo varia no tempo e se vincula ao entorno ideológico e político do momento, a definir prestações ou operações que, considerando o interesse público, tenham importância preponderante" (Ibid., p. 323, nota 683).

[131] Insista-se que essa também é lógica que pauta a contratação entre privados, conforme observado por Fernando Dias Menezes de Almeida: "Mesmo em contratos privados ou seja, contratos celebrados entre pessoas privadas, em torno de interesses privados, pode haver um regime jurídico de prerrogativas de ação unilateral, que não decorrerá do fato de serem privados, ou não, os interesses, mas sim das circunstâncias que envolvem aquele determinado objeto contratual – circunstância esta que o fazem sabidamente mais sujeito à necessidade de mudanças, o que, portanto, leva o Direito a entender como adequado um regime mais flexível no tocante ao modo de se interpretar e aplicar o *pacta sunt servanda*" ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit. p. 333)

[132] Ao tratar do imperativo lógico de se estabelecer um regulamento para relações convencionais, conclui-se que: "Se, por opção legislativa, o Direito vier a estabelecer certo regramento objetivo, com alguns poderes de ação unilateral, quanto a um contrato, p. ex., de obra, ou de compra, ou de prestação de serviços, estará levando em consideração circunstâncias próprias do modo de ser do objeto contratual, por sua natureza física e não por seu caráter público" (Ibid., p. 367).

Considerando que o regime de contratação de obras, bens e serviços é "redutível a uma dimensão patrimonial", nos termos da lição de Fernando Dias Menezes de Almeida:

> (...) poder-se-ia, de modo teoricamente coerente, sustentar cabível a manutenção do diferencial publicístico no nível mínimo da autoexecutoriedade administrativa (p. ex. na fiscalização ou na aplicação de sanção) desacompanhada das prerrogativas de ação unilateral mais vigorosas da tradicional teoria do contrato administrativo (p. ex.: alteração unilateral e rescisão unilateral por razão de interesse público). Ou mesmo a completa supressão das prerrogativas de Direito público.[133]

Considerando apenas os termos do art. 68, trata-se de análise que se ajusta ao sistema normativo inaugurado pela Lei 13.303/2016 sobre os contratos celebrados pelas estatais.[134]

Obviamente, que o entendimento acerca do regime contratual não dependerá apenas do objeto contratado, mas também da finalidade pública para a qual a organização empresarial do Estado foi direcionada.

A decisão sobre a contratação é tanto empresarial, como também administrativa na medida em que envolve a disposição de patrimônio público. Circunstância que poderá potencializar ainda mais a ideia de estabelecimento de regimes jurídicos menos gerais, abrangentes e exorbitantes[135] – ou motivar a

---

[133] Ibid., p. 368.

[134] Adotando como premissa teórica a dicotomia entre público e privado, Joel Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr notam no contrato regido pela Lei 13.303/2016: "uma simbiose entre os dois regimes, pelo que, para fins didáticos, o melhor é reconhecê-lo como uma categoria especial, que se pode chamar de contrato estatal. (...) O contrato estatal não recusa totalmente a ideia de prerrogativas, até porque as estatais, embora pessoas jurídicas de direito privado, integram a Administração Pública e há sempre nelas algum interesse público subjacente. Porém, as prerrogativas são atenuadas, bem atenuadas, diga-se de passagem, o que faz, nessa medida, que tal contrato se aproxime do direito privado e se afaste do direito público. (...) Um pé em cada lado, um no direito público e outro no direito privado (...)" No mesmo trecho, os autores reconhecem a adequação do modelo às estatais e predicam alguns benefícios que poderão ser obtidos com esse modelo contratual: "O contrato estatal, sem o conjunto de prerrogativas típicas prevista na Lei nº 8.666/93 em favor da Administração Pública, deve ser mais equilibrado, mais justo. Como, na Lei nº 13.303/16, as prerrogativas são bastantes atenuadas, as estatais não dispõem dos mesmos espaços para descumprir suas obrigações contratuais. Cria-se, por via de consequência, modelo contratual com mais segurança jurídica para os contratados, o que deve repercutir positivamente. Os efeitos não devem ser imediatos, porém, em médio prazo, a expectativa é que o regime do contrato estatal atraia interessados mais qualificados e que se disponham a oferecer preços menores. No mesmo passo, mais equilibrado, o contrato estatal inaugura ambiente menos propício à corrupção" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 262-263).

[135] Justamente as características da Lei 8.666/1993 (inclusive no campo específico das licitações, conforme se verá adiante), que "por ser bastante minucioso, como por ser amplificador das prerrogativas de ação administrativa unilateral, é fortemente nocivo ao intento de se pautar o regime

inclusão no processo de contratação de regras mais afetas a um regime unilateral e autoexecutório (portanto, de natureza publicística[136]).

1.3.2.2 A crítica ao regime geral empregado pela Lei 8.666/93

Tal visão crítica a um regime exorbitante e geral para os contratos firmados pela Administração Pública (direta e indireta) deve ser considerada ao se interpretar a Lei 13.303/2016. Afinal, o art. 68 estabelece que o regime do contrato celebrado pelas estatais é essencialmente privado.

Nessa linha, é essencial examinar o alcance das demais regras gerais impostas ao regime de contratação que será utilizado pelas estatais, no intuito de evitar sua aproximação com o criticado regime geral de licitação (modelo dito maximalista e pautado essencialmente na formação de um contrato com base em cláusulas exorbitantes).

Trata-se de se apropriar da figura contratual no âmbito das relações travadas pelo Estado. E o primeiro passo para a conclusão e execução do contrato – a fase negocial da contratação – mostra-se muito relevante para que se conceba um modelo efetivamente convencional, voltado a obter a "pacificação social".[137]

O embate entre o modelo maximalista e minimalista permeou o início das discussões para aprovação do regime geral de licitação (Lei 8.666/1993) da qual o modelo maximalista saiu vencedor. André Rosilho explica que a oposição entre as correntes está pautada em duas questões: "Como deveria ser o modelo legal das licitações públicas" e "De que forma as regras jurídicas poderiam contribuir para a construção de um bom sistema de contratações?".

Assim, o autor sintetiza qual seria a resposta dada pelos defensores de cada uma das correntes:

> (...) os maximalistas responderiam afirmando que um bom modelo legal seria aquele que procurasse antever, por meio de dispositivos legais, as escolhas e caminhos que pudessem levar a uma boa contratação pública. A aposta desse grupo é a de que a lei deveria ser minuciosa, detalhista e abrangente, devendo ser capaz de cercar a discricionariedade da Administração Pública.

---

do contrato pela natureza – pela função social – de seu objeto" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 370).

[136] Ibid., p. 383.

[137] Ibid., p. 382.

> Os minimalistas, por outro lado, responderiam às indagações afirmando que um bom modelo legal seria aquele que fosse capaz de gravar na lei os elementos essenciais à realização das licitações, suas diretrizes fundamenteis. A ideia, neste caso, é a de que a lei deveria limitar-se a dizer o básico e que deveria evitar o casuísmo e a minudência. As decisões pontuais sobre as contratações públicas deveriam ser tomadas noutro âmbito.[138]

Para André Rosilho, as preocupações sobre um modelo engessado (ou seja, em que a discricionariedade administrativa se faz ausente) e não compatível com a realidade de cada ente contratante chegaram a ser ponderadas ao longo do debate da Lei 8.666/1993. Porém, a estrutura maximalista teria prevalecido, pois (1) havia pouco tempo para alterações drásticas no modelo seguido pelo projeto de lei – aprovado para ser votado em regime de urgência –; e (2) o projeto de lei seguia a tendência do Decreto-lei 2.300/1986, cuja essência estava na "densificação da regulamentação das licitações públicas" – sendo que houve apelo de congressistas para que o Decreto-lei 2.300/1986 fosse incrementado.[139] Segundo Carlos Ari Sundfeld: "Entendeu-se que a boa contratação era aquela que resultasse de um procedimento com baixa participação valorativa do administrador público, até mesmo na concepção do objeto a ser contratado".[140]

Passados mais de 25 anos da utilização da Lei 8.666/1993, tem-se a sensação de pouca efetividade do instituto (seja na prevenção à corrupção, seja para a celebração e execução dos contratos).[141]

---

[138] ROSILHO, André. Op. cit., p. 105.

[139] Ibid., p. 110. Conforme relato de Carlos Ari Sundfeld, ao justificar o motivo pelo qual o a construção do modelo acabou deixando em um segundo plano a questão da eficiência ligada aos custos: "Se pudesse sintetizar em uma frase o objetivo geral desta lei, eu diria que ela procurou neutralizar o administrador público, declarar sua morte. Era preciso fazê-lo desaparecer para evitar que ele pudesse ser um agente de desvios, eliminando, assim, sua discricionariedade. Também era preciso eliminar a possibilidade de atuação dos legisladores municipal e estadual, razão pela qual a lei nacional procurou estabelecer, ela própria, procedimentos, exigências e restrições bastante detalhadas. Esta, creio eu, foi uma visão sobre o que, naquele momento, era importante relativamente à contratação pública" (SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações. *Interesse Público*, ano 11, n. 54, mar./abr. 2009, p. 20).

[140] SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar… cit., p. 20. E, por consequência, baixa participação negocial dos proponentes, já que, conforme o conceito clássico da licitação, as condições da contratação são "estipuladas previamente" pela Administração "na conformidade da lei" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 525-526).

[141] Essa era a percepção relatada em 2009 por SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar... cit., p. 20) Poucos anos após a promulgação da Lei 8.666/1993, Sérgio Barros também consignou: "nos dias de hoje, complexos e dinâmicos, é cada vez mais duvidoso obter de uma licitação enrijecida e fementida, que não é senão a esclerose da licitação clássica, uma tal eficiência e moralidade dos afazeres públicos" (BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato:* a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995, p. 136).

Por isso, verifica-se focos de reações ao modelo dito maximalista de contratação.[142] Nesse sentido, tem-se, já em 1995, as dúvidas suscitadas por Sérgio Resende de Barros:

> O fato de a licitação, para certos contratos em especial, ter sido benéfica, podendo permanecer aplicável a essas espécies contratuais, justifica que deva ser mantida para todos os contratos do Estado em geral? Tem valido sacrificar a liberdade de contratar da administração pública, imolar o poder gerencial e com ele a eficiência da administração, no altar da moralidade? Ou pode o legislador preservar a moralidade administrativa, assim como alcançar outros fins, por outros meios mais eficientes, como o controle mais eficaz e a fiscalização mais aparelhada das contratações administrativas? (...) aqui e alhures, alcança a licitação os seus fins, de forma que justifique tanta restrição da liberdade de contratar?[143]

O questionamento às regras que se pretendem maximalistas, formais e estáticas em certa medida se pautam em um modelo que pressupõe uma Administração autorizada a, mais do que impor soluções preconcebidas pelo legislador, negociar e concertar interesses diversos, propondo alternativas moldadas para casos específicos visando à obtenção dos resultados mais condizentes ao que se espera numa contratação.

E o produto dessa discussão vem fundamentando a modelagem de novas normas aplicáveis a cada tipo de contratação. Também serve de suporte para definição das regras editalícias ou regulamentares que regerão os atos de concepção do contrato e escolha das melhores propostas – inclusive por meio da colaboração efetiva do próprio contratado.

A colaboração e a negociação passam a ser tratadas com pauta evolutiva do processo de contratação. Segundo Sergio Resende de Barros:

> Irmã da negociação nasce a ideia de colaboração. Contratante e contratado devem laborar um com outro. Trabalhar juntos. Não separados. Não são adversários. São colaboradores. Por isso mesmo, a liberdade de negociação – até antes de ser admitida no direito positivo como foi no Tocaf uruguaio – já vem forçando entrada na prática administrativa de outros países. Sobretudo nas empresas estatais que competem no mercado.[144]

---

[142] "... a doutrina deve atentar para o fato de que o crescente enrijecimento do estatuto jurídico da licitação, além de emperrar a administração, não tem logrado evitar a corrupção. Esse malogro impõe reavaliar a relação entre o custo e o benefício da licitação. O ganho de moralidade, impessoalidade e isonomia tem justificado a perda de eficiência, economicidade e gerencialidade?" (BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 141).
[143] Ibid., p. 141.
[144] Ibid., p. 168.

A obra sobre contratos administrativos de Fernando Dias Menezes inaugura a propositura de modelos estruturados a partir do eixo funcional da obrigação pactuada por entes administrativos. De outro lado, em relação às licitações, André Rosilho reúne indícios de que o legislador tem se apercebido da necessidade de atribuir maior discricionariedade ao administrador para que possa negociar e contratar de forma mais efetiva para a finalidade específica de cada contratação.

André Rosilho questiona se é possível afirmar que o procedimento licitatório vive uma quarta fase histórica,[145] caracterizada pela reação ao maximalismo e pela retomada do minimalismo. Duas são as frentes que representam a reação: algumas reformas no regime geral criado pela Lei 8.666/1993 e "reformas legislativas no regime jurídico das contratações públicas específicas".[146]

O autor explica que a segunda frente começou a tomar corpo na Reforma Gerencial, cujo objetivo era reorganizar o Estado focando nos resultados (e não apenas nas formas pelas quais o Estado deveria se organizar).[147] O autor registra a criação de dois regimes estruturantes do Estado: um regime "burocrático" que regularia a Administração direta e um regime "gerencial" que serviria como pauta para a Administração indireta.[148]

A ideia era que a Administração indireta pudesse atuar de forma menos burocrática. Daí a criação dos contratos de gestão como guia de controle da atuação da Administração indireta (art. 37, §8º da Constituição).[149]

Segundo André Rosilho, a atuação gerencial demandou "novos mecanismos contratuais – que escapariam, portanto, do regime unitário consubstanciado, principalmente, na Lei 8.666/1993 –, mais ajustados às suas necessidades"[150]. Os

---

[145] O autor dividiu o desenvolvimento das regras de licitação, no Brasil, em quatro fases. A primeira fase tem como maro o Regulamento Geral de Contabilidade Pública de 1922, na qual "A legislação da época deu à Administração Pública boa margem de discricionariedade para ajustar os procedimentos licitatórios aos casos concretos, elegendo o edital como principal instrumento regulador das concorrências". A segunda fase tem como marco o Decreto-lei 200/1967, que alcançou "a unificação nacional da regulação jurídica das licitações e contratos", mantendo boa margem de discricionariedade ao Administrador, na medida em que se centrava no edital o instrumento de regulação da contratação pública. Já a terceira fase, que precede a reação do minimalismo, é caracterizada pela institucionalização do maximalismo, *i.e.*: exigência de 'cumprimento rigoroso' de procedimentos rígidos fixados pela lei, 'ampliação do dever de licitar', e o 'direcionamento da legislação para o combate à corrupção'" (ROSILHO, André. Op. cit., p. 146).
[146] Ibid., p.148 e ss. e p. 196 e ss.
[147] Ibid., p. 196.
[148] Ibid., p. 197-198.
[149] Ibid., p.198.
[150] Ibid., p. 198.

novos mecanismos contratuais tiveram o condão de alterar o modo pelo qual o Estado contratava terceiros. Buscava-se quebrar as amarras que impediam o Administrador de contratar de forma diversa da Lei 8.666/1993.

Em 2013, quando publicou seu livro e a partir das Leis que proviam da reestruturação gerencial do Estado, André Rosilho indicou 6 tendências de que o modelo minimalista (*i.e.* que diminui o papel de primazia da Lei para regulação do processo de compra pelo Estado) começava a ser considerado pelo Legislador: "desestatização, flexibilização dos modelos contratuais, flexibilização dos critérios de julgamento; deslegalização das licitações; tratamento especial conferido às empresas estatais; e tratamento especial conferido a entes não estatais"[151].

O tratamento especial conferido às estatais decorre de ordem constitucional, conforme será demonstrado mais adiante. Se considerado a partir da perspectiva de um modelo gerencial e da ideia de que o modelo maximalista é insuficiente para lidar com as necessidades da atuação das estatais, tal tratamento determina que o regime de contratação a ser utilizado pelas estatais prestigie (1) modelos que lhes permitam regulamentar os procedimentos de acordo com sua realidade[152], assim como (2) efetivamente negociar, de acordo com as melhores práticas utilizadas no mercado em que atua, para obtenção de contratos eficientes e que sejam efetivamente executados.

Nessa linha, a criação de um estatuto geral, para além de cumprir um mandamento constitucional, pode servir como uma espécie de fio condutor da interpretação dos regimes próprios licitatórios que cada empresa estatal criará e, mais especificamente, para estabelecer balizas de controle da discricionariedade do responsável que desencadeará os processos de contratação.

Isso só ocorrerá caso se note, na Lei 13.303/2016, um movimento efetivo de deslegalização, como se constatou no caso da Lei 12.462/2011, que versa sobre o

---

[151] Ibid., p. 200.

[152] Num contexto mais amplo: "... não é mais possível continuar apostando todas as fichas nas premissas que estavam por trás da sua edição. Ou seja, não parece adequado que se adote um único modelo procedimental para toda a administração pública brasileira, ainda que com várias modalidades. É preciso, a meu ver, resgatar um mecanismo que vigorou no Brasil até a edição da Lei nº 8.666/93, isto é, a possibilidade de as entidades estatais de direito privado adotarem regulamentos próprios de licitação, observados alguns parâmetros gerais" (SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar… cit., p. 24). O tema será retomado no quarto capítulo, quando as aberturas da Lei 13.303/2016 ao minimalismo forem abordadas.

Regime Diferenciado de Contratação. André Rosilho anota “15 referências expressas aos regulamentos feitas ao longo do texto da Lei”, concluindo que:

> A grande vantagem de um diploma normativo editado nestes moldes está em não amarrar, de antemão, a Administração Pública a rígidos critérios legais. Por detrás desta iniciativa está latente uma visão de mundo oposta àquela que levou à confecção da Lei 8.666/1993.
> Lá era forte a noção de que a vinculação da Administração ao Parlamento – noutras palavras, à lei – seria a única maneira de assegurar sua submissão ao Direito. Para aquela corrente de pensamento, no Estado de Direito os administradores públicos só poderiam ser “braços mais ou menos mecânicos do legislador”; só se admitiria a figura do administrador boca da lei.
> Agora ao que tudo indica, está em curso uma mudança paradigma – capitaneada pela própria Administração Pública, como procurei deixar mais adiante -, potencialmente mais afinada à ideia de que o direito administrativo, atualmente, para além de ser aquele da execução estrita das leis, estaria mais voltado ao condicionamento da criação e execução de soluções políticas e programas pela Administração Pública.
> Neste sentido, administrar também seria criar, pois, apesar de a lei estar na origem de tudo, não se pode dizer que a vida administrativa se reduza à execução de leis.[153]

Reprise-se: a hipótese que se formula é de que o processo de contratação e os contratos celebrados com empresas estatais, especialmente após a promulgação da Lei 13.303/2016, desafiam qualquer tentativa de classificação estanque de sua natureza, bem como a ideia de que existe um processo único de contratação a ser adotado indistintamente por todas as empresas estatais.[154]

A formação do contrato – e é o que será examinado no segundo e terceiro capítulo do presente trabalho – é modelado a partir de uma lógica em que existe um dever de realização de um procedimento licitatório prévio ao contrato. Trata-se de ambiente em que, tradicional e autoritariamente, o espaço negocial não é o mesmo (ou é inexistente) em comparação aos contratos celebrados por privadas.[155]

---

[153] ROSILHO, André. Op. cit., p. 219-220.

[154] Para Pedro Peixoto da Silva: “Coube à Lei 13.303/2016 materializar esse equilíbrio entre a incidência do direito público e do direito privado” (SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Regulamento de licitações editados sob a lei 13.303/*2016: instrumentos de inovação ou de repetição? Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018, p. 18).

[155] “Muito embora de suma importância para a economia nacional, no Brasil os processos de licitação (e mesmo a contratação pública em si mesma) muitas vezes são vistos como um espaço de confrontação – e não de cooperação – entre o interesse público e os interesses privados. A premissa usual é a de que haveria a exclusão recíproca entre tais interesses e seus titulares, a instalar desconfiança e impedir a verdadeira negociação em tais processos públicos. Tudo deveria ser conduzido da forma mais formal, objetiva e mecânica possível, sem espaço para o diálogo: a negociação público-privada seria uma aberração, geradora de indícios de corrupção. Autoridade, formalidade, hierarquia e intervenção persistem a ser algumas palavras mais comuns – ao invés de igualdade, eficiência, colaboração e consenso. O passado insiste em se fazer presente na legislação

Talvez, para compensar as restrições negociais ao particular e a possibilidade de previsão de um regime exorbitante regendo a relação obrigacional, é que não se tenha aberto mão de proteção da proposta do particular, como a obrigatoriedade de previsão de cláusula de reajuste nos contratos (art. 69, inc. III, da Lei 13.303/2016) ou o reconhecimento do direito de revisão contratual. Reconhece-se, assim, a incidência do art. 37, XXI da Constituição[156] que consagra a intangibilidade da equação econômico-financeira encerrada na proposta – direito essencial para a manutenção do modelo maximalista.

Entretanto, faz-se necessário examinar com detalhe as relações obrigacionais possíveis formadas entre particulares e as empresas estatais, expurgando a aplicação de regimes que não são salutares para que se obtenha contratações e execuções contratuais eficientes.

Nesse sentido, as teses de Alexandre Santos de Aragão, Fernando Dias Menezes de Almeida e André Rosilho estabelecem um diálogo importante, do qual se extrai a ideia de que não se mostra salutar trabalhar com categorias binárias de regime público e privado para as contratações nas estatais, em que se estabeleceriam momentos de derrogação de um regime ou de outro. Conforme ensina Fernando Dias Menezes de Almeida, as modulações "devem ser concebidas como próprios regimes específicos, todos integrados em um mesmo regime genérico do contrato administrativo".[157]

---

brasileira (e também nas decisões dos tribunais, ao lado da doutrina mais conservadora), a impedir que se veja a realidade escondida por detrás das cortinas da tradição e da autoridade" (MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública e a negociação pré-contratual – A necessidade do diálogo público-privado. *Revista de contratos públicos*, ano 2, n. 2, set. 2012 / fev. 2013, p. 61).

[156] "E não se esqueça que o reajuste é instrumento para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que desenha direito de alçada constitucional, na forma do estatuído no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal. Direito de alçada constitucional não pode depender da lembrança ou da boa vontade estatal. A omissão do contrato a respeito de critério de reajuste frustra em larga medida o direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que é algo constitucionalmente inadmissível" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 303).

[157] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 378.

1.3.3 A busca por um "regime" como produto da compreensão da função do processo de contratação

O presente trabalho parte do pressuposto de que a definição de um regime de contratação de bens, serviços e obras pelas empresas estatais não pode ser tratado de forma geral.

O regime será definido a partir da compreensão do modo pelo qual a empresa estatal atuará em determinado setor. No presente trabalho, busca-se focar nas relações que as empresas estatais travam com os terceiros e por meio de quais processos tais relações são consolidadas em obrigações.

Tal atuação pode ser encarada como um processo[158] para formação de uma relação jurídica, na qual cada um dos atos e os sujeitos que os praticam se interligam e criam as situações para incidência de determinadas regras para que a contratação atinja as finalidades almejadas.

É a partir deste processo de atuação e da relação obrigacional na qual está inserida a empresa estatal, que será possível conceber a ideia de um (ou mais de um) regime de licitação ou contratações utilizados pelas empresas estatais.

Por isso, a ideia de tratar destes dois elementos jurídicos (processo e relação jurídica obrigacional) no segundo capítulo do presente trabalho, precedendo a abordagem dos aspectos específicos da Lei 13.303/2016.

---

[158] Nesse sentido, Marina Fontão Zago caracteriza a contratação pública como "procedimento por meio do qual o Estado-consumidor pode adquirir bens, obras e serviços – objetos que permitirão a satisfação das necessidades da coletividade sob a responsabilidade do Estado, as quais originam e fundamentam a contratação. Considerando que o Estado deve agir sempre para o atendimento de necessidades e fins públicos, por meio do procedimento de contratação (i) delimita-se o objeto a ser adquirido para a satisfação de uma necessidade pública em pauta; e (ii) especifica-se como esse objeto será obtido pelo ente público contratante – no caso, pela sua aquisição do setor privado. A partir daí, o ente contratante definirá um regime jurídico de contratação mais adequado para a execução do objeto, bem como critérios para balizar a escolha da melhor proposta e, por conseguinte, do contratado que ficará responsável pelo seu fornecimento" (ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 41).

2 A OBRIGAÇÃO E O PROCESSO NAS ESTATAIS

A constituição das relações contratuais entre empresas estatais e terceiros decorre de decisões de cunho empresarial (para fins de consecução de seus objetivos) e administrativo (considerando a incidência de regras específicas para formação da relação).

Ou seja, a atuação contratual das estatais pressuporá um processo que desencadeará diversas decisões sobre: (1) o que contratar; (2) de que forma contratar; (3) como modelar a contratação; e (4) como acompanhar a execução do objeto contratado até sua entrega – até culminar na efetiva satisfação da necessidade da estatal.

Considerando a existência de uma sequência de atos que se encadeia entre si e o envolvimento (necessário e/ou oportuno) de terceiros interessados, é importante que se compreenda o regime de contratação de que se valem as estatais como um verdadeiro processo.

O processo de contratação compreende: o momento de escolha do contratado e a formalização do contrato, bem como o momento de execução do contrato.[159] Toda a atuação da estatal, que será processualizada, deverá estar voltada para a entrega do objeto contratado – verificando-se se as necessidades imediatas da empresa e eventuais finalidades derivadas foram atendidas. Em outros termos, o processo estará voltado para que as posições jurídicas assumidas em uma relação jurídica obrigacional sejam garantidas.

Assim, antes de analisar de que forma o processo de contratação é tratado pela Lei 13.303/2016, optou-se por compreender melhor a função do processo para contratação e execução de uma obrigação, considerando todas as implicações de se ter num dos polos da relação contratual um ente que compõe a Administração Pública – com as nuances decorrentes da atuação empresarial do Estado (conforme se apontou nos tópicos anteriores, em que foram abordadas questões

---

[159] De forma semelhante, Marina Zago Fontão divide o processo de contratação pública, tomando como base a Lei 8.666/1993, em três etapas: (1) definição dos requisitos que determinam objeto contratual em função da necessidade da contratante; (2) seleção da proposta mais vantajosa (com ou sem licitação) por meio de procedimento que torne a escolha isonômica e econômica; e (3) acompanhamento da execução contratual. Conclui a autora que tal processo está estruturado "a partir de sua função primária, com vistas a assegurar que o objeto seja contratado e entregue em observância a melhor proposta (essencialmente pautada pela economicidade), isonomia e ampla competição" (ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 61).

sobre a dificuldade de se estabelecer um regime único e genérico para a atuação das estatais e as contratações públicas).

2.1 A IDEIA DE OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

Antes de tudo, contratar envolve a formação de uma relação obrigacional. Trata-se de uma fonte de obrigação cuja essência é o consenso entre partes.[160]

Portanto, é fundamental que a relação obrigacional seja analisada,[161] focando-se em eventuais nuances de seu regime em razão da existência da empresa estatal no polo contratante (podendo ser credor, devedor ou os dois, a depender da complexidade das relações obrigacionais contratantes).

2.1.1 A natureza das prestações contratadas pelas empresas estatais: a obrigação aplicada ao direito administrativo

Orlando Gomes explica que as obrigações se estruturam "pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, certa prestação",[162] constatando que "nas relações obrigacionais, os negócios jurídicos mais frequentes e fecundos são os contratos".[163]

Essa mesma estrutura se aplica à noção específica de obrigação administrativa, já que o conceito de obrigação pertence à própria Teoria do Direito. Trata-se de um "conceito presente no direito administrativo".[164]

As obrigações administrativas são caracterizadas não pela diferença de estrutura do vínculo, mas pelos elementos que preenchem essa estrutura, bem como pela frequência de sua fonte. Os vínculos obrigacionais não necessariamente

---

[160] Sobre o tema e as diferenças de classificação das formas de consenso, cite-se: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÂO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 337.

[161] Segundo crítica de Marcos Augusto Perez, trata-se de tema que foi "relegado a um segundo plano na sistematização doutrinária do direito administrativo" – postura que, para o autor, não faz sentido, eis que o tema "constitui a base para a discussão de assunto da maior relevância para o dia a dia da Administração Pública (PEREZ, Marcos Augusto. Obrigações administrativas. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra (Org.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 449)

[162] GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20.

[163] Ibid., p. 28.

[164] PEREZ, Marcos Augusto. *Obrigações administrativas*. Cit., p. 451.

costumam surgir de fontes contratuais, mas de atos praticados pela própria administração.

O elemento subjetivo também diferencia as obrigações administrativas das obrigações de direito civil.

Conforme demonstrado acima, a presença da Administração para atingimento de finalidades públicas pode afetar o regime em que a estrutura da relação obrigacional estará posicionada, sobretudo quando se pensa nas obrigações de cunho contratual que, quase sempre, dependerão de um procedimento específico, regulado em Lei, para a sua formação.

Por outro lado, se a Administração agir para alcançar finalidades meramente privadas, não há que se cogitar da incidência de um regime que qualificará a obrigação como "administrativa". Logo, existindo uma finalidade pública por trás da necessidade da Administração em estabelecer um vínculo obrigacional, o adimplemento da obrigação poderá requisitar a previsão de regras diferenciadas. Assim, o objeto da contratação definirá a intensidade da incidência de um regime de direito administrativo na estrutura obrigacional.

Nas obrigações administrativas, um dos interesses que devem ser satisfeitos e, portanto, adimplidos, é o próprio interesse público, que extrapola a figura dos sujeitos que compõem a relação obrigacional, inclusive a própria Administração. Em certa medida, este também é um fator que pode justificar a atração, a depender do grau de intensidade da finalidade pública a ser atingida, de regras distintas das regras aplicadas às relações travadas no âmbito do direito civil.[165] Mesmo assim, a incidência de outras regras ao regime comum das obrigações não descaracteriza as obrigações administrativas, pois são obrigações criadas para serem cumpridas.

Assim como ocorre no direito civil, no direito administrativo os contratos também são fontes de obrigações. Para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, embora submetidas à regime especial, as obrigações administrativas estabelecem grau de vinculação semelhante aos contratos firmados entre privados.[166] Dessa

---

[165] "O problema não está em defender ou não a aplicabilidade das normas privadas no campo do Direito Administrativo, porém em conhecer entre uma causa e uma finalidade a atuação de pessoas criando relações e contraindo obrigações. O regime, face à relação de administração, é o das pessoas que, ativada ou promovendo o interesse público, igualam-se nas obrigações assumidas. (…) A localização do interesse é fator decisivo na análise das relações" (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Obrigações administrativas*. Curitiba: Genesis, 1994, p. 26).

[166] "Registre-se, entretanto, que as condições aceitas e que partem de atos de vontade, entre pessoas firmando relação jurídica, não são mais que imperativas condições obrigacionais, exigindo

forma, as “prerrogativas da Administração, mesmo em nome do interesse público, transformando-se em adequadas obrigações, criam direitos em favor do particular” que ao fim “incorporam-se ao patrimônio das partes, passando a exigir (...) reconhecimento jurídico”.[167]

Logo, o reconhecimento de que os contratos são fonte de obrigações determina a vinculação de ambas as partes (Administração – incluindo-se as estatais – e particular) ao seu adimplemento. Não se cogite de que constituída a obrigação, apenas o particular esteja vinculado ao seu adimplemento – tal assertiva não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, a percepção, já consolidada no âmbito do direito civil, de que a relação obrigacional deve ser vista como um processo, em que a figura do adimplemento polariza todos os demais atos praticados pelas partes (cuja análise não ocorre de forma estanque), é compatível e pode servir de importante parâmetro no exame das obrigações de natureza contratual assumidas pela Administração.

Aliás, tal ideia poderia ser extraída de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, autor de uma das poucas obras específicas sobre “obrigações administrativas” no Brasil, ao aduzir que:

> A importância das fases executórias, ou a importância da prestação comprometida, radica-se no limite das obrigações de fazer e de pagar, de realizar e de cumprir, de que temos exemplos nas obras públicas, nas cessões ou concessões, onde a Administração ao oferecer, ceder ou conceder, jamais se deve tornar motivo de inadimplência.[168]

Do trecho citado, é possível inferir a noção de que só há sentido em se estruturar uma obrigação administrativa de cunho contratual em que (1) o adimplemento da finalidade pública seja um dever que deve ser atingindo por ambas as partes – particular e Administração Pública (inclusive as estatais) – e (2) o adimplemento seja atingido a partir da consecução das “fases executórias” – pressupondo as ideias de complexidade e processualidade inerentes à obrigação.

---

dos pactuantes, conforme a finalidade do serviço, a mesma submissão existente nas modalidades privadas.” (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. cit., p. 162). Nesse sentido: “Falar-se em contratos públicos, portanto, pressupõe que se tenha em mente que o fenômeno contratual é indissociável da ideia de criação de obrigações e vinculação a tais obrigações” (STEINER, Renata C. Relação jurídica de concessão como processo e a situação patológica de descumprimento. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 36, 2011, p. 219).

[167] FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. cit., p. 182.

[168] FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. cit., p. 192.

2.1.2 O processo de contratação convergindo para o adimplemento do contrato

No Brasil, a noção de obrigação como processo foi desenvolvida por Clóvis Couto e Silva em tese de livre-docência apresentada em 1964 perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tal ideia está calcada no adimplemento da obrigação como elemento que polariza todo o encadeamento de atos (fases) que compõem uma relação obrigacional, inclusive das fases prévias e subsequentes à própria execução da obrigação.

Segundo Clóvis Couto e Silva, o adimplemento contratual molda as regras que regulam a obrigação, sendo que:

> (...) o próprio ordenamento jurídico, ao dispor sobre o nascimento e o desenvolvimento *do vinculum obligationis*, tem presente o sentido, o movimento e o fim da mesma relação, ou seja, o encadeamento em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do dever.[169]

Portanto, o autor enxerga sentido em tratar as regras sobre obrigações como instrumentos que visam a atingir um fim (adimplemento) e, em virtude deste objetivo, criam o caminho necessário para tanto (relação processual).

Desenvolve-se, então, a ideia de que a obrigação não seja examinada de forma unitária e estática (atomizada), caracterizada apenas pelo dever/direito[170] que fundamenta a relação obrigacional.[171] Busca-se observar tal relação sob a perspectiva do encadeamento de momentos e fases que visam ao atingimento (e ao próprio controle) do adimplemento do contrato – ou, de forma ainda mais avançada, de uma finalidade expressa pelas partes ao contratar (na sua fonte, portanto).[172]

---

[169] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 22.
[170] STEINER, Renata C. Op. cit., p. 209.
[171] Daí a influência alemã: "Com efeito, a relação jurídica pode ser lida a partir de duas concepções, em sentido largo ou estrito. Naquele, compreende a relação jurídica travada entre as partes, da qual emerge diversos direitos e pretensões, de diferentes ordens; nesse, particulariza especificamente a pretensão obrigacional. É no sentido amplo que a doutrina alemã trabalha com os conceitos de organismo e estrutura obrigacionais, que representam algo para além do conceito de relação jurídica obrigacional obtido na letra do *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)" (STEINER, Renata C. Op. cit., p. 212).
[172] "Obrigação é conceito finalístico, dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor" (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Op. cit., p. 168). Nesse sentido: "A obrigação como processo movimenta-se na direção indicada por seu fim, que é a satisfação do crédito, pelo adimplemento ou outros modos de sua extinção. É ele que dá coerência e sentido ao conjunto de elementos que constituem a obrigação. Esta encerra seu ciclo, extinguindo-se, justamente quando seu fim é alcançado" (LÔBO, Paulo. *Direito civil:* obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.

Propõe-se, no presente trabalho, assumir uma "visão de relação jurídica obrigacional que não a aprisiona nos estreitos quadrantes surgidos entre direito subjetivo de crédito e dever jurídico de débito, para enxergá-la como um todo complexo, obtido pela justaposição, e não mera soma, dos elementos que o compõem".[173]

Ou seja, entende-se que há um verdadeiro processo de contratação no qual cada ato deve ser considerado em uma ordem lógica para obtenção de uma finalidade negociada pela empresa estatal com terceiros interessados, buscando-se a convergência de todo o esforço empreendido para o adimplemento da obrigação e satisfação dos interesses das partes.

E essa não é uma visão estranha ao direito administrativo. Ao concluir sua obra, no penúltimo parágrafo do livro, Clóvis Couto e Silva cita no corpo do texto a seguinte passagem de Ruy Cirne Lima: "Fato jurídico não é (...) o contrato (...); mas os contratantes, o objeto do contrato, o contrato mesmo, e a própria coletividade social, a que aqueles pertencem. O todo condicionará a relação jurídica que, graças a essa conjunção, virá a surgir e perdurar".[174]

Logo, sendo a obrigação uma relação processual complexa, concebe-se a possibilidade de que as relações jurídicas obrigacionais formadas pelo contrato considerem elementos externos à própria obrigação. O adimplemento da obrigação, elemento de convergência (por isso, polarizador) da relação, passa a considerar os obstáculos externos que o condicionam desde o momento em que a obrigação é formada, até o momento em que a relação é considerada extinta.

Em outros termos, o próprio conceito de obrigação baseado na relação de crédito e débito passa a ser revista, sob a perspectiva da noção de "vínculo

---

62). Trata-se de interpretação que também permeia o estudo elaborado por Judith Martins-Costa ao tratar da importância da fonte geradora das obrigações: "Ora, se o vínculo obrigacional é uma totalidade e um processo no qual se interligam atos tendentes a uma finalidade, que é a utilidade econômico-social ou a necessidade servida pelo contrato, por certo está nele inserido o ato que lhe dá origem" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 396-397).

[173] STEINER, Renata C. Op. cit., p. 206.

[174] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Op. cit., p. 169.

dinâmico" e do próprio processo.[175] Algo que, em certa medida, remete à ideia da virada paradigmática da teoria do ato administrativo a partir do processo.[176]

Enfim, a partir da ideia de obrigação como processo, permite-se que se exija dos sujeitos vinculados por uma obrigação, por estarem numa relação considerada instrumental ao adimplemento, o dever de comprometimento máximo com os fins pactuados. Exige-se uma postura eficiente não somente do devedor, como também do próprio credor desde a formação do contrato. Este último deve se comportar de forma a permitir que a obrigação seja cumprida da melhor maneira possível, atingindo as finalidades nelas encontradas, assim, excedendo a noção clássica de relação crédito/débito.

No presente trabalho, pretende-se verificar as premissas que determinam que as obrigações surgidas sob as normas da Lei 13.303/2016 obedeçam a este pressuposto, considerando inclusive o próprio processo de contratação previsto na Lei. Entende-se que esta concepção faz ainda mais sentido nas relações que recebem influxos do direito público, permeado pelo dever de observância ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal).

2.1.3 A importância da conjunção da noção de processo e obrigação na formação e execução do contrato

A noção de processualidade é comum a toda atividade da Administração inserida em um Estado Democrático de Direito. Pressupõe o abrandamento da unilateralidade da atuação administrativa a partir da garantia de participação do cidadão na tomada de decisões.

O ato administrativo deixa de ser protagonista "passando a estar englobado por tema mais complexo, que se refere a todo o caminho a ser percorrido pela

---

[175] "Ora, como efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, percebe-se ser a mesma um vínculo dinâmico – porque passa a englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, 'casos' e problemas que a ela possam ser reconduzidas – que se movimenta processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 394).

[176] "Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu 'formar-se' e nos seus vínculos instrumentais" (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 224).

Administração Pública para licitamente exarar o ato final".[177] A "transferência do ponto central do direito administrativo, do ato administrativo para a relação jurídica" administrativa, verdadeira fonte de deveres e direitos, também foi desenvolvida na Alemanha,[178] assim como a noção de obrigação como processo importada por Clóvis Couto e Silva para o direito brasileiro.

É importante ressaltar que tanto a relação jurídica (categoria em que a obrigação se inclui) como o processo foram considerados instrumentos que fundamentam a atuação administrativa prestacional, que não era justificada com base na teoria do ato administrativo.

Na Alemanha, concebeu-se a explicação de que a Administração Pública é tratada como sujeito de direito tal qual qualquer particular e, por isso, se insere em uma relação jurídica da qual emanam direitos, deveres, prestações, etc. Já, na Itália, a explicação para superar a crise do direito administrativo foi a relação processual administrativa. Ou seja, os atos administrativos eram tomados como resultado de diversos atos praticados pela Administração e pelos particulares. Ao posicionar o processo como figura central pela qual a Administração se manifesta, os atos administrativos deixam de ser fonte individual de direitos e a relação integralmente concebida passa a ser protagonista no direito administrativo.[179]

Logo, diante da forma como se articulam as figuras jurídicas do processo e da relação jurídica, a noção de obrigação como processo está diretamente amalgamada à noção de atuação administrativa processual e contratual.

---

[177] SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. (In) MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010, p. 10.

[178] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 56.

[179] "Eis-nos, então, colocados perante o 'dilema existencial' do Direito Administrativo da actualidade. Perante a crise da doutrina do acto administrativo, surgem-nos claramente duas alternativas principais quanto ao modo de conceber a dogmática administrativa: uma orientação (que corresponde à do direito alemão) que parte da relação jurídica como conceito central do Direito Administrativo e que caminha no sentido da radical 'subjectivização' deste, procedendo ao equilíbrio das posições relativas dos particulares e das autoridades administrativas; e uma outra tendência (correspondente à da referida doutrina italiana) que faz do procedimento a nova realidade fulcral da dogmática administrativa, reconduzindo tanto a actuação das autoridade administrativas como dos particulares aos esquemas procedimentais, e preconizando a 'objectivização' do Direito Administrativo, dado que todos esses sujeitos se encontram a realizar em conjunto a função administrativa" (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido.* Coimbra: Almedina, 1995, p. 309). Como será visto na nota de rodapé 228, o autor admite a aplicação conjunta das explicações.

Nos casos de obrigações provenientes de fontes contratuais, a atividade administrativa deve convergir para o adimplemento contratual. Cada ato praticado, ao longo do processo de formação e execução do contrato, deverá observar e ser avaliado em função do próprio adimplemento da obrigação (*i.e.,* da preservação e da efetividade do negócio jurídico[180]) e da finalidade nela insculpida.

Assim, a verificação sobre o adimplemento do contrato não poderá ser realizada sem a perspectiva do processo de formação contratual e execução da obrigação que o precedeu.[181]

No fundo, é a atuação processual que deverá ser objeto de (e que permitirá o) controle tanto pelas partes que compõem a relação obrigacional objeto do contrato, como também pelos entes responsáveis pelo controle dos atos praticados pelo ente contratante. É o caminho processual das obrigações que externará os elementos necessários para a realização do controle (seja ele formal ou de resultado).

O acompanhamento das obrigações contratuais deverá levar em conta cada ato, cada decisão (*i.e.,* sobre a necessidade de alteração, revisão, prorrogação, extinção, etc.) e cada resultado obtido num contexto global, a partir da perspectiva do adimplemento contratual e do atingimento das finalidades que se pretendia obter por meio do instrumento contratual. Dessa forma, enxergando a obrigação administrativa contratual como processo, garantem-se ao controle todos os elementos necessários para que sejam revelados a legalidade[182] e a efetividade da atuação contratual administrativa.[183]

Por fim, há outro elemento que justifica a incidência de um regime processualizado do controle das obrigações. Marcos Perez ensina que diferentemente do direito privado em que o descumprimento geralmente se resume ao: "pagamento de perdas e danos (...) no direito administrativo o inadimplemento

---

[180] Parte-se do pressuposto que a classificação é válida para o Direito Administrativo. Nesse sentido: PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo.* São Paulo: RT, 2011, p. 263-273 e MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da existência 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 158-161.

[181] "(...) a análise do ato não poderá mais prescindir da análise do processo que o originou" (SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo... cit., p. 20).

[182] Adota-se o conceito de legalidade ampla, conforme: Ibid., p. 28 e ss.

[183] "A processualização da atuação da Administração Pública fornece, inquestionavelmente, maiores elementos ao controle jurisdicional (...)" (Ibid., p. 35).

das obrigações tem, não raro, decorrências muito mais amplas, as quais incluem desde as perdas e danos até a punição disciplinar dos agentes públicos (...)”.[184]

O exercício da competência punitiva pela Administração em relação aos agentes que participam da relação obrigacional contratual tanto mais reforça a necessidade de que o não atingimento da finalidade obrigacional seja analisada a partir do processo de formação e execução da obrigação. O resultado gerado pela relação obrigacional sem dúvida tem importância, porém, seu não atingimento deve ser considerado sob a perspectiva do encadeamento de atos que causaram o descumprimento, permitindo-se ponderar sobre a necessidade de aplicação e a adequação das graves sanções impostas pela Lei ou previstas no contrato.

Por isso, defende-se compreender a obrigação como processo servirá de apoio para o acompanhamento da atividade dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional contratual administrativa. Será objeto de controle não somente o cumprimento da obrigação, mas a própria atuação dos agentes ao longo de sua formação (processo licitatório e negociações existentes) e execução contratual.

2.2 A FORMAÇÃO E A EXECUÇÃO PROCESSUAL DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PACTUADAS COM AS EMPRESAS ESTATAIS

Considerando a análise teórica acima realizada, passa-se a analisar a formação e execução processual das obrigações em que as empresas estatais se posicionam na condição de contratantes de bens, serviços e obras. Trata-se de exame importante para constatar a validade e os efeitos advindos do entendimento de que as relações obrigacionais das estatais se dão de forma processualizada.

A Lei 13.303/2016 trata do processo de contratação das empresas estatais, que constitui a principal fonte de suas obrigações com terceiros. Propõe-se, para o restante do trabalho, uma leitura processualizada da Lei 13.303/2016 para fins da efetivação das relações obrigacionais contratadas pelas empresas estatais.

Quer-se possibilitar que a contratação pública não seja tratada como um ato isolado, excluindo sua conexão direta com as fases da conclusão e execução do contrato. Trata-se de fases que devem ser encaradas por meio de um racional

---

[184] PEREZ, Marcos Augusto. Obrigações administrativas. Cit., p. 463.

lógico, no qual as escolhas e negociações iniciais terão impactos diretos na possibilidade de se ter a obrigação pactuada devidamente adimplida.

2.2.1 A Lei 13.303/2016 e o "processo" de constituição da obrigação

A Lei 13.303/2016 regula a formação do contrato até o momento de seu adimplemento. Suas normas têm por finalidade que as obrigações contratadas pelas estatais sejam adimplidas.

O cumprimento das obrigações polarizará todas as demais fases que lhe são anteriores e posteriores, condicionando todas as etapas da licitação, passando pela execução contratual, até o atingimento das finalidades (satisfação das necessidades) por meio da contratação do particular.

Alguns dispositivos da mencionada Lei ajudam a ilustrar a ideia a ser exploradas nos capítulos a seguir.[185] Os exemplos não são exaustivos, certamente outros artigos, para além dos que serão citados abaixo, também podem ser analisados e utilizados como suporte normativo para o que se pretende defender no presente trabalho.

O art. 28, ao se referir à noção da figura do contrato, prevê a incidência do regime da Lei 13.303/2016 às obrigações recíprocas oriundas de acordo de vontades. Ou seja, está clara a positivação da figura da obrigação para as empresas estatais. Tal obrigação é formada por processo de licitação ou de contratação direta (art. 28 e 30).

O art. 31, que inaugura a Seção sobre "Disposições de Caráter Geral sobre Licitações e Contratos", estabelece claramente a noção de que a formação do contrato pressuporá um processo administrativo por essência.[186]

---

[185] Aqui não se pretende examinar com minúcia os artigos que serão citados. Trata-se de esforço que se fará no próximo capítulo. Pretende-se apenas recolher dispositivos que confirmem a ideia de que a contratação realizada pelas estatais é uma relação obrigacional processualizada.

[186] No direito privado a formação do contrato também é referida como processo "isto é, a sequência de actos que – praticados pelas partes em conformidade com o modelo fixado pela lei – permite dizer que um contrato se formou legalmente e que, por isso, as obrigações assumidas pelas partes, os resultados por elas prosseguidos, se tornaram juridicamente vinculantes" (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 125). No âmbito do direito administrativo, sobre "A licitação como processo" consubstanciando direito público subjetivo, cite-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 157-159.

Trata-se de processo que terá por finalidade obter a proposta mais vantajosa e sua conformação com as finalidades definidas pela estatal, que poderá considerar elementos externos à obrigação principal.

O caminho percorrido no processo de contratação – que, no caso da licitação, está detalhando no art. 51 – será de extrema importância para o condicionamento e o controle do comportamento das partes durante a execução do contrato. Trata-se da fase em que os motivos serão determinados, inclusive por meio da provocação dos próprios interessados quando apresentam suas impugnações e recursos, e as expectativas serão geradas a partir das finalidades estabelecidas, a rigor, pela própria empresa estatal.

Os arts. 68 e 69 estabelecem de que forma o contrato deve ser redigido, contendo elementos que introduzem a complexidade e totalidade inerente às obrigações pactuadas, observando-se "a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor" (art. 69, inc. VIII). Há um nexo claro de processualidade entre os atos pretéritos formadores do contrato em relação ao seu resultado (as cláusulas contratuais que regulam a relação).

Para interpretação e aplicação das regras contratuais, vale o estabelecido no art. 68, que subsome os contratos das empresas estatais à teoria dos contratos e às disposições de direito privado. Trata-se de fato que sobreleva a aplicação da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) e a intervenção mínima do Estado (art. 421, par. único, do Código Civil) nas relações obrigacionais travadas com as empresas estatais – princípio vetor da processualização da relação obrigacional.

Assim como verificado na Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 também prevê um verdadeiro sistema processual de alteração contratual (art. 81) visando, ao mesmo tempo, à adequação do contrato para melhor atender à finalidade pactuada, que motivou a contratação, e à proteção da equação econômico-financeira estabelecida. Todas as travas estabelecidas pela Lei às intervenções estatais no contrato devem ser interpretadas e controladas à luz do adimplemento do contrato, considerando (1) a finalidade do contrato; e (2) as expectativas do contratante particular formadas e externadas ao longo do processo de contratação.

O passo seguinte será a própria execução do contrato, cujo adimplemento está submetido à fiscalização das estatais (art. 40, VII) – o que demanda igualmente a formação de mais uma relação processual conexa à própria obrigação, na qual

um terceiro poderá estar diretamente envolvido (art. 44, §2º). Todo este relacionamento complexo fundamentará o controle realizado pelos órgãos de controle competentes para fiscalização da empresa estatal contratante. Se dele decorrer a imposição de sanção contratual, sua aplicação será precedida do processo previsto no art. 83.

Por outro lado, conforme estabelece o art. 85, esta mesma relação processualizada será objeto do controle realizado pela própria Administração Pública ou externamente por outros entes que não estejam a ela vinculados (*i.e.,* Judiciário, TCU, MP, controle social, etc.). Trata-se de circunstância que demonstra que a relação contratual das estatais envolve outros atores que, embora não estejam diretamente vinculados pelos créditos e débitos pactuados, são igualmente interessados no adimplemento da obrigação contratada.

As hipóteses de extinção contratual também devem ser lidas à luz da proteção ao contrato.

Excepcionalmente, o fim do contrato deve ocorrer, nas hipóteses de grave nulidade da licitação (art. 62) ou inadimplemento absoluto do contrato (art. 69, VII) – sempre mediante a realização de processo administrativo prévio. Ou seja, a extinção do contrato exigirá motivação pela empresa estatal, vinculada à demonstração de que o contrato não pode ser preservado, considerando os graves traumas que isso poderá gerar às partes – especialmente aos interesses da própria empresa estatal contratante. A mesma lógica vale para aplicação de sanções, conforme disposto no art. 83.

Assim, é possível afirmar que a Lei 13.303/2016 estabelece um sistema processual de contratação e execução da obrigação contratada, cujo alvo é o seu adimplemento e o atendimento das necessidades e finalidades definidas pela empresa estatal contratante ao iniciar o processo de contratação de terceiros.

Por isso, propõe-se que suas normas sejam interpretadas conforme:

(1) a confirmação de que a Lei 13.303/2016, ao submeter o contrato aos “preceitos de direito privado”, reforça a incidência da boa-fé objetiva como vetor interpretativo, integrativo e de criação de deveres secundários, de cooperação e lealdade, com o fim de efetivar as finalidades tuteladas pelo contrato – a partir de sua formação e execução processual;

(2) a postura efetivamente assumida pela empresa estatal e pela parte contratada, registrada pelo processo de formação e execução do contrato

(vedando-se posturas contraditórias e tutelando direitos criados ou extintos pelo comportamento das partes, por exemplo);

(3) a necessidade de se atribuir transparência (por meio de registro de todos os atos) e garantir a motivação dos atos praticados pela empresa estatal ao longo da execução contratual, gerando dados sobre a atividade das partes capaz de revelar desvios de finalidades e comportamentos contrários à boa-fé; e

(4) a incidência de interesses direta ou indiretamente afetados pela execução do contrato,[187] - inclusive, considerando o vínculo da obrigação contratada com as finalidades públicas que justificam a criação da empresa estatal e legitimam sua atuação.

2.2.2 A atuação processual imposta pelos Princípios da Administração Pública e pela governança empresarial

Ao tratar do regime geral das estatais, demonstrou-se que às empresas estatais também são aplicadas regras concebidas para Administração Pública.

A atuação específica da empresa estatal e a função exercida para o atingimento de uma finalidade pública, conceituada pela Constituição como interesse coletivo e detalhada pela Lei que autoriza a criação da estatal, indicarão a carga de normas ditas de direito público ou direito privado que incidirão na atuação da empresa estatal.

Ao afirmar a existência de um ramo do direito denominado "direito administrativo empresarial", Marçal Justen Filho explica que sua constituição se daria com a conjugação entre "princípios gerais inerentes à aplicação de recursos originalmente estatais com as exigências da atividade empresarial".[188] Para Alexandre Santos de Aragão: "Há, (...) a soma de dois vetores paralelos no mesmo

---

[187] Tal qual se verifica em outras relações obrigacionais travadas com a Administração Pública. Nesse sentido, relata Marcos Augusto Perez: "No contexto, e.g., de relações que se estabelecem para a realização de obras ou empreendimentos imobiliários urbanos é comum que a Administração Pública exija dos empreendedores a observância de deveres que visam a preservar o direito (o direito de ir e vir, por exemplo, ou o direito à sustentabilidade do desenvolvimento urbano) de moradores vizinhos ou dos demais moradores da cidade. É bastante comum, atualmente, a exigência de relatório de impacto de vizinhança para a autorização desse tipo de obra ou empreendimento" (PEREZ, Marcos Augusto. Obrigações administrativas. Cit., p. 461).

[188] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 176. No mesmo sentido, e estabelecendo as categorias da Administração Pública "empresarial" e "não- empresarial": SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 81.

sentido – normas de governança corporativa e o princípio do art. 37, *caput*, CF –, não uma contradição ou um alheamento entre eles".[189]

Os recentes casos de corrupção e a própria exigência do mercado de que se preserve um ambiente empresarial justo e correto, faz com que muitas normas sejam emitidas, no âmbito do direito privado ou público (fruto do consenso entre os sócios ou imposto por terceiros privados ou públicos), com o fim de adequar a gestão empresarial para o fomento de um mercado em que a livre iniciativa, a concorrência e desenvolvimento econômico e social sejam garantidos.

No Brasil, considerando-se a edição de um estatuto das empresas estatais apenas em 2016, pode-se assumir que diversas regras de governança foram importadas de ambientes já constatados em mercados de negociações de ações e ativos. Ou seja, pode-se afirmar que, nessa perspectiva, a atuação das empresas públicas seguirá o padrão de grandes corporações empresariais no controle e registro de seus atos, sobretudo em função da tecnologia desenvolvida e exigida tanto pelo cidadão/administrado como pelos usuários/consumidores de serviços e produtos.

Mas para o presente trabalho, que tem por objeto estudar o regime de contratação das empresas estatais, é importante também captar de que forma alguns princípios mais gerais de direito público, aplicados à Administração Pública, também são fundamentais para elaboração do processo de contratação e como eles se adaptam ao regime empresarial privado que as empresas estatais devem observar para atuar no mercado.[190]

2.2.2.1 Os princípios gerais da Administração Pública e os valores a serem observados pelo processo de contratação

A doutrina não diverge sobre a subordinação das empresas estatais aos princípios aplicados à Administração Pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal:[191] legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

---

[189] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit. p. 194.

[190] "A questão, portanto, não reside em definir se os princípios gerais da Administração Pública se aplicam ou não às empresas estatais. Deve-se verificar de que modo – ou em que gradação – tais princípios subordinarão a atuação dessas empresas" (SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 81)

[191] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 180 e SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 81. Segundo Alexandre Santos de Aragão "este dispositivo não se refere a eles como princípios do Direito Administrativo, mas, sim, como princípios da Administração

Especificamente no campo das contratações realizadas pelas empresas estatais, por força do art. 173, §1º, inc. III, da Constituição Federal, tais princípios devem ser observados e devem ser efetivados por meio dos processos previstos nos atos normativos que os regulam.[192] O próprio art. 31 da Lei 13.303/2016 ordena que os processos de contratação estejam permeados pela aplicação dessas normas, inclusive prevendo a incidência de outras diretrizes, como a probidade administrativa e a economicidade.

Trata-se de constatação que reforça o quão peculiar é o regime de atuação das empresas estatais, eis que são entes de personalidade privada, mas estão submetidos a normas que moldam o regime usualmente aplicável à Administração Pública. Em outros termos, a incidência desses princípios constitui expressão do que há de "típico regime de direito administrativo"[193] na composição dos regimes de cada empresa estatal.

Tal peculiaridade também é observada não somente em relação à incidência dos princípios, mas principalmente em relação ao conteúdo assumido por esses princípios no âmbito da atuação das empresas estatais. Ou seja, a incidência dos princípios não ocorre da mesma forma na qual se constata na atuação da Administração direta. Deve levar em conta a complexidade inerente à veste empresarial do Estado e o mercado escolhido para sua atuação.

No caso do princípio da legalidade, tem-se o entendimento de que as empresas estatais atuam como entes privados e, por isso, não estão sujeitas a restrições para a prática de atos que viabilizam o atingimento de sua finalidade. É na sua instituição, quando se define sua finalidade, e na constituição de seu objeto social que se forma a base para efetivação do princípio da legalidade.

Conforme lição de Alexandre Santos de Aragão, "o princípio da legalidade se aplica de forma negativa: (...) não podem [as empresas estatais], como qualquer particular, atuar contra o Direito"[194]. O autor indica a possibilidade, inclusive, de que as empresas estatais possam se valer de "modalidade contratual, típica ou atípica,

---

Pública, o que lhes dá uma conotação sem dúvida bem mais geral, no sentido de que devem permear toda a atuação da Administração Pública, seja qual for o ramo do direito ou o tipo de pessoa jurídica que estiver sendo utilizado em cada situação" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 184).

[192] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 190.

[193] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 182.

[194] Ibid., p. 188.

que bem lhe aprouver, salvo as que forem expressamente vedadas em geral ou especificamente para elas".[195] A observação é importante, na medida em que serve de fundamento para a modelagem do próprio processo de contratação dentro dos limites que são impostos pela lei.

Se tomada na sua acepção ampla, ao princípio da legalidade poderá se adicionar uma interpretação positiva, no sentido de exigir da empresa estatal o cumprimento das regras estatutárias e aquelas que regem sua atuação no mercado[196], com o objetivo de garantir sua atuação eficiente, evitando a prática de atos considerados ilegais ou ímprobos. Nesse sentido, a instituição de uma estrutura de governança empresarial, que será abordada a seguir, complementará o conteúdo do princípio da legalidade.

Os demais princípios também são aplicados nesse contexto. A impessoalidade, moralidade e publicidade devem ser aplicadas a partir da perspectiva da atividade econômica para a qual a empresa estatal foi constituída e do padrão (válido) de atuação dos outros agentes nesse mesmo mercado.

Para o processo de contratação realizado pelas empresas estatais, os princípios da impessoalidade e da moralidade determinam que as empresas estatais adotem processos de atuação que impeçam (1) a tomada de decisões meramente subjetiva e em benefício de interesses meramente individuais; e (2) sejam considerados contrários aos valores morais que pautam a atuação dos entes estatais ao adotar a técnica empresarial.[197]

Nesse sentido, a publicidade se reveste de mecanismo potencializador do princípio da impessoalidade e da moralidade, garantindo que os interessados na atuação da empresa estatal tenham ciência das decisões adotadas (e seus

---

[195] Ibid., p. 188. Em interpretação mais restritiva do princípio da legalidade aplicada ao processo de contratação das estatais, mas sem estabelecer uma divergência, defendeu-se que "os agentes administrativos e, por consequências, os agentes das estatais não atuam com liberdade, para atingir fins que reputem convenientes. Ao contrário, eles estão vinculados ao cumprimento do interesse público, uma vez que atuam nos estritos termos da competência que lhes foi atribuída por lei" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 50).

[196] "Ou seja, há certos condicionamentos à atuação dos administradores de uma empresa estatal que não se restringem ao disposto na lei, e que, por integrarem o estatuto da empresa, poderão ter alguma orientação de natureza econômica, relacionada à atividade empresarial explorada" (SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 82).

[197] O que significa tolerar a utilização de técnicas que permitam premiar condutas eficientes em um mercado competitivo. Ou seja: "É claro que o princípio da moralidade deve ser observado na atuação empresarial do Estado, mas os padrões de moralidade devem ser compatibilizados à lógica econômica" (Ibid., p. 84)

respectivos motivos) e verifiquem sua adequação às finalidades para as quais a empresa foi constituída.

Considerando que a Lei 9.784/1999 incide sobre o processo de contratação das empresas estatais, nota-se que a publicidade dos atos também será garantida pela devida motivação das decisões tomadas pela empresa estatal.[198]

Porém, a incidência da publicidade na forma de princípio no regime das estatais permite que o dever de disponibilização de informações sobre a atuação estatal adquira "contornos específicos"[199]. Informações relevantes, cujo sigilo é essencial para a atuação eficiente da empresa estatal no mercado, devem ser objeto de tratamento diferenciado em relação à publicidade – com vistas a permitir o controle das autoridades competentes e o exercício do poder de controle.[200]

Assim como em relação aos demais princípios, a incidência da Lei 9.784/1999 não deve ter o condão de burocratizar as contratações muito menos comprometer a utilização da técnica empresarial. Tais princípios devem servir de suporte ao estabelecimento de relações contratuais seguras e eficientes, permeada pelo princípio da boa-fé – tudo de acordo como art. 2º da Lei 9.784/1999. Novamente, e conforme se demonstrará adiante, as práticas de governança corporativa são extremamente importantes para complementação do conteúdo destes princípios.

Por fim, entre todos os princípios que se aplicam à Administração Pública, o da eficiência pode ser considerado como aquele para o qual todos os outros princípios devem convergir. A escolha da atuação empresarial (instrumento tipicamente privado) para a prática de atividade econômica pressupõe eficiência da organização empresária para o atingimento da finalidade que justifica a sua criação. Isso significa que a atividade deve se mostrar sustentável, o que dependerá de sua competitividade no mercado (por uma questão concorrencial)[201] e do atingimento de níveis seguros de rentabilidade.

No que tange especificamente ao processo de contratação, o princípio da eficiência determina que a interpretação das normas sobre a formação e execução dos contratos não dê primazia à forma, permitindo à estatal agir com maior

---

[198] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 280.
[199] SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 84.
[200] Ibid., p. 84.
[201] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 221.

liberdade (típica da veste empresarial), considerando a escassez de seus recursos, para negociar os termos da obrigação considerada mais vantajosa (técnica e economicamente).

Tal conteúdo do princípio não significa obviamente que sejam praticados atos ilegais (ferindo o princípio da legalidade); atos com fundamento em critérios de preferência meramente subjetivos (ferindo a impessoalidade); atos ímprobos (ferindo a moralidade pública); ou atos secretos (ferindo o princípio da publicidade). Tais princípios se unem ao princípio da eficiência para pautar a atividade empresarial estatal, permitindo que haja fundamento para estruturação de normas que permitam o exercício do controle, inclusive das atividades contratuais praticadas pelas empresas estatais.

Nessa linha, e de forma mais acentuada do que a atuação da Administração Pública não empresarial, Rafael Wallbach Schwind propõe que a "empresa estatal deverá se preocupar com os seus resultados, não apenas no tocante à consecução dos fins públicos que justificara a sua criação como também com os resultados econômicos...".[202] A orientação se alinha à interpretação dada ao art. 27 da Lei 13.303/2016 no primeiro capítulo, quando se examinou os deveres que se extraem da função social da empresa estatal.

Conforme se verá adiante, esses princípios orientam a interpretação e são preenchidos pelas normas que determinam a observância de determinados procedimentos para a contratação de terceiros por empresas estatais.[203]

2.2.2.2 As regras de governança empresarial

A incidência dos princípios da Administração Pública a pautar a atuação das empresas estatais é efetivada pelas regras de governança corporativa[204] previstas pela Lei 13.303/2016.

---

[202] O que o autor identificará como rentabilidade e melhor posição no mercado. Conferir em: SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 84.

[203] Alexandre Santos de Aragão explica que por conta da "ductibilidade inerente a qualquer princípio, eles penetram em diferentes regimes jurídicos sem dificuldades, modificando-os, mas também sendo modulados por eles" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 185).

[204] Escrevendo à luz da Lei 13.303/2016, Paulo Osternak Amaral define Governança Corporativa como: "conjunto de políticas e práticas orientadas a conferir maior transparência, estabelecer mecanismos de controle, estimular e garantir a atuação ética dos envolvidos, minimizar potenciais conflitos, agir em conformidade com as regras (internas e externas), enfim, aumentar a confiabilidade da companhia no mercado, mediante a valorização da empresa e a proteção das

Os princípios de direito público são efetivados, pois uma das diretrizes da governança corporativa é garantir que as empresas estatais atuem de maneira íntegra e cumpram as normas que lhes são aplicáveis – dever que se extrai dos princípios da legalidade e da moralidade.

Por outro lado, e conforme se demonstrou acima, os princípios são integrados e temperados pelas regras de governança, na medida em que estas amparam a atuação da empresa estatal de forma diversa da atuação do Estado, na qual os princípios da administração determinam uma atuação mais dependente de comandos previstos em Lei.[205]

Várias regras que serão seguidas pelas empresas, em geral, serão concebidas pelo próprio mercado, e não pelo Estado.[206]

Para que as empresas possam atuar, há que se permitir certa margem de liberdade para criação de suas próprias regras a partir de suas necessidades, de seus processos de produção e das exigências do mercado. Daí o acerto da Lei 13.303/2016 em contemplar uma série de deveres que determina que a empresa estatal esteja alinhada aos anseios do mercado e ao mesmo tempo cumprindo as regras que derivam da sua origem estatal. Para tanto, as empresas estatais terão certa margem de liberdade para acomodar todas as regras considerando as peculiaridades do seu fluxo de produção.

---

partes interessadas (stakeholders), dos investidores, dos empregados, do mercado e dos credores" (AMARAL, Paulo Osternak. Lei das estatais: espectro de incidência e regras de governança. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 65-66)

[205] Destacando a relevância do estatuto, André Guskow Cardoso afirma que "… é evidente que as estatais – principalmente as sociedades de economia mista, em que há participação acionária de particulares – não podem ser geridas como se se tratasse de entidade integrantes da administração direta. A sua natureza, o fato de atuarem no mercado e a incidência das regras de direito privado fazem com que essa abordagem seja incompatível com qualquer pretensão nesse sentido e, de certo modo, reafirmam as dificuldades derivadas da ausência de regulação jurídica clara sobre o tema" (CARDOSO, André Guskow. Op. cit., p. 97).

[206] Alexandre Santos de Aragão explica que a diferença da concepção das normas de governança criada por empresas privadas ou estatais está no interesse econômico do proprietário. No caso das empresas estatais, é o interesse da "população" que é "mais amplo e mais difuso". O Autor ratifica o posicionamento assumido no presente trabalho, indicando que: "o espírito que anima grande parte dessas exigências [de governança], apesar de não serem juridicamente obrigatórias no universo privado, de forma alguma lhe é estranho, muito pelo contrário, sobretudo nas grandes organizações. Muitas vezes, por autoexigências corporativas, os dirigentes das empresas privadas são obrigados a realizar procedimentos seletivos para escolha de seus empregados e das empresas a serem contratadas, bem como a motivar profundamente suas decisões empresariais mais relevantes" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 183).

O art. 6º da Lei 13.303/2016 prevê que as empresas estatais devem criar estruturas e normas internas de governança empresarial. Em termos específicos impõe o dever de obediência a "regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção (…)".

Algumas regras estão previstas na própria Lei 13.303/2016, e conforme dispõe seu art. 7º, devem ser aplicadas em conformidade com a Lei 6.404/1976 e as normas da Comissão de Valores Mobiliário.

Dos mencionados dispositivos, e das regras do art. 8º e 9º da Lei 13.303/2016, verifica-se a exigência de adoção de condutas (de transparência, *compliance* e gestão de risco) que se amoldam aos princípios aplicáveis à Administração Pública e que são obtidas por meio da processualização dos atos praticados pelas empresas estatais.

Essa lógica é plenamente aplicável às contratações realizadas pelas empresas estatais, eis que se mostra ambiente propício para a ocorrência de fraudes e desvios de finalidades que lhes gera graves prejuízos. Nessa linha, o art. 32 da Lei 13.303/2016 determina, como diretriz, que sejam observadas a "política de integridade" nas licitações e contratos das estatais.

2.2.2.2.1 Dever de transparência

O princípio da publicidade impõe o dever de transparência à atuação da Administração Pública.[207] Determina a revelação da motivação e conhecimento aos interessados sobre os atos que são praticados.

Integrando o princípio da publicidade, a Lei 13.303/2016 estabelece: (1) a obrigação de divulgação dos dados operacionais e financeiros (art. 8º, inc. VI); (2) políticas de transação com partes relacionadas especialmente para garantir a competitividade e comutatividade das obrigações celebradas (art. 8º, inc. VII); bem

---

[207] "O direito administrativo pós-moderno encontra na transparência um de seus pilares. Cada vez mais a legitimidade no exercício de competências discricionárias do gestor público está condicionada à transparência, eis que permite à sociedade conhecer previamente a racionalidade das escolhas públicas, em especial naquelas hipóteses que envolvam temas cuja repercussão impacta mais diretamente a vida dos indivíduos" (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*: casos e polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 346).

como (3) a divulgação de obrigações e responsabilidade assumidas “em condições distintas à qualquer outra empresa do setor privado em que atuam” (art. 8º; §2º).

Há, portanto, um dever de registro rigoroso das atividades societárias e contratuais da estatal, tal qual ocorre no âmbito das grandes empresas privadas.[208]

Para qualquer empresa relevante, que trabalha com os investimentos de seus acionistas, a divulgação de dados é fundamental para legitimar o poder de controle, gerar confiança para os investidores e atrair novos investimentos.

A transparência agrega valor à empresa e a torna boa contratante, permitindo que os interessados em travar relações obrigacionais com a empresa tenham previsibilidade sobre o adimplemento das obrigações.

No campo das empresas estatais e suas contratações, a exigência de transparência determina o estabelecimento de registros dos atos praticados, o que se dá inexoravelmente por meio do estabelecimento de processos.

2.2.2.2.2 As regras de *compliance* e gestão de risco

As normas de *compliance* e gestão de risco estão diretamente relacionadas à legalidade, à impessoalidade e à moralidade da Administração exigida pelo art. 37 da Constituição. Mas também se fundem no princípio da eficiência – vetor principal da atuação empresarial (seja o ente privado ou público).

A necessidade de adoção de práticas de integridade e *compliance* já está no ambiente empresarial há algum tempo. A Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, incentivou a adesão das empresas a programas de integridade, prevendo-o e apontando algumas diretrizes e benefícios em sua estruturação.

Basicamente a estruturação de um programa de *compliance* e gestão de risco tem por objetivo identificar condutas que imponham prejuízos e cometimento de atos ilícitos pelos colaboradores das empresas, regulando medidas para que as Leis existentes e as melhores práticas empresariais estejam sempre sendo observadas. Tal regulamento deve estar sempre atualizado de acordo com a

---

[208] Note-se que as empresas estatais federais que atuam em regime de concorrência estão, por força do Decreto 7.724/2012, sujeitas a divulgar suas informações de acordo com as normas da CVM “a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários” (art. 5º, §1º).

realidade da atuação das empresas e de suas metas, bem como com as diretrizes do mercado para o qual a empresa pratica suas atividades.

A exigência de treinamentos periódicos dos colaboradores das empresas, conforme determina o art. 9º, §1º, inc. VI, da Lei 13.303/2016, busca assegurar que estes tenham efetivo domínio das normas aplicáveis ao seu setor – o que faz com que os funcionários responsáveis por contratar tomem decisões mais conscientes e consentâneas com os valores, a missão e a estratégia da empresa, observando as normas jurídicas e contábeis aplicáveis à sua função.

Há, sem dúvida, uma finalidade imediata de prevenir a prática de condutas ilícitas e fraudulentas, evitando que as empresas sejam punidas por isso.

Mas há também, na ideia de *compliance* e gestão de risco, uma noção de eficiência decorrente do estabelecimento de processos internos e de relacionamento com terceiros para cumprimento de obrigações e atingimento de metas.[209] Tais processos podem, inclusive, motivar a exigência de que os terceiros contratados também tenham de aderir ao programa das empresas estatais ou possuam programas próprios compatíveis, sempre visando a garantir o cumprimento pleno e íntegro das obrigações contratadas.

Sem dúvidas, as regras de *compliance* vêm afetando os processos de contratação com terceiros, determinando contratações mais negociadas e seguras para as empresas que aplicam os programas.

---

[209] Paulo Osternak Amaral relata que o surgimento da governança corporativa tem relação com resolução do "conflito de agência", mas o autor reconhece expressamente que, num exame mais profundo, "a observância da governança corporativa destina-se a maximizar os resultados da própria empresa". O autor parte do pressuposto que a governança corporativa "Estabelece uma divisão do poder de decisão conforme setores da empresa, define sistemas de controles independentes (mesmo que internos), acomodam, conforme aptidões e interesses os gerentes/acionistas/proprietários/diretores e demais interessados na gestão do negócio. A observância de tais diretrizes pela empresa transmite ao mercado uma melhor imagem e um aumento de confiabilidade" (AMARAL, Paulo Osternak. Op. cit., p. 66). Nesse sentido, Marçal Justen Filho consigna que as regras de governança corporativa "são orientadas a impedir a preponderância de decisões incompatíveis com a racionalidade econômica ou que atendam a conveniências pessoais dos ocupantes de mandatos eletivos ou envolvidos em atividades partidárias" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 189).

2.2.3 O realce da tutela da confiança e da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais estabelecidas com as empresas estatais

Conforme sugerido acima, a consideração do processo de contratação como uma relação obrigacional processualizada tem como uma das consequências ressaltar as posições assumidas pelas partes ao longo do processo. Tais posições geram confiança na parte posicionada no outro polo contratual, tornando possível prever os eventos futuros e as chances do contrato ser celebrado e cumprido.

Nesse contexto, o contrato servirá como um instrumento de consolidação da confiança das partes,[210] criando instrumentos para que as expectativas e as posições assumidas sejam juridicamente tuteladas até que a obrigação contratada seja adimplida.

No âmbito da Administração Pública, no qual as empresas estatais estão inseridas, o efeito da adoção desse parâmetro é potencializado.

Primeiro porque a Administração Pública tem sua autonomia da vontade limitada pela finalidade a ser atendida pelo Estado. A finalidade sempre prevalecerá e é tratada como um dado objetivo. Como observa Judith Martins-Costa:

> (...) a avaliação desta 'relevância objetiva' da qual a ruptura pode revestir-se para o outro negociador, que confiou no prosseguimento e no bom termo das negociações, se põe com muito maior rigor para a Administração Pública do que para os particulares. Se os deveres decorrentes do postulado geral da confiança não se aplicam apenas às relações interprivadas, eles são, pelo contrário, até mesmo acrescidos quando a Administração Pública é parte porque, se nas relações interprivadas os deveres de agir segundo a boa-fé objetiva são, por vezes, relativizados pela incidência do princípio da autonomia privada, isto não ocorre nas relações de direito público, nas quais não há que falar em autonomia privada. É o fim, não a vontade que polariza a relação e administração, escreveu magistralmente Cirne Lima, há mais de meio século.[211]

---

[210] Sobre a influência germânica para a recepção da confiança no Direito Administrativo português, ver o seguinte excerto: "A inclusão da doutrina da confiança no Direito administrativo português marca uma viragem definitiva para o estilo germânico. No tocante ao equilíbrio financeiro: os particulares aderem a uma equação financeira assegurada pela Administração; não podem ser desamparados por superveniências (...) Todavia, esse estilo vem justapor-se – sem substituir – ao francês: há que salvaguardar o interesse público, a continuidade dos serviços e a própria mutabilidade do contrato. Chegamos, assim, a uma visão dinâmica da confiança, visão essa que traduz o próprio pensamento jurídico científico nacional, criativo em relação à soma das ordens jurídicas dadoras" (CORDEIRO, António Menezes. *Contratos públicos:* subsídios para a dogmática administrativo com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007, p. 103).

[211] MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre Administração e os Particulares. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, v. 22, 2002, p. 246.

Depois, porque no contexto da predominância das relações convencionais no âmbito da Administração, verifica-se que o próprio particular também exige que o ente estatal seja confiável. Afinal, a empresa estatal precisa se mostrar um contratante confiável para atrair fornecedores de qualidade e igualmente confiáveis.

Trata-se de constatação registrada por Fernando Dias Menezes de Almeida:

> No contexto contemporâneo de aumento das relações convencionais da Administração, verifica-se um certo deslocamento na compreensão da confiança. Como observa Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007d;465): "ontem", a ênfase era na proteção da Administração e a preocupação era na verificação da confiabilidade no contratante privado; "hoje", a ênfase é na necessária proteção das duas partes, acrescentando-se que a necessidade de atração de investimentos privados faz crescer a preocupação na confiabilidade no contratante público.[212]

No processo de contratação (seja ele direto ou por meio de licitação), a confiabilidade vai sendo construída ato por ato, praticados com o protagonismo e a presunção de legitimidade que goza a Administração Pública. Todos esses atos, que apreendem o contexto que determina a realização da contratação, são considerados pela boa-fé objetiva e formam a base objetiva do negócio[213] que servirá de apoio para interpretação, execução específica e/ou eventual alteração das condições contratuais.

---

[212]ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 376. Nesse sentido, Sérgio Resende de Barros, ainda em 1995, apontava a "ideia de confiabilidade do administrador público e dos administrados" como uma pauta da evolução do processo de contratação da Administração (BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 162).

[213] Sobre a figura no âmbito das contratações públicas, cite-se a seguinte passagem: "A boa-fé objetiva remete às circunstâncias institucionais nas quais a contratação foi celebrada. O estado de coisas que permitiu a concretização daquele específico contrato administrativo (objetivos, desenvolvimento nacional sustentável, interesse público primário e sua densificação por meio de leis, debates públicos, regulamentos, edital e contrato; metas públicas; qualificação e cooperação das partes etc.). Isto diz respeito à boa-fé dos participantes, bem como à base objetiva do negócio (…) O que se defende é a compreensão do contrato administrativo como negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico (e, assim, como não poderia deixar de ser, circunscrito à sua própria historicidade objetiva), impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis, relativas à sua base objetiva" (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública:* a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 111)

2.2.3.1 Análise de caso concreto sobre a efetividade da tutela da confiança e da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais com as empresas estatais

Um exemplo, envolvendo contrato celebrado pela Eletrobras, é bastante útil para compreensão do modelo que se propõe adequado, por revelar os efeitos de se tratar a relação obrigacional de forma processualizada, ressaltando a boa-fé objetiva entre as partes contratantes.

Em 2013, dez empresas tiveram seus contratos de compra e venda de energia celebrados com a Eletrobras, no âmbito PROINFA,[214] ameaçados de extinção por fatos pretéritos referentes às suas habilitações para assumir empreendimentos de geração de energia eólica. As empresas buscaram o Judiciário a fim de examinar a legalidade do processo administrativo instaurado pela Eletrobras para tanto.

Alegaram que a abertura do processo feria os deveres inerentes à boa-fé objetiva em virtude da postura assumida pela sociedade de economia mista ao admitir que as empresas fossem habilitadas a executar o contrato.

Demonstrou-se que os mesmos motivos, que serviram de pretexto para abertura do processo administrativo pela Eletrobras, haviam sido descartados no passado, durante a fase de habilitação para assunção das obrigações inerentes ao contrato PROINFA pelas empresas.

Em sede de tutela antecipada, os processos administrativos foram suspensos. A decisão foi mantida integralmente pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, na ementa do acórdão, consignou:

> As autoras foram notificadas pela Eletrobrás acerca da abertura de processos administrativos para rescisão unilateral dos contratos, ato que reputam nulo. Os fatos motivadores da instauração dos processos administrativos envolvendo as autoras para rescisão contratual unilateral dizem respeito a irregularidades nas Licenças Ambientais de Instalação e de Operação dos empreendimentos, as quais, em princípio, já eram conhecidas pela Eletrobrás desde o ano de 2004. A Eletrobrás passou a considerar como obstativos à continuidade da relação contratual fatos até então por ela desconsiderados, ofendendo, ao que tudo indica, os

---

[214] O PROINFA é um programa de incentivo às fontes alternativas de energia elétrica (Lei 10.438/2002). Pela Lei, a Eletrobras é responsável pela contratação e comercialização da energia em ambiente regulado. Segundo Gabriel Jamur Gomes, a Eletrobras: “não poderá auferir ganhos com o programa, mas sim, apenas repassar os custos da contratação, administrativos, financeiros e tributários aos cotistas (...)” (GOMES, Gabriel Jamur. *Relações contratuais de comercialização na regulação jurídica do mercado brasileiro de energia elétrica*. Dissertação (mestrado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 243-244).

> princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo em conta o seu comportamento contraditório.[215]

Note-se que o exame do Judiciário sobre a tentativa da Eletrobrás de extinguir diversos contratos já em fase de cumprimento estava pautado na noção de obrigação como uma relação obrigacional processualizada. Isso não está explícito no acórdão, mas é fácil de se inferir de sua fundamentação, especialmente no que diz respeito à boa-fé objetiva, princípio geral que condiciona a obrigação como processo.[216]

Primeiro, porque o Judiciário não se ateve isoladamente à motivação do ato presente para a declaração de invalidade do contrato invocado pela Eletrobras, mas analisou tal ato em perspectiva cronológica. Considerou a atuação da Eletrobras no passado, os atos praticados pelas partes no presente (eis que o contrato estava sendo regularmente cumprido), e percebeu as consequências da extinção de um contrato tão importante para a sociedade no futuro (fornecimento de energia – que, diga-se, constitui a finalidade para a qual a Eletrobras foi constituída).

Segundo, e como fundamento para concatenar os atos praticados no passado com o presente, valeu-se de um dos princípios vetores da relação obrigacional processual para limitar a atuação da Eletrobrás, qual seja: a boa-fé objetiva no âmbito das relações travadas com as empresas estatais. O mencionado princípio permitiu garantir a tutela não apenas do crédito e débito existente, mas de deveres laterais inerentes ao cumprimento da obrigação, sobretudo da tutela à confiança das partes.

É o que se extrai das premissas teóricas utilizadas na fundamentação da decisão de primeiro grau, mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sobretudo da constatação de que “os juristas brasileiros e também as decisões judiciais têm tratado do princípio da boa-fé, instituto até então restrito ao Direito Privado, também no Direito Público. Tal fenômeno decorre da comunicação existente entre os institutos do Direito Público e do Direito Privado (...)”.

Nessa linha, afirma que:

> Atualmente, o princípio da boa-fé está na base das relações jurídicas, sejam de Direito Público ou Privado, notando-se que a relação do Estado

---

[215] TRF4, Agravo de Instrumento 5008582-95.2013.404.0000/SC, Rel. Des. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, J. 12.6.2013.
[216] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Op. cit., p. 23.

> com os administrados não é mais de mera subordinação, mas de cooperação e complementaridade, o que faz com que a expressão confiança indique hoje 'a fonte produtora de deveres jurídicos e o limite ao exercício de direitos e poderes formativos, tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no *alter*, pela própria conduta. A expressão assinala a valorização dos pressupostos éticos na ação administrativa, considerando-se a confiança, de um lado, condição *sine qua non* das ações e das relações que cabe ao Estado dirigir ou coordenar, de outro a sua concreta feição, pois a confiança não é pensável *in abstracto*, longe das particulares ações e situações.[217]

A decisão, ora comentada, então passa a subsumir os fatos à premissa doutrinária e normativa utilizada e considera que "os fatos motivadores da instauração dos processos administrativos envolvendo as autoras para rescisão contratual unilateral (...) já eram conhecidas pela Eletrobras desde o ano de 2004". Na sequência, a decisão consigna que "a Eletrobras sempre defendeu a idoneidade da documentação apresentada, tendo, inclusive, autorizado a transferência dos empreendimentos em favor das autoras no ano de 2008", considerando a assunção de tal posicionamento como um comportamento concludente que "levou [as autoras] a investir uma grande soma de capital nos projetos".

Mas não somente isso foi considerado pela decisão. Os efeitos que a rescisão causaria aos investidores do projeto também deveriam ser relevados – especialmente num contexto da existência de um *Project Finance* "para custeio das obras e equipamentos necessários à implantação das usinas".

A decisão também considera violação ao princípio da boa-fé objetiva o fato de que "o mesmo representante da Eletrobras", que havia considerado as empresas aptas a assumirem os empreendimentos em discussão, foi quem "firmou nota técnica concluindo pela instauração de processo administrativo para rescisão do contrato".

No fim, o Juiz novamente considera elementos externos à relação obrigacional, justificando a concessão da tutela antecipada para suspender os processos administrativos também num contexto de proteção da própria finalidade (e o respectivo adimplemento) da obrigação contratual (a produção de energia), ao aduzir que os danos causados às empresas pela rescisão do contrato "serão estendidos à coletividade, em face da redução da capacidade eólica do sistema

---

[217]TRF4, Agravo de Instrumento 5008582-95.2013.404.0000/SC, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, J. 12.6.2013.

elétrico (...) e ao próprio erário, na medida em que grande parte dos recursos utilizados para instalação dos empreendimentos provém do FAT e do BNDES".

Claro está que o adimplemento contratual e a proteção ao atingimento da finalidade insculpida nos contratos polarizaram o exame da atuação das partes na relação obrigacional a fim de a manter intacta, fulminando a pretensão da estatal de extinguir os contratos por supostos vícios descartados no passado.

A partir do julgado acima estudado, tem-se que é juridicamente possível e recomendável que se encare as obrigações contratadas pelas empresas estatais como verdadeiro instrumento processual de adimplemento e atingimento das finalidades buscadas nas contratações. Esta noção altera a forma pela qual o controle das obrigações contratuais se desenvolve, não mais pautada apenas na garantia de que as regras formais foram observadas no caso concreto, mas com o fim de garantir o próprio adimplemento contratual (o que significa tutelar todas as situações jurídicas possíveis que uma obrigação contratual pode gerar).

2.2.4 Reflexos da menor incidência de normas de direito público para o processo de contratação

O art. 68 da Lei 13.303/2016 estabelece que os contratos celebrados entre as empresas estatais e terceiros devem ser executados sob o regime do direito privado. Ao assim dispor, o legislador reconhece a diminuição, sobretudo, da incidência de normas que atribuem à Administração posição de superioridade para atingimento de determinados fins públicos em relação ao particular.

Reforce-se o termo "diminuição da incidência". O legislador não abriu mão de submeter as empresas estatais a processos tipicamente exigidos do administrador público para o relacionamento com terceiros, cujo objetivo é permitir o controle e isonomia dos recursos públicos utilizados e garantir o atingimento das finalidades para as quais as empresas estatais foram constituídas.

De todo modo, entende-se que a diminuição da carga de normas que compõem o regime de direito público sobre a execução dos contratos deve influenciar o modo pelo qual os processos de contratação serão administrados para a formação dos contratos celebrados pelas estatais. A novidade imposta pelo art. 68 da Lei 13.303/2016 não se cinge ao campo da execução contratual – seus efeitos se espraiam às negociações necessárias para sua celebração.

Isso porque a modelagem dos contratos e o processo de contratação iniciado pelas empresas estatais tem de considerar dois aspectos fundamentais para que a obrigação contratada seja devidamente adimplida: (1) a ausência de incidência automática de prerrogativas s em favor das estatais; e (2) a incidência restrita do regime de precatório em caso de execuções de contratos descumpridos por empresas estatais.[218]

2.2.4.1 Ausência de incidência automática de prerrogativas exorbitantes e o impacto sobre as responsabilidades da empresa estatal

A incidência de prerrogativas exorbitantes às relações travadas com a Administração Pública é justificada pela tutela do interesse público a ser atingido por meio do contrato.

A Lei 13.303/2016 considera que tal regime deve ser repensado em relações nas quais o Estado atua como empresa, praticando atividades empresariais. Conforme ensina Marçal Justen Filho: “A regra é a ausência de competências e presunções de eficácia porventura aplicáveis aos atos do Estado, tais como a coercitividade, a autoexecutorierdade ou a presunção de legitimidade”.[219]

A falta de amparo legal para que poderes exorbitantes constem automaticamente nos contratos celebrados pelas estatais, faz com que sua modelagem leve em conta o fato de que as empresas estatais não terão instrumentos que possam legitimar (muitas vezes de forma abusiva) o descumprimento da obrigação contratada, tal qual ocorre no regime geral de licitação, por meio das figuras da extinção, suspensão de pagamento ou modificação do objeto contratado.

Não se quer aqui indicar que as prerrogativas exorbitantes são instrumentos que viabilizam o descumprimento contratual. Porém, previsões como as hipóteses de suspensão de pagamento, extinção e modificações unilaterais do contrato com

---

[218] Trata-se de pontos que são ligados à própria noção de Estado como um “mau contratante, porque (i) nem sempre paga em dia; (ii) possui prerrogativas de alterar unilateralmente o vínculo com os particulares sem muitas vezes respeitar o equilíbrio econômico-financeiro das avenças; e (iii) em caso de litígio, além de todos os privilégios processuais pendem em favor do Estado, a eventual execução contra a Fazenda Pública, resolver-se-á quanto muito em precatórios, que serão pagos muitos anos após o trânsito em julgado do processo” (SAAD, Amauri Feres. Liberdade das formas na contratação pública. (In) FERRAZ, Sérgio (coord.). *Direito e liberdade*: conservadorismo, progressismo e o Estado de Direito. São Paulo: IASP, 2017, p. 300, nota 31).

[219] JUSTEN FILHO, Marçal *Curso de direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 178

frequência são utilizadas de forma desviada pelos gestores para se eximir de arcar com suas responsabilidades contratuais,[220] especialmente relacionadas aos pagamentos acertados ou ao planejamento da contratação.[221]

Por outro lado, a incidência de cláusulas que remetem a poderes exorbitantes no contrato, permitidos pela Lei (como a aplicação de sanções), dependerá da motivação da empresa estatal. A empresa deverá justificar a adoção de tal regime contratual no âmbito da formação de um contrato privado para efeitos de seu cumprimento.

Nesse ponto, cabe mencionar a proposta de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Antes da promulgação da Lei 13.303/2016, o autor sugeriu flexibilizar a necessidade de incidência dos poderes exorbitantes nos contratos regidos pelo regime geral de contratações públicas, no qual a discricionariedade do ente público para modelar o contrato é nitidamente menor:

> Essa técnica de flexibilização pela discricionariedade se conjuga com a adoção da teoria da dupla motivação, que se aplica, como se indica, em dois momentos distintos do processo de escolha discricionária delegada à Administração:
> 1º. um momento de motivação, para a adoção ou para o afastamento em tese de cláusula exorbitante em contratos em que a Administração vá buscar prestações no mercado sob a égide do sinalagma, seguindo-se,
> 2º. um novo momento da motivação, para a aplicação de uma determinada cláusula exorbitante, inserida em determinado contrato com previsão para atuar em determinadas circunstâncias.[222]

O art. 68 da Lei 13.303/2016 inaugura sistema que incorpora a ideia acima citada. Conforme será demonstrado nos próximos capítulos, a elaboração dos contratos durante o processo de contratação deverá levar em conta esse aspecto – o que afasta qualquer possibilidade de se pensar na aplicação automática de um regime geral e exorbitante para as contratações das empresas estatais.[223]

---

[220] Gerando críticas ao regime geral do contrato público, apreendidas por Fernando Dias Menezes de Almeida para afirmar que "não se sustenta e não se pratica a possibilidade de que a Administração rompa o fundo da relação contratual, por exemplo, afirmando ser descumprimento o que não é, ou invocando razões de rescisão ou de aplicação de sanção contratual fora das hipóteses convencionadas" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 355).

[221] "Não se quer dizer que seja bom que a Administração deva conviver com contratos mal dimensionados para suas necessidades, sem poder corrigi-los. Quer-se, sim, sugerir um sistema mais favorável a que tal situação nem ocorra" (Ibid., p. 331).

[222] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. (In) ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 586.

[223] Muito antes da promulgação da Lei 13.303/2016, afirmava-se que "os contratos celebrados por empresas estatais não devem ser considerados contratos administrativos, isso porque, nos termos da CF, art. 173, §§1º, II e §2º, elas realizam negócios jurídicos despidas da supremacia do poder

2.2.4.2 A importância de se considerar a inaplicabilidade do regime constitucional do precatório

Se por um lado, as prerrogativas exorbitantes já não estão mais a legitimar possibilidade de descumprimento ou alteração dos contratos celebrados pelas empresas estatais, por outro lado, as estatais também não contam com o benefício de impenhorabilidade de seus bens.

Ou seja, o credor da empresa estatal em uma relação obrigacional poderá executar a dívida e pleitear a penhora de bens das estatais, sem ter de se submeter ao regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal.[224]

Isso não exclui a necessidade de que se avalie a afetação de determinados bens à manutenção da finalidade pública empreendida pela empresa estatal.[225] Constatada a afetação, não há que se cogitar a penhora daquele bem – circunstância que não impede a constrição do patrimônio não afetado.

Sendo como for, retira-se da empresa estatal outro instrumento de postergação do pagamento de dívidas,[226] que teria o condão de blindar temporariamente o seu patrimônio. Sendo que, o valor apurado em função de descumprimentos contratuais (ou que decorram de responsabilidade pré-contratual) pode ser objeto de execução imediata.[227]

---

de império inerente aos entes públicos" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Cit., p. 219).

[224] Conforme lição de Marçal Justen Filho, que também anota a não aplicação das "prerrogativas processuais especiais" para as empresas estatais (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 179).

[225] Sobre o regime de afetação de bens, remete-se às considerações de SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* cit., p. 115. Já o posicionamento de Marçal Justen Filho sobre a impenhorabilidade dos bens se restringe às empresas prestadoras de serviço público (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 179).

[226] Circunstância que vinha gerando uma vantagem imensa para as empresas estatais em detrimento do direito de seus credores, conforme observa Carolina Barros Fidalgo. A autora frisa trecho de intervenção do Min. Marco Aurélio no julgamento do RE 599.628, em que se destaca o prazo de vinte quarto horas para a dívida seja satisfeita em caso de execução de título judicial, contra o prazo de, no mínimo, dezoito meses para o pagamento da dívida no caso do regime de precatório (ver em: FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 276, nota 638).

[227] O que elimina o chamado "ônus financeiro adicional" para o contratante particular, decorrente do regime de precatório que impede a retomada "do capital investido" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 330). Do contrário, e conforme observado por Eduardo Talamini, haverá grave déficit ao "direito à tutela jurisdicional plena e efetiva" do credor, obstando o exercício do direito ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Para o mencionado autor: "A execução por precatórios no Brasil – já em tese menos eficiente do que o regime geral, no que tange à satisfação do crédito – tornou-se na prática verdadeira falácia. Poucos são os entes da Fazenda Pública que honram seus precatórios dentro dos prazos constitucionalmente estabelecidos" (TALAMINI, Eduardo. O STF, os precatórios e a Administração Pública indireta,

Tal fator deve ser levado em consideração nos processos de contratação das empresas estatais. A tomada de decisão sobre contratar deve passar pela verificação sobre a condição financeira da estatal e o seu planejamento para assumir compromissos contratuais. Nessa perspectiva, deve a estatal utilizar de forma eficiente seu poder de compra para satisfação de suas necessidades.

2.3 A FUNÇÃO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PARA A ESTATAL

Tratar as obrigações como relações processuais permite que a elas lhes sejam atribuídas diversas funções. A primeira, sem dúvida, é controlar os atos praticados para que se obtenha o próprio adimplemento da obrigação contratada.

No âmbito das estatais, outras funções podem ser também atribuídas a tal processo, considerando que a contratação de bens, serviços e obras constitui apenas um meio para que a empresa estatal possa desenvolver as finalidades para as quais foi constituída.

O presente tópico visa a compreender as funções extraíveis do processo de contratação, a fim de permitir a definição de seu regime.

2.3.1 A processualidade como forma de legitimar a atuação administrativa contratual por meio de consenso

As relações contratuais obrigacionais são formadas por meio de consenso obtido em processos de negociações.[228]

No âmbito do direito público, o consenso passou a ser tomado como instrumento pelo qual a administração legitima sua atuação administrativa.[229] A própria ideia de licitação perpassa pela existência de um processo público de

---

Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 45, jun./2011, disponível em http://www.justen.com.br/informativo, acesso em 11 abr. 2019).

[228] Nesse ponto, importa a constatação teórica de que (1) a relação jurídica e o processo são figuras chaves para a renovação teórica do Direito Administrativo; e (2) tais figuras jurídicas "não constituem realidades ou conceitos, em si mesmos, excludentes ou incompatíveis, pelo que, de acordo com a orientação que me parece mais correcta, deve-se partir de uma orientação "subjectivista", de consideração da relação jurídica como conceito central do Direito Administrativo da actualidade e simultaneamente, entender e valorizar o procedimento como 'quadro', ou 'o pano de fundo' onde se estabelecem e desenvolvem relações jurídicas administrativas" (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit., p. 121-122).

[229] O que equivale a negar o consenso como um fim em si mesmo, nas palavras de ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 378.

negociação coletiva em busca da criação de deveres, créditos e débitos com alguma carga consensual com aquele que será contratado.

Por meio de etapas, a Administração faz uma chamada de proposta, submete suas definições aos interessados e seleciona o particular que apresentar uma proposta mais vantajosa. O consenso é obtido por meio da adjudicação do bem, ainda que o espaço de negociação seja reduzido nas Leis que regulam as contratações públicas realizadas pela Administração direta.[230]

Estabelecer tal relação de forma processualizada tem o condão de legitimar a atuação administrativa contratual fomentando a obtenção de um consenso efetivo das partes privadas que participam do processo de contratação. Quanto maior o espaço propiciado pelo processo à negociação de contratos, maior será o estímulo para que as partes colaborem (participem) ao máximo para que as melhores propostas sejam apresentadas visando ao adimplemento das obrigações contratadas, observando-se a base objetiva que fundamenta o negócio jurídico celebrado e que também é registrada durante o processo de contratação.

Conforme observam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

> (...) o processo administrativo atual – a sua natureza jurídica – não está em ser compreendido autonomamente como meio de compor conflitos de interesses, impedir ataques, obter benefícios ou produzir normas. Há algo mais essencial, que é a efetiva participação das pessoas privadas nestas relações jurídicas, que se destinam à produção de atos da Administração Pública. Está-se diante de atos administrativos – individuais e coletivos – não unilaterais e impositivos, mas consensuais, com cooperação público-privada.[231]

O processo tem a virtude de ser o ambiente propício para obtenção de consenso entre as partes e faz sentido que seja praticado para a formação de relações obrigacionais[232] por pessoas jurídicas de direito privado.

---

[230] Por exemplo, como ocorre no contrato de concessão que: “deriva, então, de imposições predeterminadas pela Lei e pela Administração Pública. As condições básicas do contrato são impostas ao particular, cuja vontade se manifesta muito restritamente. Resta para o particular o preenchimento de certos ‘espaços em branco’, produzidos intencionalmente pelo Estado. Quando define as condições da futura contratação, a Administração delimita os tópicos acerca dos quais poderá haver manifestação dos particulares interessados em contratar. A proposta de cada licitante consiste em formular uma das vias possíveis de preenchimento desses espaços vazios” (JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 163).
[231] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit., p. 80.
[232] Tratando as transformações das formas de atuação da Administração Pública e de sua influência para a dogmática do ato administrativo, sobretudo a partir da constatação de que a Administração também pode assumir a posição de “prestadora” de bens e serviços, Vasco da Silva verifica o

Tanto à luz do direito privado como do direito público (ambos observados pelas empresas estatais), o processo deve ser o instrumento de diálogo entre a empresa estatal e os interessados na contratação, legitimando cada fase da relação obrigacional até o seu adimplemento. Serve como instrumento a viabilizar negociações pré-contratuais fundamentais para que a proposta do particular não figure tão somente como mera adesão aos termos do contrato definido pela empresa estatal, mas signifique sua efetiva concordância com a repartição de riscos e responsabilidades a serem remunerados pelo valor da proposta.

Por outro lado, e por força dos princípios gerais da Administração Pública e das regras de transparência e governança corporativa que incidem sobre a atuação das estatais, o processo também terá a virtude de ser o ambiente de aplicação das normas para controle dos negócios celebrados, evitando, por força da exigência de observância à boa-fé objetiva, motivação e transparência dos atos praticados, que as partes se desviem de suas finalidades legítimas e lícitas, e optem por desvirtuar a celebração de um negócio jurídico para obtenção de vantagens ilícitas, prejudicando a atuação das empresas estatais.

2.3.2 Funções específicas do processo de contratação (direta ou por meio de licitação) para as empresas estatais

A relação obrigacional travada com a empresa estatal começará por meio do seu processo de contratação. Ocorrerá de forma direta ou por meio de licitação, mas sempre por meio de um processo.[233].

---

surgimento da “Administração concertada” que se manifesta “na procura constante da aceitação e da consensualidade, mesmo quando sejam utilizadas formas de actuação de tipo unilateral. Busca do consenso, que implica a existência de mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados na formação das decisões administrativas, e que faz da regulação do procedimento administrativo uma preocupação dogmática moderna, interessada na obtenção de uma nova ‘legitimação’ da atividade administrativa pela via do procedimento (N. Luhmann). Assim, que se trate de uma decisão unilateral, quer de uma decisão contratual, a participação dos particulares no procedimento administrativo é a garantia de uma maior ponderação de todos os interesses envolvidos e de uma decisão administrativa mais correcta e eficaz, porque mais facilmente aceite pelos destinatários” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit., p. 106-107).

[233] “A licitação pública desenvolve-se por meio de procedimento administrativo, isto é, de uma sucessão encadeada de atos administrativos, cada qual com propósito específico e todos eles em conjunto com propósito comum. Isso significa que cada fase da licitação se presta a uma utilidade. Por exemplo, a habilitação objetiva analisar a pessoa do licitante, o julgamento visa a avaliar a proposta etc. Todos os atos do procedimento, ao fim e ao cabo, convergem para a finalidade de selecionar com quem e em quais condições a estatal deve firmar contrato, procurando-se as condições mais vantajosas para os seus interesses com respeito aos princípios que lhe são

Considerando as premissas acima assentadas, pode-se confirmar a presença de uma relação jurídica processualizada da qual decorrem deveres e direitos subjetivos[234] para as partes que a compõem ou são por ela afetada.

A diferença entre o processo de contratação direta e por meio de licitação está na amplitude das regras de competição impostas para seleção dos interessados em contratar com a estatal. No processo de licitação, as fases de recebimento e avaliação das propostas são mais ritualizadas do que na contratação direta, em que não necessariamente existirá competição procedimentalizada entre os interessados – o que não exclui a necessidade de que a empresa estatal compare preços e técnicas de execução do objeto contratado ao definir a proposta a ser aceita.

O que importa, para o presente capítulo, é a observação de que tanto a contratação direta como a licitação se desenvolvem por meio de um processo administrativo, que tem por pressuposto a escolha por contratar em "um juízo fundamentado quanto à sua necessidade, utilidade e moralidade".[235]

A estruturação do processo de contratação pode ser utilizada para o atingimento de finalidades derivadas, que não se resumem ao atingimento de uma necessidade primária da empresa estatal (*i.e.,* a obtenção de um insumo para garantir as atividades que justificam sua existência). Por isso, os processos de contratação, aos quais as empresas estatais devem se submeter para selecionar seus contratados, visam também a permitir que o seu poder de compra não seja desvirtuado, fraudado ou gere desperdícios. O que, no fim, resultaria numa

---

regentes" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 155). Flávio Amaral Garcia vai além ao reconhecer haver um "processo decisório para chegar à conclusão de que a hipótese reclama licitação ou contratação direta", bem como, mesmo na hipótese de contratação direta, seja realizado "o chamamento público ou mesmo uma disputa informal", quando houver necessidade de "avaliar se, de fato, a competição é efetivamente inviável, permitindo que outros agentes econômicos se manifestem, e até mesmo os órgãos de controle, acerca da sua valoração privativa sobre a inviabilidade de competição" (GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 345-346).

[234] Que no âmbito da Lei 8.666/1993 são considerados direitos subjetivos públicos, conforme observado por: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit., p. 34. Trata-se de classificação dispensável no âmbito do processo seguido pelas empresas estatais, já que o processo de contratação será realizado entre privados com a incidência de normas de direito público para controle da eficiência da contratação.

[235] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit., p. 35.

contratação não vantajosa que geraria prejuízos, em última instância, ao próprio patrimônio público.[236]

Assim, o processo permitirá, à estatal e aos diretamente interessados na atuação da estatal, implementar medidas de controle da atuação dos seus agentes e dos proponentes que com ela negociam ao longo da fase que precede a execução do contrato.[237] Tal processo gerará registros que serão extremamente relevantes para a adequada execução do contrato que será firmado.

No regime geral de contratação brasileiro, as finalidades do processo de contratação são extraídas do art. 3º da Lei 8.666/1993:

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

O art. 31 da Lei 13.303/2016 possui redação sutilmente diversa. Estabelece que as licitações e contratos celebrados pelas estatais: "(...) destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento". Por outro lado, define como princípios a serem observados para atingimento da finalidade: "os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo".

---

[236] "Por isso, a disciplina das sociedades estatais incorpora medidas destinadas a tutelar os interesses da Nação em face dos mecanismos burocráticos. Há mecanismos de controle jurídico objetivo, dissociado da participação societária. Essas soluções jurídicas destinam-se a proteger os interesses coletivos atribuídos à sociedade de desvios provenientes da conveniência dos governantes, dos sócios, dos administradores e dos funcionários" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 187).

[237] Em uma análise mais ampla: "... todos os deveres atribuídos aos controladores e administradores servem não apenas para assegurar que a gestão seja consentânea com os interesses constitucional e legalmente protegidos, mas também para garantir o monitoramento e a transparência necessários aos empreendimentos do Poder Público no setor privado, inclusive no que toca ao preenchimento dos requisitos constitucionais" (FRAZÃO, Ana. O abuso de poder de controle na lei das estatais. (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 117)

A diferença entre os textos e o fato de a norma ser dirigida a empresas estatais, cuja atuação não se dá em regime propriamente público e está delimitada pelo atingimento de uma finalidade específica descrita nos atos que determinam sua criação, sugerem que a função do processo de contratação e as finalidades que devem ser obtidas pelas empresas estatais sejam compreendidas de forma diversa das licitações públicas.

Com base no exposto e no disposto no art. 31 da Lei 13.303/2016, propõem-se cinco funções que o processo de contratações das estatais deve cumprir.

2.3.2.1 Formação "mais vantajosa" do contrato

A finalidade precípua dos processos de contratação previstos pela Lei 13.303/2016 é ser instrumento processual para que as empresas estatais possam formar seus contratos, para atendimento de suas necessidades, permitindo a competição isonômica entre interessados, quando possível, para que as propostas obtidas lhe sejam vantajosas.[238] Nesse ponto, não se tem divergência em relação à função que o regime geral de contratação atribui à licitação.[239]

Ou seja, cria-se um processo (como pano de fundo) para obtenção de instrumentos contratuais que estabeleçam obrigações que satisfaçam, por um valor

---

[238] Daí a pertinência da constatação de que "A obtenção do negócio mais vantajoso não é exclusividade da licitação" (MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação*: repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2019, p. 49).

[239] Discutindo a possibilidade de inclusão de novos investimentos no âmbito dos contratos de concessão de rodovia, Luís Roberto Barroso aponta que: "O propósito essencial da licitação, como se sabe, é promover uma competição objetiva entre todos os interessados que possam, em tese, atender ao interesse público em questão e, assim, alcançar a melhor contratação para a Administração Pública. Em segundo lugar, e por consequência, a licitação também deverá assegurar a isonomia entre todos os interessados capazes" (BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de direito público da economia,* ano 4, n. 15, jul./set. 2006, p. 109). Embora o autor indique como propósito essencial da licitação a promoção da competição, não descuida que esse é apenas o seu instrumento, sendo sua finalidade essencial o atendimento ao interesse público. Na mesma linha Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado discorrem sobre o duplo objetivo da exigência de prévia licitação para celebração e contratos administrativos: "De um lado, busca, por meio da competição, assegurar a obtenção da melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública. Por outro lado, ela tem objetivo de assegurar o tratamento igualitário entre potenciais contratantes da Administração Pública. Sob essa última perspectiva, também se acopla, à exigência de prévia licitação, princípio da vinculação ao instrumento convocatório" (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de contratos de concessão e PPP no interesse da Administração Pública problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais. *Revista de contratos públicos,* ano 2, n. 2, set. 2012/ fev. 2013, p. 115).

considerado ótimo, as necessidades da empresa que não podem ser atendidas por sua própria estrutura – caso contrário, a empresa não precisaria contratar terceiros.

A criação do processo de contratação no âmbito das estatais deve seguir a Lei 13.303/2016, o que não significa a existência de uma única possibilidade de configuração dos atos que serão praticados até a assinatura do contrato e a execução de seu objeto. Como já se apontou anteriormente, o regime diverso daquele aplicado à Administração Pública permite à estatal uma maior liberdade de formas.

Caberá à empresa estatal escolher a melhor forma de formatar o projeto (o que inclui os meios para escolha do contratado e as formas para execução do contrato) de modo que, ao fim, não apenas a proposta obtida seja vantajosa, mas que o próprio processo seja o mais eficiente possível, gerando menos custos.

2.3.2.1.1 A noção de vantajosidade

Marçal Justen Filho explica que a vantajosidade é reconhecida quando há "a adequação e satisfação do interesse coletivo por via de contrato", sendo que as prestações que compõe a relação contratual e obrigacional devem ser estruturados de modo que a Administração assuma "o dever de realizar a prestação menos onerosa" e ao particular atribua-se o dever de "realizar a melhor e mais completa prestação". A vantajosidade parte da ideia de custo-benefício.[240]

Constatada a necessidade de contratação pela estatal, os custos para: especificação dos requisitos das prestações que formarão a obrigação (*i.e.* elaboração de projetos, etc.); estruturação das garantias da execução; determinação dos requisitos para selecionar o contratado; etc., devem ser considerados tanto para a escolha do processo de contratação a ser adotado, como para que se constate a vantajosidade da contratação.

Daí a ideia de "*Best Value for Money*", em que, por obediência ao princípio da eficiência, cobram-se da empresa estatal "escandir e comparar a gestão de riscos, o padrão da prestação, a alocação dos recursos e os resultados da gestão da infraestrutura",[241] assim como atentar para a necessidade de gerir os custos de

---

[240] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 97.
[241] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Cit., p. 120. Comentando regras de contratação aplicáveis à Administração Pública, os mencionados autores aduzem que: "... nem

transação[242] decorrentes dessas exigências.[243] A depender do processo de contratação adotado, impõe-se custos iniciais ou posteriores que devem ser considerados na medida em que a decisão por contratar um terceiro evolui.[244]

No mais, Marçal Justen Filho reconhece que há uma "pluralidade de dimensões da vantajosidade" que se relacionam a aspectos meramente econômicos, mas também a outros de cunho social/ambiental. A depender de como o conceito de vantajosidade é preenchido, outros interesses das empresas estatais podem ser abrangidos pela contratação de um bem, serviço ou obra[245] –

---

a LGL, nem o RDC, nem qualquer outra ordem de contratos administrativos está a prestigiar a realização de quaisquer certames, sob formas que apenas onerem as partes, mas, sim, daqueles que cumpram a eficiência da Administração Pública, conjugada com os demais princípios consignados no *caput* do art. 37 da CF do Brasil (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade)" (Ibid., p. 120).

[242] Didaticamente, Paula Forgioni exemplifica o problema do custo de transação para se decidir se determinada empresa deve assumir a limpeza de suas instalações ou contratar uma empresa para tanto: "Para selecionar a empresa a ser contratada, *A* pesquisa as opções existentes no mercado, preços praticados, idoneidade das firmas, qualidade dos serviços, reputação etc. Após esse processo, opta por *B*. *A* e *B* deverão negociar os termos do contrato, os honorários em que o serviço poderá ser realizado, as precauções em relação à segurança, inclusive os cuidados com o sigilo dos dados empresariais, o asseio dos faxineiros, a responsabilidade por eventuais danos causados aos equipamentos e assim por diante. Tudo isso representa *tempo* e *dinheiro*, que serão ponderados por *A* quando da decisão de sua estratégia: contratar *B* ou utilizar o trabalho de faxineiros empregados? (...) Os economistas debruçaram-se sobre esses problemas, estudando e explicitando os dispêndios associados à solução 'de mercado', i.e., à obtenção do bem ou do serviço mediante a contratação de terceiros. Esses custos são chamados 'custos de transação', incorridos por conta e em virtude das contratações da empresa com outros agentes econômicos" (FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 143).

[243] A questão do custo de transação envolve estudo multidisciplinar e seu tratamento mais direto extrapolaria o objeto do presente trabalho. Seja como for, sua menção é importante, pois os custos de transação são intuitivos e não podem ser desprezados. A lógica fundamental para a fase de contratação é a de que, ao se estipular os termos do contrato, "... quanto mais complexos os contratos maiores custos com consultoria e escritórios de advocacia estarão envolvidos" (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessão de serviço público e PPPs. *Revista brasileira de direito público*, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009, p. 87).

[244] Avaliando especificamente as contratações públicas existentes, Marcos Nóbrega constata que: "... a dinâmica da contratação pública determina uma lógica todo particular quanto aos custos de transação. Em primeiro momento esses custos são significativamente economizados (ou postergados) por conta da natureza de contrato de adesão. Como sabemos, o contrato já vem previamente formatado e deverá ser anuído pela parte selecionada no procedimento licitatório. Assim, os custos de transação são estabelecidos nessa fase ex ante sobremodo no processo licitatório que exige expertise para elaboração das propostas e, não raro, imensa e custosas interpelações administrativas e judiciais que entravam o termo do procedimento. Dessa forma, os custos gerados no curso do procedimento licitatório são certamente entronizados no preço proposto pelas partes quando da licitação. (...) Essa diminuta (ou nenhuma) margem de negociação na elaboração contratual determina economia para as partes de custos de transação ex ante, conquanto empurra para o momento *ex post* todos os conflitos. Dessa forma, não por menos, acumulam-se na fase da execução contratual várias demandas, sobremodo no que tange ao reequilíbrio econômico-financeiro e infindáveis alegações e álea administrativa e econômica. Isso tudo se dá, repetimos, pela suposição de que os contratos administrativos são completos e podem prever todas (ou quase todas) as contingências que podem afetá-los.

[245] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 98.

obviamente, com o custo (e também benefício) diverso daquele que se incorreria caso se estruturasse um processo de contratação visando a apenas atingir a necessidade precípua que determinada a contratação (*i.e.* a obtenção de determinado bem, serviço ou obra pelo melhor preço).

Daí a necessidade de que o processo sirva para que sejam registrados os levantamentos das necessidades da empresa, bem como os objetivos da contratação sejam revelados e descritos a fim de que se tornem parâmetros a serem observados até a conclusão e a execução da contratação por um terceiro.

Outro aspecto importante, e que será abordado quando o presente trabalho adentrar na possibilidade de negociação do contrato criada pela Lei 13.303/2016, é que (1) nem sempre a empresa estatal tem conhecimento para definir o objeto vantajoso a ser contratado, (2) o que abre margem – até para que se busque diminuir os efeitos negativos da assimetria informacional – para que a noção de vantajosidade seja definida a partir de sugestões fornecidas por privados, em procedimento de manifestação ou de diálogo competitivo.

Ou seja, há de se considerar a alternativa de que os privados proponham soluções para que as empresas estatais contemplem suas necessidades de forma mais eficiente – diminuindo a assimetria informacional existente entre os contratantes e o risco de seleção adversa.[246] A solução que se mostrar interessante à empresa estatal, passa a ser tratada como o objeto a ser contratado. Nesse caso, a proposição da solução pelos privados deverá demonstrar quais as definições de requisitos e de que forma a empresa estatal poderá obter e definir a solução da maneira mais vantajosa possível.

Para escolha da proposta mais vantajosa, existem técnicas que auxiliam a avaliar, numa mesma contratação, esses diferentes aspectos – tentando diminuir a complexidade de se comparar vantagens e custos diversos.[247] A complexidade da

---

[246] Sobre a importância da informação para obtenção de bons contratos, ver o artigo seminal de: AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The quarterly journal of economics*, vol. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970. Sobre a questão da assimetria informacional e a seleção adversa em contratos públicos, ver: DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a análise econômica do direito (*law and economics*): em busca de propostas legislativas para a sua superação. *Revista brasileira de direto público*, n. 57, p. 85-111, abr./jul. 2017; e NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura. Cit..

[247] “… a ponderação quanto à definição do equilíbrio entre custos econômicos e vantagens socioeconômicas torna-se desafio expressivo, tendo em vista o alargamento das externalidades que podem, em princípio, ser consideradas” (ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 91)

contratação revela um custo a ser considerado pelas estatais – variável que deve ser considerada em relação aos procedimentos que serão adotados para formatação do processo de contratação.[248]

Além disso, a frequência de uma determinada contratação, o bom relacionamento com o mercado (derivado de experiências de contratos executados com sucesso) e utilização de padrões empregados em outras contratações podem incrementar a vantajosidade obtida na contratação – inclusive, com a possibilidade de atração de novos interessados em oferecer mais vantagens.

A quantidade de informações das partes contratantes é essencial para o design do contrato, evitando a assunção de riscos que podem tornar a execução do contrato ineficiente e, portanto, desvantajosa. Trata-se de problema (assimetria informacional) a ser avaliado caso a caso, de acordo com parâmetros que poderão ser estabelecidos até mesmo nos regimentos das estatais.[249]

2.3.2.1.2 A questão do ciclo de vida

A ideia de vantajosidade definitivamente não está atrelada apenas à noção de menor preço como critério definidor da melhor contratação, conforme dispõe o art. 31 da Lei 13.303/2016. Além da ideia de custo-benefício, que transcende a noção do menor preço, a definição do objeto contratual deverá levar em conta o ciclo de vida dos produtos que o compõem.

Assim, a análise de custo-benefício é feita a partir de um horizonte maior dos custos diretos e indiretos (econômicos, sociais e ambientais) agregados ao objeto

---

[248] Nesse sentido, vale a explicação de Marcos Nóbrega para o modelo Agente-Principal, em que: "Dado que a *first best* solução não pode ser alcançada, o objetivo do Principal será maximizar a sua utilidade considerando a informação assimétrica do agente. Deverá encontrar uma *second best* situação de maximização que considerará uma certa perda de utilidade dada pela extração de renda do agente motivada por sua vantagem informacional. Logo, o principal estará diante de um dilema, extração de renda versus eficiência. Por exemplo, se privilegiar a eficiência, deverá diminuir a assimetria de informação colocando uma auditoria, no entanto, há um certo custo que precisa ser considerado e este pode, inclusive, diminuir a eficiência total" (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura. Cit., p. 89)

[249] Daí a crítica feita por Marcos Nóbrega, em 2009, de que: "Infelizmente, no modelo jurídico brasileiro há uma falsa premissa, ainda baseada nos padrões de direito administrativo e financeiro de tradição ibérica que existe informação perfeita e equilíbrio ótimo. Isso conduz a uma quantidade imensa de distorções na formulação de programas públicos, nas concessões de serviços públicos e no controle destes" (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura. Cit., p. 88-89).

contratado – elementos que também se relacionam a ideia de contratação sustentável.[250]

Conforme se extrai do art. 31, a empresa estatal deve passar a considerar todos os custos envolvidos para concepção, utilização e descarte do objeto contrato. Trata-se de uma técnica econômica que foi juridicizada. Já o inc. II, do art. 32, complementa tal noção, ao elevar à diretriz da licitação a "busca da maior vantagem competitiva (...), considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância".

Não cabe, no presente trabalho, maiores reflexões sobre como a técnica pode ser implementada pelo gestor – há discussões técnicas bastante complexas que partem de premissas mais adequadas para esse fim.[251] Aqui, é preciso verificar qual o grau de eficácia jurídica da imposição para que a empresa estatal considere a avaliação do ciclo de vida do produto em suas contratações.

Em primeiro lugar, deve-se discutir se há, de fato, uma imposição à empresa estatal para que adote a técnica, ou se é possível que, em determinadas contratações, em que se averigue a desproporcionalidade dos custos[252] da utilização da técnica, possa a empresa estatal abrir mão de orçar a contratação com base no ciclo de vida do objeto contratado.

---

[250] "Despite significant progress reported in the literature, the most commonly used LCC methodologies by governments are based on a purely financial valuation of direct costs. This may be called 'economic' LCC. In order for LCC to become an environmentally relevant methodology, it needs to include also the costs associated whit the environmental externalities produced by works/services/products" (DRAGOS, Dacian C; NEAMTU, Bogdana. Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union. (In) SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja. *Sustainable public procurement under EU law*: new perspective on the State as Stakeholder. Cambridge: Cambridge, 2016, p. 123).

[251] Adere-se à seguinte ressalva, que justifica que o presente trabalho não siga adiante em comentários sobre o universo de custos indiretos a ser considerados: "As fórmulas [metodologia para apurar custos diretos e indiretos] devem ser definidas no edital em cada caso e variam em razão das particularidades do objeto de cada licitação. A questão é de técnica contábil e de engenharia" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 197). Nas contratações regidas pelas normas da União Europeia, cite-se os relatos dos desafios e dificuldades para implementação da metodologia elaborados por: DRAGOS, Dacian C; NEAMTU, Bogdana. Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union. (In) SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja. *Sustainable public procurement under EU law*: new perspective on the State as Stakeholder. Cambridge: Cambridge, 2016, p. 114-137.

[252] Um dos problemas para efetivação da metodologia é que "*may mean paying more in the beginning*" (DRAGOS, Dacian C; NEAMTU, Bogdana. Op. cit., p. 135).

Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr se manifestam expressamente sobre a questão apontando que "o agente estatal deve ponderar se estes [os custos ditos indiretos] são ou não relevantes para avaliação da vantagem da proposta em face das peculiaridades de cada objeto. Se forem relevantes, deve-se prever a avaliação de custos indiretos".[253] Ou seja, os mencionados autores consideram que em algumas hipóteses, tal avaliação não será relevante e os custos inerentes à utilização do método, no processo de contratação, não serão compensados pelos benefícios que podem ser obtidos.

Assim, há que se verificar em cada hipótese de contratação se há benefícios em se exigir das propostas comprovações relacionadas ao ciclo de vida do objeto contratado. Portanto, tem-se uma decisão de caráter técnico e discricionário.[254]

Em segundo lugar, considerando a natureza discricionária da decisão, deve-se verificar se, ao optar por não incluir determinados custos do ciclo de vida do produto no orçamento poderá (1) haver questionamento da validade do processo de contratação; e/ou (2) imputar-se responsabilidade ao administrador por não contratar objeto que tenha um ciclo de vida menos custoso para a empresa estatal.

Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr sugerem que "a competência discricionária para prever ou não no edital a avaliação de custos do ciclo de vida passa por dois juízos".[255] Basicamente, os autores entendem que o processo de compra da estatal poderá ser controlado (1) se os custos que formam o orçamento do contrato não se justificarem; e (2) se não existirem critérios objetivos para justificar os valores atribuídos a determinadas condições que compõem o ciclo de vida (incluídas externalidades positivas derivadas da contratação de determinado tipo de produto).[256]

---

[253] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 197.
[254] De forma mais ampla, sobre as licitações sustentáveis, Juliana Palma defende caber: "à Administração Pública, analisar caso a caso, a oportunidade e a conveniência de licitar de modo sustentável" Para a autora o "comando do desenvolvimento sustentável" deve ser privilegiado na motivação do gestor ao desenhar o edital (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. cit., p. 109-110). Constata-se posição semelhante na literatura europeia, ao admitir a necessidade de que o gestor verifique as soluções mais adequadas ao caso: "Even though LCC is an important new mechanism, it is always suitable and must be used in combination with the other mechanisms provided for in the Directive. There are many sustainability considerations which can and should be reflected in technical specifications and award criteria that are not easily monetized" (DRAGOS, Dacian C; NEAMTU, Bogdana. Op. cit., p. 136).
[255] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 197.
[256] Ibid., p. 196-198.

A regra sobre o ciclo de vida determina que o administrador da empresa estatal considere mais um elemento ao motivar as escolhas que formatarão o processo de contratação. Deverá sempre indicar que considerou a possibilidade de adoção do critério de ciclo de vida para seleção das propostas, revelando os motivos (1) seja para deixar de inserir exigências relacionadas ao ciclo de vida; (2) seja para justificar as exigências que decorrem do ciclo de vida do objeto.

Por fim, ao vincular a escolha da proposta mais vantajosa à vedação de sobrepreço e superfaturamento, inclusive com indicações de repositórios de referências de preços de mercado, é preciso que se examine se tais repositórios passarão a avaliar o ciclo de vida dos itens cotados. Caso contrário, e havendo a exigência de que a avaliação do ciclo de vida seja efetivamente realizada, ter-se-á de admitir que o administrador da empresa estatal responsável pela elaboração do processo de contratação estará diante da impossibilidade de avaliar a proposta mais vantajosa diante da incoerência dos critérios definidos pelo legislador. Isso porque a exigência do ciclo de vida poderá incrementar os custos de referência geralmente adotados pelo mercado para um determinado objeto.

Todas essas questões fazem com que a figura do ciclo de vida não tenha sido verificada de forma tão comum nas licitações brasileiras até o momento. Como se percebe, a análise do ciclo de vida, a depender dos custos e externalidades examinados e selecionados para formação do orçamento, revela-se bastante complexa – podendo, inclusive, afetar a competitividade buscada no processo de contratação.[257] Num cenário de discricionariedade, lidar com a complexidade significa a assunção de riscos diante da quantidade de escolhas possíveis e das chances de que a escolha seja considerada equivocada (ou menos adequada). Note-se que, no âmbito do RDC, até 2016, em que o exame do ciclo de vida como parâmetro da vantajosidade já estava presente (art. 19, §1º, da Lei 12.462/2011), o registro é de que "não se tem conhecimento de sua aplicação concreta ou do desenvolvimento de parâmetros efetivos para a aferição de tais custos".[258]

---

[257] Junto com a dificuldade de registrar os ganhos da utilização da metodologia do ciclo de vida, a garantia de competição justa revela-se outro empecilho para tanto (DRAGOS, Dacian C; NEAMTU, Bogdana. Op. cit., p. 137).

[258] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 339). Escrevendo em 2016, Dacian Dragos e Bogdana Neamtu relatam que: "In public procurement, the concept of LCC itself is regarded as a novelty. Most of the discussions currently focus on how LCC can work together with the value of

2.3.2.2 Estímulo da competição entre possíveis interessados em contratar com a empresa estatal

O caminho para a obtenção da melhor proposta será a competição, conforme determina a Lei 13.303/2016.

Ao determinar a observância de competição entre os interessados, alçando-a à categoria de princípio do processo de contratação, a Lei 13.303/2016 assume a mesma lógica, que vem pautando as contratações públicas, de que a concorrência pode garantir melhores propostas.[259] Ou seja, "quanto maior o número de participantes (...) menores os preços a serem ofertados", sendo que os interessados em fornecer a solução à necessidade da empresa estatal serão incentivados, por meio da competição "a incrementar a própria eficiência gerencial, a fim de fornecer obras e serviços de alta qualidade ao mais baixo preço".[260]

Com base nessas premissas, cabe às estatais definir parâmetros e requisitos mínimos sobre os interessados que estarão aptos a apresentar propostas – inclusive como forma de evitar a seleção adversa. Deve-se estimular a competição entre competidores saudáveis financeiramente e regulares – capazes econômico e juridicamente de cumprir as prestações definidas no contrato.

Assim como qualquer empresa, as estatais também possuem o direito (e até mesmo o dever, quando tal informação estiver disponível) de não contratar com empresas que são conhecidas por descumprir contratos ou que não tenham capacidade técnica ou econômico-financeira de executar o contrato.

Questão importante sobre o tema diz respeito à possibilidade de se criar graus de avaliação de empresas em relação ao cumprimento de regras de *compliance*. Trata-se de postura já assumida por diversas empresas privadas, e

---

money principle; at the same time, the use of LCC is limited by the need to protect competition and to ensure fair treatment of all economic operators. It seems that it will take some time until the LCC methods and the technical strategies described in the general literature on this topic will become real concerns for contracting authorities in the Member States" (DRAGOS, Dacian C; NEAMTU, Bogdana. Op. cit., p. 126).

[259] Sérgio Barros informa, com base na doutrina argentina, a atribuição de uma função reguladora da licitação sobre o poder de compra estatal para estimular o regime da livre concorrência, evitando desvios. O autor, então, questiona: "como a licitação exerce essa função reguladora sobre o poder de compra do Estado, se esse 'importantíssimo comprador' não tem liberdade de negociação?" (BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 129).

[260] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit., p. 35.

que, agora, começa a ser verificada no âmbito das estatais.[261] Trata-se de medida preventiva à ocorrência de corrupção, privilegiando empresas que possuem histórico de boas contratações e boas práticas empresariais.

Por ser parte da Administração, e sobre o ente incidir os princípios gerais previsto no art. 37 da Constituição, exige-se que o exercício do direito de impor critérios para definição daqueles que estarão aptos a serem contratados pelas estatais se dê por meio de decisão motivada (especialmente ao enfrentar a manifestação de interessados), impedindo que as empresas estatais excluam particulares dos seus processos de contratação por questões meramente subjetivas.

Daí tem-se de reconhecer a existência de um interesse juridicamente tutelado daqueles que pretendem participar do processo de contratação realizado pelas estatais.[262] Direito de que as decisões das estatais sobre a forma de contratação e as restrições, que serão impostas a todos que possuam interesse em lhe fornecer bens e serviços, sejam devidamente motivadas pela Lei 13.303/2016 e por critérios utilizados pelo próprio mercado no qual a estatal está inserida. Caso não haja motivação idônea, o processo de contratação adotado pela empresa estatal poderá ser controlado pelos órgãos competentes.

Tem-se aí uma diferença fundamental entre o processo de contratação da empresa estatal e de uma empresa privada – em que a decisão sobre a forma de contratação não pode ser controlada, salvo quando haja um comportamento concludente a gerar uma expectativa legítima, pelos interessados em lhe fornecer o serviço.

No âmbito das estatais, por expressa previsão legal, a possibilidade de inclusão de exigências sobre os contratantes que serão escolhidos é delimitada pelos princípios da impessoalidade, igualdade e do julgamento objetivo. Esses princípios limitam a discricionariedade da empresa estatal, impedindo que a escolha do contratante ocorra por critérios meramente subjetivos, sem que exista

---

[261] Conforme relata BRAGA, André de Castro P. *Compliance em contratações públicas*: qual caminho o TCU escolherá? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/compliance-em-contratacoes-publicas-qual-caminho-o-tcu-escolhera-12062019. Acesso em: 1º set. 2019.

[262] Fala-se no *due process of law* a ser verificado no procedimento licitatório das empresas como um direito subjetivo público dos particulares (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Op. cit., p. 244). O tema será retomado no capítulo seguinte.

critérios técnicos e econômicos que balizem a opção da empresa estatal de não permitir que determinado particular lhe apresente proposta.

A delimitação da discricionariedade da estatal visa, na busca pela melhor proposta, a atribuir segurança jurídica à contratação. Para Marçal Justen Filho, quanto menor o nível de certeza sobre os critérios de escolha e elementos que compõem a obrigação a ser contratada, menor será o interesse dos particulares nas contratações e maior serão os preços ofertados por objetos não vantajosos. Para o autor: "a licitação desempenha uma função de redução de insegurança, permitindo a ampliação das vantagens para a própria Administração".[263]

2.3.2.3 Controle dos gastos das empresas estatais: prevenção do sobrepreço e superfaturamento

O objetivo da licitação de obter dos interessados a proposta mais vantajosa é delimitada também pela impossibilidade de que a empresa estatal aceite pagar preço que não esteja de acordo com as práticas do mercado. Ou seja, o legislador restringe a discricionariedade técnica da empresa estatal para definição do que entende por vantajosidade, a partir de um elemento de caráter econômico.[264] Trata-se de um reforço do legislador de que o preço é um dos principais critérios a ser justificado numa contratação, especialmente porque o erário deve ser protegido, evitando-se contratações consideradas "ruinosas".[265]

Para tanto, a Lei 13.303/2016 prevê regras que estabelecem parâmetros jurídicos para considerar um preço aceitável e válido para fins da realização do controle. A ideia é que o processo de contratação previna o risco de que as empresas estatais sejam envolvidas em contratos que lhes gerem prejuízos – e, ao fim, prejuízo ao atingimento das finalidades públicas que determinam a manutenção da atividade empresarial estatal.

---

[263] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 99.
[264] Nesse sentido, Cesar Pereira explica que: "Ao mesmo tempo em que consagra um instrumento cuja adoção depende de uma intervenção criativa da empresa estatal que promove a licitação (avaliação do ciclo de vida), o art. 31 prevê finalidades para o processo licitatório, claramente vinculadas à noção de controle estrito. Estabelece critérios rigorosos para a avaliação e repressão do sobrepreço (…) ou superfaturamento" (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais. Cit., p. 339-340).
[265] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 98.

O §1º do art. 31 da Lei 13.303/2016 define o conceito de sobrepreço e superfaturamento:

> I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;
> II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista (...).

O conceito de sobrepreço está diretamente relacionado à etapa prévia à conclusão do contrato. Impõe que a empresa estatal elabore orçamento de acordo com os preços praticados no mercado e analise as propostas também a partir dessa perspectiva. Seguindo a linha adotada no item anterior, isso inclui obviamente considerar as implicações de se adotar a avaliação de ciclo de vida de um produto para fixação de seu preço.

A avaliação do sobrepreço deve considerar as hipóteses que caracterizam o superfaturamento e determinam um comportamento diverso pela empresa estatal ao modelar o seu contrato.

Isso porque tais regras impõem restrições às formas de pagamento ou outras condições que, ao serem consideradas atos que podem ser enquadrados como superfaturamento, devem ser restringidas pela estatal contratante.

Ocorre que tais restrições podem determinar o aumento do preço negociado, justamente por não necessariamente refletir práticas adotadas no mercado.

Aqui, vale a anotação de Marçal Justen Filho sobre a influência das formalidades exigidas das empresas estatais em sua contratação nos preços formulados pelos proponentes. O mencionado autor observa que: “Se a Administração não quer pagar à vista nem antecipadamente, também não pode considerar os preços de mercado previstos para situações dessa ordem”.[266]

Logo, a definição do orçamento e o controle dos processos de contratação deve levar em consideração: (1) quais as condições exatas da execução do contrato (*i.e.* formas de pagamento, distribuição de riscos e responsabilidades, garantias exigidas, etc.); (2) o aumento de custos ao se adotar a avaliação de custo de vida do objeto a ser contratado; e (3) as coincidências e as diferenças de

---

[266] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 1.017.

condições em relação à contratação padrão (usual) da mesma obrigação no mercado, para obter como resultado os parâmetros para controle de sobrepreço.

Daí a importância de as estatais motivarem as escolhas que modelarão as regras editalícias e o contrato, pensando que tais escolhas revelarão os parâmetros para se constatar o sobrepreço.

Já o superfaturamento, que pressupõe a verificação de um dano à empresa, está diretamente ligado à execução do contrato.[267] As hipóteses elencadas pelo legislador estão relacionadas a medições feitas que não correspondam com a realidade, à mora, ou a alterações contratuais que gerem prejuízos à estatal.

A tipificação da figura do superfaturamento, assim como as restrições existentes à utilização de cláusulas exorbitantes e do regime de precatórios pelas empresas estatais, constitui mais um elemento a impor que a estruturação do contrato durante o processo de contratação ocorra de forma rigorosa e eficiente. Processos mal planejados, em que as informações não são devidamente reveladas ou as garantias não são adequadamente exigidas, poderão se tornar o estopim (a causa) para a tomada das ações que configuram justamente o superfaturamento.[268]

Enfim, está claro que a Lei 13.303/2016 é uma consequência dos fatos de corrupção envolvendo as estatais que, por meio do sobrepreço e do superfaturamento perpetrado nas licitações, geraram danos ao erário público. Daí a incidência de um regime geral rígido quanto ao tema, fazendo com que o processo de contratação das estatais tenha como uma de suas principais finalidades, ao garantir uma contratação vantajosa, evitar que o erário seja onerado (direta ou indiretamente) por valores que não correspondem com a realidade do objeto contratado.

---

[267] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais. Cit., p. 340.

[268] Analisando o regime geral de contratação e as questões relativas ao orçamento estimativo, José Anacleto Abduch Santos obtém a mesma conclusão, no sentido de que: “A Administração Pública deve se valer de todos os meios legítimos para apuração do orçamento de referência do objeto pretendido. Falhas na elaboração do orçamento estimativo podem produzir resultados desastrosos para o interesse público, como o superfaturamento e o subfaturamento de preços, com as consequências materiais e jurídicas deles decorrentes” (SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 42).

2.3.2.4 Tutela da livre concorrência e prevenção contra a corrupção do poder de compra das empresas estatais

Os processos de contratação estatal já se revelaram ambientes favoráveis para a ocorrência da “grande corrupção”. Por isso, a Lei 13.303/2016 também atribui ao processo de contratação das empresas estatais a função de evitar a prática de atos de corrupção que prejudiquem a livre concorrência, princípio que busca garantir a competição para obtenção das melhores propostas. O processo deve servir de contenção para atos fraudulentos e ímprobos, permitindo que competidores honestos apresentem as melhores propostas às estatais.

Tal função é extraída da menção aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa, bem como da garantia de que haja efetiva competição entre os interessados por meio de julgamento objetivo, conforme dispõe o art. 31 da Lei 13.303/2016.

Conforme se verá adiante, trata-se de pauta que fomentou e ditou, assim como ocorrido em relação à Lei 8.666/1993, os debates para aprovação da Lei 13.303/2016. Dessa circunstância pode-se inferir que o estabelecimento de procedimentos de contratação para entidades estatais tem por finalidade impedir a utilização do poder de compra estatal para o atingimento de finalidades que não tenham relação com os interesses juridicamente tutelados ao se constituir uma empresa estatal.

Conforme demonstrou-se acima, toda contratação deve ser permeada pela competitividade entre os interessados em contratar com as empresas estatais, que serão selecionadas por meio da avaliação de critérios objetivos. Trata-se de diretriz que não se amolda com um ambiente propenso à prática de atos de corrupção, em que empresas se unem para oferecer propostas que não condizem com a realidade do mercado e geram prejuízos às empresas estatais e ao erário.

A previsão de que seja prevenida a contratação de objetos por preços que não condizem com a realidade já indica esse caminho. Evitar o sobrepreço e o superfaturamento é o elo de ligação entre garantir uma proposta vantajosa e impedir que interesses meramente privados sejam beneficiados de forma ilícita por meio comportamentos contratuais que desvirtuam a finalidade do contrato.

Para tanto o processo de contratação deve ser estruturado por meio de instrumentos “passivos” e “ativos” de promoção à concorrência para obtenção do

maior número de interessados na contratação.[269] Nesse ponto, a incidência das regras de governança corporativa da empresa, o dever de transparência, bem como a subsunção dos princípios gerais da Administração Pública à atuação da empresa estatal contratante, determinam que o processo de contratação seja tecnicamente estruturado, transparente e aberto à participação do maior número de interessados.

Como se não bastasse, há um sistema de normas (erigida sob as Leis 12.529/2011, 12.846/2013 e da Lei 8.429/1992, bem como as leis que versam sobre licitações) que tutelam a livre concorrência no âmbito das contratações públicas. As normas tipificam, como ilícitas, práticas anticoncorrenciais, como por exemplo, a formação de cartel e o abuso de poder econômico, buscando prevenir que a Administração venha a contratar por um preço que não corresponde à vantagem que se poderia auferir em um ambiente de plena concorrência. Caso isso ocorra, o sistema estabelece medidas para reprimir a conduta e buscar a reparação.

Ponto interessante diz respeito à análise de exequibilidade das propostas apresentadas sob a perspectiva do preço. Entre os argumentos que justificam o controle da inexequibilidade da proposta por preço inferior ao praticado no mercado, está o da proteção à concorrência. Quem pratica preço inferior, pode estar a se vale de poder econômico para impedir que outras empresas possam fornecer determinado objeto por um preço supostamente viável.

Porém, Marçal Justen Filho tem posicionamento que refuta essa corrente, por justamente impedir uma prática essencial ao capitalismo (inclusive de operar em prejuízo). Entende que: “a eliminação de ofertas de valor reduzido pode configurar por si só, uma ofensa aos princípios da competição legal”.[270] O posicionamento faz sentido em um ambiente de contratação empresarial.

Assim, o que se deveria cobrar das empresas estatais é a mesma diligência que empresas privadas devem ter em verificar se a proponente do valor mais baixo tem condições efetivas de executar o contrato e garantir sua qualidade. Tal processo servirá inclusive como registro a impedir que a proponente contratada

---

[269] Segundo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães a “promoção passiva da concorrência” é viabilizada por meio da “liberdade de informação, liberdade de acesso, transparência, etc.”, por outro lado, são exemplos de “condutas ativas pró-concorrências”: “programas de *compliance* firmemente instituídos e verificados; incentivos à participação do maior número de interessados, inibição à formação de cartéis etc.” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit., p. 114).

[270] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 1.021.

tente obter a alteração posterior do contrato sob a premissa de que existe desequilíbrio nas condições econômico-financeiras do contrato.[271]

De todo modo, o que o processo de contratação deve buscar é prevenção da prática dessas condutas, tornando mais difícil que, caso ocorram, não sejam percebidas pelos demais interessados (direta ou indiretamente) nos gastos realizados pelas empresas estatais.

Porém, faz-se necessário que as formalidades impostas para contenção da corrupção não se tornem um estorvo para que a estatal seja eficiente economicamente. Ou seja, as responsabilidades impostas aos gestores das estatais em suas contratações devem ser suficientemente rigorosas (assim como já o são em empresas privadas) para impedir que o poder de compra não seja desviado. Por outro lado, a corrupção não pode servir "como desculpa para manter um sistema de contratação que prejudica a Administração".[272]

O regime de contratação das estatais não pode impedi-la de implementar soluções criativas e ágeis para celebração de contratos vantajosos para que se respeitem procedimentos ineficientes.[273]

2.3.2.5 Estabelecimento de parâmetros e estratégias para o acompanhamento e cumprimento do processo de execução do contrato

O estabelecimento de parâmetros e estratégias para o acompanhamento e cumprimento do processo de execução do contrato talvez seja uma das funções mais importantes a ser observada no processo de contratação, considerando a premissa de que se deve tomar a relação obrigacional contratada como um verdadeiro processo, voltado a atingimento da finalidade que justifica a contratação.

Uma licitação ou contratação direta bem dirigida, por meio de escolhas estratégicas de cláusulas contratuais compatíveis com o objeto da contratação, será fundamental para que o contrato possa ser fielmente executado – sem que posições oportunistas sejam assumidas por nenhuma das partes.

---

[271] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 1.022.
[272] BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 173.
[273] Diversamente do que ocorreu até aqui, quando "Os controles burocráticos tradicionais adotados nas sociedades estatais eram incompatíveis com a eficiência econômica. O mais grave era a sua incapacidade de eliminar a corrupção" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* Cit., p. 188).

Não basta, então, que o responsável pela contratação garanta preços vantajosos, contratantes idôneos, que se prestam inclusive a cumprir a finalidade de garantir o desenvolvimento nacional sustentável. É preciso que o responsável pela contratação, de preferência por meio de fases negociais com os interessados pelo contrato, modele um contrato possível de ser executado no prazo estabelecido – inclusive gerando informações[274] capazes de registrar tal evolução.

Isso significa, por exemplo:

(1) identificar e estabelecer a divisão de riscos de forma eficiente entre as partes contratantes;

(2) criar mecanismos eficientes para comprovação da execução de todas as obrigações previstas no contrato;

(3) reservar recursos e criar garantias para que os pagamentos sejam realizados, garantindo-se o fluxo de caixa necessário para manutenção do projeto até sua efetiva execução;[275]

(4) em contratos complexos, prever mecanismos eficientes de adaptação e revisão do contrato, levando em consideração a liquidez das partes e os retornos financeiros contratados;

(5) estabelecer mecanismos de revelação de informações e resolução de conflitos ao longo da execução, de preferência com a prevenção de que os casos tenham que ser resolvidos em arbitragem ou processos judiciais demorados, extremamente caros e que muitas vezes determinam o sobrestamento da execução do próprio contrato; e

---

[274] "A teoria da agência estabelece que a implementação de uma auditoria e a imposição de regras de transparência servirão como *mecanismos reveladores de informação*. Isso aliado a um modelo de avaliação baseado na performance, decerto, contribuirá para a diminuição das assimetrias inerentes aos contratos em análise. Uma maneira de revelação de informação é a possibilidade periódica de renegociação. Nesse caso, o principal induzirá um jogo sequencial onde a informação vai a cada passo sendo revelada" (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura. Cit., p. 91).

[275] Sobre o tema, é relevante a ressalva de Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, na medida em que a administração dos recursos das estatais se dá de forma diversa da Administração direta. A propósito: reitera-se a questão sobre a inaplicabilidade do regime de precatórios às empresas estatais. Nessa linha, os mencionados autores consignam que: "Ainda que desobrigadas a reservarem recursos orçamentários na etapa preparatória da licitação, é importante que as estatais adotem medidas de governança para assegurar que haja recursos para fazer frente aos seus contratos. Sugere-se que o regulamento de licitações e contratos das estatais, previstos no art. 40 da Lei nº 13.303/2016" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 150).

(6) dispor sobre mecanismos de sancionamento eficientes e adequados ao objeto contratual, utilizando-o como forma: (1) de incentivo ao cumprimento específico da obrigação; e (2) de recuperação efetiva dos investimentos realizados e da indenização de perdas e danos sofridos pela parte atingida pelo descumprimento contratual.

Quanto ao item “6”, vale referir a observação realizada por Cesar Pereira sobre a supressão do princípio da legalidade do rol de princípios que norteiam o processo de licitação e contratação previsto no 31 da Lei 13.303/2016. Trata-se de indicação sobre a possibilidade de que as sanções aplicadas pelas estatais tenham seu conteúdo complementado por atos convocatórios, contratos e pelos regulamentos internos.[276]

Mais do que isso, ao ampliar a discricionariedade das escolhas contratuais da empresa estatal, o regime jurídico processual cobrará a motivação da modelagem contratual que será adotada. Ao assim fazê-lo, a empresa estatal e os seus interessados registrarão uma série de posições, bem como de circunstâncias determinantes para a formação do negócio, que permitirão identificar a base objetiva do negócio jurídico celebrado.

A execução do contrato será realizada pautando-se sempre nos motivos que determinaram as escolhas passadas como parâmetro para se atingir o adimplemento das obrigações pactuadas. Escolhas bem formuladas e com requisitos definidos e compreendidos pelos interessados, oportunizando-se a competição e a revelação de informações importantes entre os negociantes, podem garantir a formulação de uma proposta mais vantajosa e a execução eficiente do objeto contrato.[277]

2.3.2.6 Produção de atos que permitem a análise de compatibilidade da contratação com o plano de negócio e estratégia de longo prazo

O processo de contratação também permite que se analise a compatibilidade das escolhas contratuais feitas pela empresa estatal em relação ao seu plano de negócio e à estratégia de longo prazo, que devem ser elaborados pelas estatais.

---

[276] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais. Cit., p. 339.
[277] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações*... cit., p. 99.

As figuras de planejamento estão previstas no art. 13, inc. III, alínea “c” da Lei 13.303/2016.

A definição dos objetos contratuais que satisfarão as necessidades da empresa estatal, bem como a identificação da própria necessidade que determina a contratação, devem estar de acordo com o planejamento de suas atividades – sob pena de desvirtuamento do poder de compra da empresa estatal, interferindo no atingimento das metas e resultados definidos no planejamento.[278]

Os prazos contratuais também deverão ser fixados em função das diretrizes definidas no planejamento das estatais. Isso implica considerar os investimentos que as empresas pretendem realizar em determinadas atividades, bem como sua efetiva capacidade orçamentária (considerando, inclusive, projeções a longo prazo). Caso não esteja de acordo com os instrumentos de planejamento, o processo de contratação deve ser controlado e modificado.

Nesse sentido, Guilherme F. Dias Reisdorfer alude que o planejamento das empresas estatais, para além de abranger o controle do atingimento de suas atividades-fim, deve considerar temas instrumentais à atuação da empresa, como é o caso de suas contratações. Ou seja, o autor sugere o “planejamento global das aquisições de bens e serviços das estatais”, no qual seja oferecido ao gestor “parâmetros de decisão para as escolhas relacionadas à concepção das aquisições sob diversos ângulos (racionalização das despesas, buscas de economia de recursos e sustentabilidade ambiental, publicidade etc.)”.[279]

Considerando isso, para além do próprio estatuto da empresa estatal, o planejamento definido por sua diretoria e pelo conselho de administração servirá como pauta para o controle de eficiência dos processos de contratação. Por outro lado, o próprio processo de contratação terá como função implementar o planejamento definido pela diretoria.

---

[278] Guilherme F. Dias Reisdorfer extrai da Lei 13.303/2016 a existência de obrigação de resultado dos diretores das empresas estatais pela implementação das metas e objetivos previstos no planejamento das estatais, conforme REISDORFER, Guilherme F. Dias. Instrumentos para gestão e controle das empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal. (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 225.

[279] Ibid., p. 223. De forma mais ampla, Marçal Justen Filho, a partir da premissa de que os administradores devem atingir as metas definidas, sugere que as empresas estatais promovam “a avaliação contínua da adequação de seus procedimentos de contratação”, sendo necessário “identificar solução mais satisfatórias e eliminar aquelas ineficientes” (JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 290).

A ideia de processualização da contratação facilita a compreensão de que os atos produzidos seguem uma ordem racional e devem levar em conta uma série de fatores, inclusive externos à própria contratação (como as diretrizes que guiam a atividade da empresa), a fim de que o adimplemento do objeto contratado e os investimentos realizados estejam de acordo com a finalidade para a qual a empresa estatal foi criada.

Por isso, entende-se que o processo de contratação no âmbito das estatais também tem a função de dar eficácia ao planejamento que deve ser estabelecido pelas empresas estatais.

2.4 AS EMPRESAS ESTATAIS DEVEM ADOTAR PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO DIVERSOS DAS EMPRESAS PRIVADAS?

Durante o processo legislativo de aprovação da Lei 13.303/2016, Roberto Requião opinou que o estatuto "apresenta importantes dispositivos relativos a licitações para alienação e aquisição de bens, mas extrapola nos dispositivos relativos à governança". Para o Senador, haveria uma contradição intrínseca no modelo já que a proposta sob análise reunia "regras públicas para as contratações e regras privadas de governança".[280]

A contradição decorreria da suposta diferença de finalidades entre as empresas privadas que buscam lucros e a finalidade que justificaria a criação da empresa pública – que não se confundiria apenas com a obtenção de lucros.

Há quem enxergue a questão sob outra perspectiva. José Vicente Santos de Mendonça, analisando as regras para ingressar no Novo Mercado, aduz que "vários dos compromissos exigidos de uma companhia aberta para ingressar no Novo Mercado da Bovespa estão em linha de conformidade com muitos dos princípios constitucionais incidentes sobre a Administração Pública (...)".[281] Nessa mesma linha, Alexandre Santos de Aragão observa a correlação entre as regras extraídas

---

[280] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Emenda n. 1 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159117&ts=1548945164223&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

[281] E segue o autor: "É interessante observar, aliás, que muitas das exigências desse Novo Mercado – como, de resto, regras empresariais de *compliance* – tiveram inspiração em regras de Direito Público. A transmigração de ideias se faz do privado para o público, e vice-versa" (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 183).

dos princípios aplicados à Administração Pública e aquelas que foram sendo moldadas pela governança corporativa privada:

> Decerto que, numa pequena organização empresarial privada ou familiar, nada impede que o proprietário atue por interesses meramente pessoais, e o prejuízo dessa má atuação será exclusivamente dele. Mas, em uma organização privada que comece a possuir certo grau de complexidade na composição do seu capital, especialmente nas sociedades anônimas, se impõe, tanto pela legislação societária, como por normas internas da companhia, pelas condições a que se sujeita para colocar suas ações em bolsa, ou mesmo da *lex mercatoria*, a observância de critérios de governança corporativa que contêm preocupações, semelhantes às que também decorrem das noções de impessoalidade e de "gestão eficiente" do art. 37, *caput*, CF.[282]

Aqui vale retomar as ideias lançadas ao se tratar da função das empresas estatais e o regime de sua atuação. Embora o regime de contratação sofra influxos de regras aplicáveis à Administração Pública (p. ex. o próprio dever de adotar um processo licitatório para contratar suas necessidades), em razão da finalidade precípua para a qual a empresa foi constituída, tal regime será constituído essencialmente para garantir a atuação eficiente da empresa (blindando-a de interesses meramente individuais, sejam eles públicos ou privados).

Daí a posição adotada por Marçal Justen Filho de que:

> Toda e qualquer empresa privada adota procedimentos formais para as suas contratações, visando obter as contratações mais vantajosas e as soluções mais eficientes na gestão de seus recursos econômicos. Para tornarem-se competitivas, as empresas privadas necessitam implantar soluções similares.[283]

No fundo, ter-se-á sempre o dever de atingimento eficiente das finalidades que determinaram a criação da empresa estatal – o que significará operar de forma superavitária, levando-se em consideração as políticas públicas que inspiram a atuação das empresas estatais, mas também as empresas privadas (como o desenvolvimento sustentável nacional relacionado às práticas de proteção ambiental, por exemplo).

---

[282] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 190.

[283] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 286. No mesmo sentido, Flavio Amaral Garcia relata que "A busca por melhores preços e por padrões de qualidade nas contratações privadas é (...) quase uma questão de sobrevivência. Em outras palavras: a sociedade que for desidiosa e antieconômica nas suas contratações corre sério risco de perder mercado e não desenvolver de forma eficiente sua atividade empresarial" (GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 60-61) e SAMPAIO, Alexandre Santos. *A não incidência da licitação nas empresas estatais:* o embate entre a liberdade empresarial e a licitação pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 50 e ss.

Como bem aponta Marçal Justen Filho, empresas privadas também possuem seus procedimentos formais de contratação. Como as empresas praticam atividades cuja finalidade é atender os anseios do mercado e lucrar, seu objetivo ao contratar bens e serviços é viabilizar a prática do melhor preço possível e agregar valores ao produto que a empresa oferta ao mercado.

Trata-se do diferencial, apontado pelo mencionado autor, da atuação contratual da Administração Pública. Esta buscará a melhor contratação de bem e serviço pelo menor preço para viabilizar o exercício de suas finalidades públicas.[284]

O campo de autonomia da vontade, que predomina no ambiente de livre iniciativa e livre concorrência, também concede às empresas privadas a possibilidade de tomarem decisões mais subjetivas – o que não é possível no âmbito da Administração Pública, ainda que o campo de discricionariedade das decisões seja amplo. No entendimento de Flávio Amaral Garcia esse grau mais elevado de objetividade nas contratações públicas "é imposto pelo ordenamento jurídico para que se atenda aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público"[285].

Para tanto, Marçal Justen Filho ressalta a importância da fixação de metas de eficiência, cujo controle deve ser feito pelo administrador e demais instituições internas, com vistas a evitar que os processos de contratação sejam desviados dos resultados que se espera.[286] O autor, compreendendo a impossibilidade de equiparar as empresas estatais à Administração Pública direta, sugere a adoção de um modelo minimalista (menos formal e flexível) para as estatais: a existência de "outros mecanismos de controle adequados e satisfatórios".[287]

Fato é que, mesmo em relação às empresas privadas, a necessidade de estabelecimento de regras claras de governança para operar no mercado determina a incorporação de regras não tão flexíveis de contratação. Ou seja, no âmbito das empresas privadas caberá ao administrador demonstrar os motivos pelos quais determinadas contratações são realizadas pelos meios selecionados, garantir a eficiência da contratação por meio de parâmetros que demonstrem a vantajosidade da contratação (inclusive, considerando os valores que a empresa

---

[284] Ibid., p. 287.
[285] GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 61.
[286] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 289-290.
[287] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 288.

pratica, que poderão estar relacionados a questões socioambientais), e, ao fim, demonstrar as vantagens obtidas do contrato.

Nesse sentido, há modelos de procedimento de contratação divulgados por instituições respeitadas no mercado e que, com frequência, são exigidos por financiadores de projetos especialmente para controle de resultado.[288]

De todo modo, não convém às empresas eliminar o espaço de criatividade de seus gestores, vetando a adaptação dos processos internos para realização de contratação – isso implica, inclusive, reconhecer a possibilidade de diálogo com os proponentes. Nesse sentido, já observava Sérgio Resende de Barros (defensor da pauta gerencialista no âmbito da Administração Pública):

> Com frequência, como atestam as concorrências promovidas por empresas privadas, a melhor solução nasce do diálogo franco, sem formalismo, dos concorrentes entre si e com os administradores. Portanto, não convém obstruir o diálogo por regramento cerrado formalista, mas tão somente discipliná-lo por parâmetros gerais não-formalistas.[289]

Assim, respondendo à pergunta lançada no título do presente tópico, as empresas estatais tem de adotar processos adequados ao mercado em que o objeto é negociado. A exigência de adoção de processos de contratação também para as empresas privadas, cuja função é semelhante às funções acima extraídas da Lei 13.303/2016, revela que mais do que impor o dever de licitar, deve-se garantir que esse seja o instrumento adequado para a empresa estatal obter uma contratação que lhe permita atingir suas finalidades estatutárias.

---

[288] É o caso dos guias produzidos pela Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) de "Procurement" e de "Standard prequalification". Não se olvide também do processo regulado pelo Código Civil nos arts. 854 e ss. Ressalta-se que o presente trabalho não aspira a uma flexibilidade do processo de contratação como sinônimo de ausência de controle. Concorda-se com a advertência de Gaspar Ariño Ortiz de que "la mayor eficacia de la empresa privada, en general, no se debe a su marco 'mas flexible' sometido al Derecho privado, sino a la existencia de un control efectivo – accionarial – sobre la gestión, a su actuación según las leys de mercado, y al riesgo empresarial de supervivencia que continuamente tienen que asumir sus gestores" (ORTIZ, Gaspar Ariño. Op. cit., p. 495). Nesse sentido, cite-se a "A importância estratégica das compras" e do respectivo setor competente nas montadoras de carro, eis que "o processo de compras é fundamental para organização", estando associado ao próprio desenvolvimento da montadora no contexto do setor automotivo" (LIMA, José Carlos de Souza. *Um estudo de caso sobre a reconfiguração da função de compras em empresas do setor automotivo.* 2004. Tese (Doutorado em Direito em Engenharia) – Universidade de São Paulo, 2004, p. 149).

[289] BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 187.

3 O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DA LEI 13.303/2016

Examinadas as funções das contratações, sua natureza obrigacional e a função do processo que conduz a formação dos vínculos obrigacionais estabelecidos pelas estatais, passa-se a avaliar como a Lei 13.303/2016 trata do processo de contratação (em especial, quando será exigida a licitação e de que forma ela será organizada).

Mais especificamente, o presente capítulo versará sobre o "Título II" da Lei, que inaugura o regime contratual das empresas. Logo no Capítulo I, o art. 28 estabelece que os contratos das estatais com terceiros se submeterão à licitação, salvo nas hipóteses de contratação direta.

Se aplicada a licitação, a estatal deverá checar, nas sessões seguintes do mencionado Capítulo, as diretrizes e regras que regem tal processo, seguindo suas etapas e requisitos definidos pelo legislador, bem como utilizando os procedimentos auxiliares previstos para realização da contratação. Daí a compreensão muito objetiva sobre o que significa licitar para o presente trabalho: a adoção do procedimento previsto nos arts. 51 e ss. da Lei 13.303/2016.

Por outro lado, se a contratação a ser realizada não se enquadra na hipótese de exigência de licitação, tem-se a contratação direita – que exige a adoção de algum processo, mas que não está tão fortemente regulado pela Lei.

Nos Capítulos seguintes do "Título II", a Lei passa a tratar das regras sobre os contratos, atinentes às questões mais relacionadas à fase de execução contratual, para, então, abordar os aspectos atinentes à fiscalização das estatais – o que não é objeto do presente trabalho. Diante da sinergia entre as matérias, é necessário tratar de alguns temas que, embora estejam no Capítulo II do Título II que trata do contrato, são definidos durante o processo de contratação.

Durante a análise da Lei 13.303/2016, pretende-se verificar se as estatais possuem regime de contratação diverso da Administração Pública direta, tal qual determina, desde 1998, os arts. 22, XXVII, e 173, §1º, III, da Constituição Federal.

Para tanto, primeiramente será examinado quando a Lei 13.303/2016 faz incidir o dever de licitação.[290] Após, a licitação será examinada.

---

[290] Tenha-se em mente as alternativas propostas por Sérgio Resende de Barros ao dever geral de licitação. A mais radical parte da inversão da lógica, para que a contratação direta seja a regra. As

3.1 O DEVER DE LICITAR IMPOSTO ÀS EMPRESAS ESTATAIS

Para interpretação da parte da Lei 13.303/2016 que trata da licitação, faz-se necessário entender o contexto fático e jurídico que a antecedeu, para, então, examinar as disposições que atualmente regem as contratações das estatais.

Obviamente que toda a análise proposta adiante deve guardar relação com as conclusões parciais até aqui expostas: **(1)** a impossibilidade de se conceber um regime único de contratação para as empresas estatais, considerando suas finalidades e a forma por meio da qual cada uma delas se relaciona com o seu mercado; e **(2)** a necessidade de que as regras processuais e de obrigações sejam interpretadas de acordo com **(a)** os parâmetros de governança extraídos da Lei 13.303/2016 e com **(b)** a ideia de que Administração pode negociar para consecução das finalidades previstas no ordenamento.

3.1.1 As regras constitucionais sobre o tema: regime contratual diferenciado para as empresas estatais

A Constituição atribuiu ao legislador o dever de conceber um processo de contratação a ser empregado pela Administração Pública. Tal processo deve estar acessível de forma isonômica aos concorrentes e "(...) somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (art. 37, XXI).

Em 1998, por meio da Emenda Constitucional 19 de 1998, a Constituição Federal passou a identificar expressamente a necessidade de contemplar um regime diferenciado de contratação para as empresas estatais.

Na época, a Emenda Constitucional tornou-se marco normativo da reforma administrativa que se intentou realizar.[291] A ideia era atribuir ao Estado maior

---

outras duas alternativas estão pautadas na criação de novas regras de contratação direta e na implementação de intepretações e mecanismos que atribuam maior segurança às hipóteses de contratação já existentes. Vale citar o questionamento elaborado pelo autor: "Por que não desinverter o princípio geral? O liberalismo clássico o inverteu no direito administrativo, ao generalizar a licitação em lugar da livre eleição. O intervencionismo não o desinverteu. Por que não desinvertê-lo agora, ao raiar de uma nova era de tecnologia avançada e complexa mercadologia?" (BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 177-178).

[291] "A emenda constitucional nº 19/98 atribui nova redação a oitenta preceitos da Carta Magna entre artigos, parágrafos, itens, alíneas e acrescentou sete novos artigos no sentido da adaptação do novo sistema, tendo como objetivos essenciais a maior eficiência no desempenho da atividade pública, bem como a valorização da produtividade dos servidores públicos e o estímulo à

eficiência para fazer frente à globalização,[292] bem como conter os problemas decorrentes de uma burocracia onerosa, lenta e que não garantia os serviços essenciais aos cidadãos.[293] Tal movimento pressupunha também a limitação da intervenção da atividade econômica do Estado, inclusive com a instituição do Programa Nacional de Desestatização em 1990.[294]

Dentro desse contexto, obviamente, que as empresas estatais entrariam na pauta de uma reforma que pretendia atribuir um compromisso maior com o resultado e a eficiência.

Segundo relatou Alice Gonzales Borges, havia a sensação de que as empresas estatais estariam "fadadas ao desaparecimento" diante do ciclo de privatizações existente. Porém, a autora constatou que a realidade do Brasil era outra. Existiam muitas estatais "[a] maioria delas (...) vocacionadas para a prestação de serviços públicos".[295] Ao reagir sobre as modificações empreendidas pela Emenda Constitucional 19 de 1998, a autora indicou a necessidade de uma reforma administrativa sobre a descentralização das atividades estatais, a fim de preservar a livre iniciativa e evitar o desvio de finalidade das estatais existentes.[296]

Sobre as contratações, a alteração procedida pela mencionada emenda, contemplou a modificação dos arts. 22, inciso XXVII, e 173 da Constituição. Para interpretação correta das modificações, é preciso que se tenha em mente a determinação do art. 37, inciso XXI. Trata-se dos três dispositivos que devem reger qualquer discussão jurídica sobre licitações e contratos nas empresas estatais.

Antes da emenda, Marçal Justen Filho defendia que:

---

participação popular, visando à plenitude de resultados no funcionamento da máquina administrativa" (TÁCITO, Caio. A reforma do estado e a modernidade administrativa. *Revista de direito administrativo,* v. 215, jan./mar. 1999, p. 3).

[292] TORRES JUNIOR, Jessé Pereira. Op. cit., p. 5.

[293] Esse era o quadro visualizado pelo Legislativo, conforme relata BULOS, UADI LAMMÊGO. Reforma administrativa (primeiras impressões). *Revista de direito administrativo*, v. 214, out./dez. 1998, p. 70. "Na minha compreensão a reforma pode não ter sido a ideal, mas, sem sombra de dúvidas, ela representa um grande avanço, talvez o maior, nos últimos tempos para disciplinar a atividade do Estado, com base na qualidade do serviço prestado e com uma efetiva participação do usuário. É, repito, um avanço em um país acostumado a um direito positivo prolixo e impiedoso com os direitos do cidadão. (...) A esperança de todos é que o Estado não seja destruído pela incompetência dos gestores da coisa pública" (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma administrativa: a emenda nº 19/98. *Revista de direito administrativo,* v. 213, jul./set. 1998, p. 139).

[294] TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 2.

[295] BORGES, Alice Gonzales. O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98. (In) *Revista de direito administrativo*, v. 217, jul./set. 1999, p. 1.

[296] Ibid.

> O regime de direito privado se aplica exclusivamente aos contratos. Não há fundamento para afastar a incidência das regras da Lei acerca de licitação. Mesmo as entidades que explorem atividades econômicas se sujeitarão às normas gerais sobre licitações A aplicação dessas normas não é afetada pelos princípios da isonomia e da livre concorrência.[297]

A redação original do inciso XXVII do art. 22 determinava o dever de se impor à "administração pública, direta e indireta" normas gerais de licitação e contratos. O texto alterado pela emenda ampliou tal competência,[298] dispondo sobre a necessidade de concepção de normas específicas destinadas: **(1)** às Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal; e **(2)** às empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III da Constituição Federal.

O inc. XXI do art. 37 não foi alterado, mas a licitação das estatais não deveria ser mais a mesma da Administração Pública.

Isso porque, alterou-se também o art. 173 que trata da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, especificando o dever de que a lei estabelecesse "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 serviço"(§1º). Entre os assuntos que o "estatuto jurídico" das estatais deve dispor, está o tema da "licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações (...)" (§1º, inciso III).

Assim, para a Administração Pública direta, deve-se conceber um regime de contratação "público", pois esse é o termo utilizado pela Constituição Federal. Para as empresas estatais, deve-se dispor sobre o regime de contratação e execução contratual próprio – o que obviamente não afasta a incidência dos princípios da administração pública que se aplicam a todos os entes a ela vinculados, sobretudo em razão do disposto no inciso III, do §1º do art. 173 da Constituição.[299]

---

[297] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 18

[298] "A Emenda 19 estabelece nova exceção de competência legislativa da União em matéria administrativa cuja execução cabe na autonomia dos entes federativos: o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Não parece razoável supor que pudesse ser local a lei referida na nova redação dada ao §1º do art. 173, sob pena de comprometer-se o empenho da Emenda para livrar essas empresas das normas gerais sobre licitações e contratos. Sendo estas normas, com são de competência privativa da União, somente outra norma poderia afastar a incidência daquelas" (TORRES JUNIOR, Jessé Pereira. Op. cit., p. 9).

[299] Trata-se de interpretação a que se chegou assim que a Emenda Constitucional 19 de 1998 foi promulgada: "Dessas duas novas disposições resulta clara a intenção do constituinte derivado no

Ou seja, há de se prever um "conteúdo normativo distinto"[300] sobre contratações para as empresas estatais. Para a Constituição, as empresas estatais devem contar com processos concebidos especificamente para os atingimentos dos fins para os quais foram criadas.

Basta notar que, no bojo das inclusões realizadas pela Emenda Constitucional 19 de 1998, no art. 173, fez-se constar a necessidade de se observar um "regime próprio das empresas privadas" (inciso II), bem como de se conceber formas de fiscalização pelo Estado e Sociedade das empresas estatais (inciso I).

Marçal Justen Filho conclui que: "A diferenciação consagrada constitucionalmente não pode ser negada", não sendo admissível "a existência de um mesmo e único regime licitatório e contratual para todos os sujeitos integrantes da Administração Pública".[301] Afinal, um dos objetivos da reforma administrativa era reverter o quadro constatado por Caio Tácito, de que: "A administração indireta, sob o imposto de medidas restritivas, nivelou-se, praticamente, com os métodos da administração direta no formalismo burocratizante de seus procedimentos".[302]

Isto é, mais que prever um regime diverso, a reforma objetivou conceber ferramentas para que os entes da Administração indireta pudessem atuar diversamente do modelo empregado pela Administração direta – já que o "diagnóstico" da experiência de um regime único era considerado "sombrio".[303]

---

sentido de que: a) a lei que estabelecer o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista deverá assegurar-lhes a sujeição exclusiva 'ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos *direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributário'*; b) as normas que essa lei estabelecer para a licitação e contratação das obras, serviços e alienações dessas empresas deverão levar em conta, apenas, 'os princípios da administração pública'" (CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. *Revista de direito administrativo,* v. 214, out./dez. 1998, p. 111).

[300] "A disciplina do art. 173, §1º, III, é claramente distinta daquela prevista no art. 37, XXI. As empresas públicas e sociedades de economia mista são sujeitas aos "princípios da Administração Pública", tal como definidos numa lei específica. Já a Administração Pública direta, autarquia e fundacional se subordina a um regime muito mais severo" (JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 285).

[301] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 285.

[302] TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 4.

[303] "O fundamento da escolha parece guardar correlação com o sombrio diagnóstico sobre as deformações geradas por essas entidades, desde que introduzidas, na administração pública brasileira, pelo Dec-lei nº 200/67. Se, atreladas ao regime jurídico da administração pública em geral, as empresa públicas e sociedades de economia mista perdem competitividade e mostram-se ineficientes, deficitárias e defasadas em termos tecnológicos, a Emenda presume que sujeitas a estatuto jurídico diferenciado, possam licitar e contratar com fluência necessária para superar a distância que as separa da economia de Mercado e de seus desafios de eficiência e eficácia" (TORRES JUNIOR, Jessé Pereira. Op. cit., p. 5).

Para Alice Gonzales Borges, a necessidade de instauração de um estatuto das estatais, englobando todos os tipos de empresas, inaugurava um desafio ao legislador. A Constituição Federal não o impedia (e a autora entendia ser recomendável) que fossem observadas "as diferenças estruturais [de cada empresa estatal] para o efeito da abrangência das normas gerais sobre licitações e contratos".[304]

O problema é que a Lei sobre o estatuto das estatais não foi editada imediatamente.[305] Assim, por quase 20 anos, intensos debates foram travados sobre a matéria, instaurando um ambiente de insegurança e ineficiência.

3.1.2 A ausência de um regime próprio de contratação até a Lei 13.303/2016

Durante o período de descumprimento do art. 173, §1º, inciso I, da Constituição Federal pelo Legislativo, até a promulgação da Lei 13.303/2016, coube à doutrina e à jurisprudência preencher o vazio normativo sobre como e quais diretrizes as empresas estatais deveriam obedecer para realizar contratações.

A alteração constitucional de 1998 deveria ter promovido a pronta alteração do sistema de contratação das estatais. Conforme explica Marçal Justen Filho:

> A redação original da CF/1988 previa um regime jurídico geral e uniforme para as contratações administrativas. Toda a atividade contratual da Administração Pública, inclusive da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, subordina-se à regra do art. 37, XXI, da CF/1998. Até por isso e enquanto vigente esse modelo, foi editada a Lei 8.666/1993 (...).
> A alteração superveniente (...) acarretou a redução do âmbito de vigência do art. 37, XXI. Com a nova redação, o art. 22, XXVII, passou a determinar que o referido art. 37, XXI, aplicava-se apenas para a Administração Pública direita, autárquica e fundacional. Já as empresas públicas e

---

[304] BORGES, Alice Gonzales. Op. cit., p. 10.

[305] Trata-se de uma das possíveis causas, pressagiada pela doutrina, para que a reforma administrativa de 1998 não viesse a ser efetiva: "O último motivo pelo qual as reformas administrativas fracassam se assenta na crença de que reformas constitucionais possuem o condão de sanar os males da Administração Pública. Pensar desse modo, porém, é cometer exagero, porque mudanças formais, contínuas e simultâneas, visando renovar a fisionomia geral do Estado brasileiro, não operam, a princípio, efeitos imediatos, haja vista o fato de dependerem de atos legislativos e administrativos para fazê-las figurar entre as regras vivas. Daí a necessidade da colaboração do Executivo e do Legislativo, no sentido de não retardarem as medidas cabíveis no caso, nada obstante a constatação de que quase sempre falham, pois, falta-lhes energia e clarividência" (BULOS, UADI LAMMÊGO. Op. cit., p. 73). O próprio processo de elaboração da Emenda Constitucional 19 de 1998 também sofreu ataques, por ser considerada "anômala" e "irrefletida" (BORGES, Alice Gonzales. Op. cit., p. 6).

> sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, passavam a se sujeitar ao art. 173, §1º, III, da CF/1998.[306]

A ausência de promulgação de um estatuto "geral" das estatais, desafiou a doutrina e jurisprudência sobre a eficácia e o alcance do art. 119 da Lei 8.666/1993, preexistente à alteração constitucional, e que atrelava as estatais ao regime geral de contratação pública. O TCU, por exemplo, continuava determinando a aplicação do regime previsto na Lei 8.666/1993 – posição que foi discutida pelo STF.[307]

Para Jesse Torres Pereira Junior, um dos primeiros autores a publicar comentário sobre as alterações constitucionais promovidas, houve a derrogação do mencionado dispositivo, liberando as estatais "para adoção de normas internas que se balizem apenas pelos princípios que presidem as licitações e contratos, e, não pelas disposições da Lei nº 8.666/1993".[308]

Outro aspecto tornava as discussões sobre a questão ainda mais complexas. Após a edição da Lei 9.478/1997, que trata do "monopólio do petróleo", a Petrobrás passou a contar com um regulamento próprio de licitações, aprovado pelo Decreto Presidencial 2.745/1998, cujas práticas se distanciavam do regime jurídico geral previsto pela Lei 8.666/1993.[309]

Enfim, o debate em torno da aplicabilidade do regime geral de contratações públicas às estatais perdurou até 2016, quando a Lei 13.303/2016 estancou tal dúvida.[310] Para fins de registro, eis breve síntese dos principais aspectos que eram considerados nos debates sobre o tema:

---

[306] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p.284.

[307] Sobre o posicionamento do TCU, da doutrina e da jurisprudência, citem-se os relatos: BEDONE, Igor Volpato. Op. cit.; p. 188 e ss.; e FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 292 e ss. – em especial a nota 696 e 697.

[308] TORRES JUNIOR, Jessé Pereira. Op. cit., p. 9.

[309] Para registro do início das discussões sobre a validade/constitucionalidade do regulamento, ver o artigo do Consultor Jurídico do Ministério de Minas e Energia responsável pela elaboração do ato normativo: CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. Cit., p. 112 e ss. Há Recurso Extraordinário de nº 441.280 pendente de julgamento Tribunal Pleno do STF. Diante da promulgação da nova lei, há que se verificar se ainda resta interesse no julgamento do tema.

[310] "A edição da Lei 13.303/2016 pôs fim a uma ampla discussão acerca do regime aplicável às licitações das empresas estatais na ausência da lei prevista no art. 173, §1º, da Constituição Federal. O debate anterior resultou em autorização legislativa especial para que algumas empresas estatais adotassem regulamentos licitatórios próprios e no entendimento de que as demais empresas estatais estariam submetidas ao regime geral de licitações (...). A autorização legislativa foi conferida à Petrobras, Eletrobras e EBC, mas apenas a Petrobras dela se valeu concretamente." (PEREIRA, Cesar. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 328).

(1) havia grande dificuldade para se definir quais empresas estatais deveriam ou não licitar. Os critérios de atividade meio/fim ou do tipo de atividade econômica prestada pela empresa estatal jamais foram suficientes para gerar segurança jurídica[311] sobre os procedimentos adotados pelas empresas estatais;[312]

(2) o regime geral de licitações continuava sendo exigido das estatais;

(3) em algumas hipóteses, os órgãos de controle ou a jurisprudência autorizavam a aplicação de procedimentos diversos das modalidades previstas pelo regime geral de licitações ou toleravam as contratações diretas[313], com intuito de preservar a capacidade de competição das estatais[314];

(4) independentemente da discussão sobre o regime a ser adotado, havia consenso de que a Constituição determinava que as contratações realizadas pelas estatais deveriam se sujeitar aos princípios que regem a administração[315]; e

---

[311] No âmbito do TCU, Carolina Fidalgo explica que "a distinção proposta pelo TCU entre atividades-meio e atividades-fim não era formal nem rígida, mas dependia, em cada caso concreto, da importância dos contratos a serem celebrados à boa consecução do objeto social da Companhia. Os exemplos mais mencionados de atividades-meio eram a construção de edifícios, compra de bens de almoxarifado, os quais, de fato, não tem relação direta com o sucesso de atuação da empresa no mercado" (FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 297).

[312] Existia discussões sobre a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação aplicadas às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Toshio Mukai discordava de Celso Antônio Bandeira de Mello, defendendo que "a exclusão das estatais da incidência de normas gerais foi decisão deliberada do constituinte, no sentido de prestigiar a autonomia legislativa dos entes político-administrativos, visando fazer com que as estatais prestadoras de serviços públicos, através de leis próprias e exclusivas de cada ente federativo, ficassem submetidas única e exclusivamente às suas peculiaridades regionais e/ou locais" (MUKAI, Toshio. Licitações e contratos na emenda constitucional 19/98. *Revista de direito administrativo,* v. 216, abr./jun. 1999, p. 55).

[313] SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Revista de direito administrativo*, v. 245, 2007, p. 15; PEREIRA, Cesar. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 328; FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 296.

[314] Nesse sentido, defendeu MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. (In) OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.) *Direito administrativo* – estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 588 e 592 e ss.

[315] "Conquanto as entidades que compõem a Administração indireta tenham autonomia e constituam personalidades distintas da do Estado, integram a Administração e, sob essa égide, lhes é obrigatório realizar licitação pública, dado que submetidas aos princípios da Administração. A propósito, o inc. III do §1º do art. 173 da Constituição Federal prescreve, com todas as letras, que as estatais que exercem atividades econômica também se sujeitam aos princípios da Administração" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 25).

(5) havia discussões sobre a possibilidade de criação de regulamento autônomo de contratação pelas estatais sem Lei que autorizasse o ato.[316-317]

3.1.3 O processo legislativo de elaboração da Lei 13.303/2016

A Lei 13.303/2016 é fruto de projeto iniciado pela Comissão Mista parlamentar instituída em Ato Conjunto 3/2015 em 01.06.2015,[318] presidida pelo Senador Tasso Jereissati e tendo na relatoria o Deputado Arthur Oliveira Maia.

O projeto parte do pressuposto de que as empresas estatais não possuíam governança e transparência em suas administrações e que as contratações deveriam ser feitas por licitação como forma de controle.

Para os parlamentares, estava claro que o projeto decorria antes de uma necessidade imposta pelos escândalos de corrupção, do que por conta da norma constitucional inserida em 1998.

No relatório do projeto, elaborado no âmbito da Comissão Mista, extrai-se que o texto de Lei submetido para debate das casas tinha por base:

> (...) o texto de excelência inquestionável que já se encontrava em trâmite no Senado Federal: trata-se do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 167/2015, de autoria do Senador Tasso Jereissati[319]. Além desta proposição, busquei privilegiar também os termos de outros projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, uma vez que eles revelavam que o tema é fonte de preocupação comum a diversos Parlamentares. Nesse sentido, o Anteprojeto assinado pelos Excelentíssimos Presidentes da Câmara dos Deputados, Sr. Eduardo Cunha, e do Senado Federal, Sr. Renan Calheiros, quando da inauguração desta Comissão, e o PLS nº 345, de 2015 [sic – o número correto do projeto é 343], de autoria do Senador

---

[316] "Se a disposição determina que (inciso III [art. 173, §1º da Constituição Federal]) as licitações e contratos observarão os princípios da administração pública (previstos no *caput* do art. 37), à evidência, sendo o primeiro e principal deles o da legalidade, as empresas estatais que explorem atividades econômicas somente poderão efetuar suas licitações e contratações mediante autorizações específicas de lei formal, não de simples regulamento" (MUKAI, Toshio. Op. cit., p. 52).

[317] "Ouso afirmar, portanto, que desde a promulgação da Emenda nº 19/98, a Lei 8.666 já não se aplica às empresas estatais. Até que seja editada a lei prevista no novo texto constitucional, somente os 'princípios da administração pública', previstos nessa lei, que correspondam ao estabelecidos no art. 37 da Carta de 1998, são obrigatórios para as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Entendo mais: essas empresas estatais podem, agora, editar seus regulamentos de licitação, com procedimento que mais se ajuste aos seus objetivos e propósitos empresariais" (CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. Cit., p. 112).

[318] O Legislativo demorou 20 anos para cumprir o art. 173, §1º, da Constituição. O cenário para a promulgação da Lei sempre foi complexo. O número de empresas estatais era elevado e a utilização da técnica empresarial era empregada para a prestação de diversas atividades e funções.

[319] Na verdade, a proposição teve como autor o Senador Roberto Requião.

> Aécio Neves foram guias e referências constantes na elaboração do projeto de lei (...)”[320]

Três audiências públicas foram realizadas com a contribuição da Comissão de Valores Mobiliários, do Tribunal de Contas da União, da BM&F Bovespa, dos representantes do Banco do Brasil, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, da Associação de Investidores do Mercado de Capitais, da Fundação Falconi[321] e da Confederação Nacional da Indústria.

Os três primeiros colaboraram também “em contatos e reuniões posteriores” para a elaboração de “um texto que atacasse problemas fáticos com os quais cada uma dessas três instituições lida”.[322]

O projeto também foi subsidiado com a enquete disponibilizada no Senado Federal, que contou com a participação de 2.390 internautas. Cinco perguntas foram formuladas. Em síntese, a enquete captava a ânsia por transparência e controle – o que se refletia na obtenção do resultado de 80% “a favor da obrigatoriedade de realização de licitação em todas as compras das estatais”.[323]

Sobre as licitações e contratos das estatais, o Relatório informa que:

> As normas que dizem respeito às licitações e contratos, em sua essência, não inovam quanto ao texto do Projeto de Lei do Senador Tasso Jereissati, apenas foram aperfeiçoadas com a colaboração de técnicos do Tribunal de Contas da União e com sugestões enviadas pela Petrobras, além de outras colhidas nas audiências públicas (...).

O projeto iniciou sua tramitação no Senado Federal sob o número 555, em 26 de agosto de 2015, sendo apresentadas 109 emendas.

Algumas emendas sugeridas pelos Senadores preocuparam-se com a determinação constitucional de que o regime de contratação das empresas estatais fosse diverso do regime comumente aplicado aos demais entes estatais. As emendas apresentadas pelo Senador Anastasia, por exemplo, visaram a dar eficácia ao art. 173 da Constituição Federal. O Senador sugeriu a exclusão da

---

[320] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Relatório PL (Dispõe sobre a responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas públicas que especifica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e sobre seu estatuto jurídico). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4158982&ts=1548945163488&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

[321] Sobre a fundação, ver em: https://www.falconi.com/quem-somos/sobre-a-falconi/ e https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160923/guru-das-estatais/416184

[322] Ibid.

[323] Ibid. Note-se que a pergunta não explica como o processo poderia ocorrer, se a licitação referida na questão é aquela prevista na Lei 8.666/1993 ou outra modalidade existente...

incidência do regime licitatório para “atividade negocial prevista no objeto social das estatais” e da “condição de superioridade contratual” para alteração contratual.

Compreendia que repetir o regime comum de contratação era (1) “custoso e demorado” e (2) tendia a submeter “o particular contratado ao arbítrio do gestor público, dando azo às condutas que o próprio projeto visa combater”.[324]

Assim também o fez o Senador Donizeti Nogueira. Ao sugerir a exclusão da permissão de alteração unilateral do contrato, o Senador não faz referência à Constituição, mas alude expressamente à previsão do projeto que previa que os contratos firmados pelas estatais seriam regidos por preceitos de direito privado.[325]

Tais sugestões foram refletidas na versão final do projeto que tramitou no Senado – não com o destaque e a abrangência que mereceriam à luz da necessidade de concretização de ordem constitucional.[326]

O Parecer apresentado pelo Senador Tarsso Jereissati revela que a formatação das regras sobre licitação as coincidências importadas de outras leis que formam o regime geral de contratação aplicável à Administração direta.[327] Além

---

[324] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Emenda n. 1 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159063&ts=1548945163936&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

[325] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Emenda n. 38 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159090&ts=1548945164073&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

[326] A emenda substitutiva 87, de autoria do Senador Walter Pinheiro, tinha como objetivo explícito “dar tratamento necessário às empresas estatais a que se refere o art. 173, §1º, dispondo sobre o seu regime de compras e contratações, para lhes conferir maior agilidade e capacidade negocial, mas sem permitir abusos e descontroles como os que se alega terem surgido em função de ‘regimes simplificados’ adotados por algumas empresas, mediante Decreto” (Emenda n. 74 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159099&ts=1548945164134&disposi-tion=inline. Acesso em: 27 dez. 2019). Depois, a emenda substitutiva 97, de autoria do Senador Roberto Requião, também fazia menção ao dispositivo constitucional e à possibilidade de que um estatuto das estatais “afastaria os válidos questionamentos sobre e adoção do regime geral de contratações públicas e sobre a adoção de regulamentos simplificados de aquisições e alienações como, por exemplo, o da Petrobras” (Emenda n. 93 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159117&ts=1548945164223&disposition=inline Acesso em: 27 dez. 2019).

[327] Mesmo assim, havia sugestões para que o tema não fosse tratado pela Lei. A sugestão de emenda 43 e 45 do Senador Donizete Nogueira tinha como escopo a exclusão dos dispositivos que versavam sobre licitações e contratos e a incidência do RDC para realização das licitações das empresas estatais. Para o autor da emenda, parecia ser “mais adequado deixar que a nova lei [sobre o regime geral de contratação pública] trate do assunto, em capítulo separado” (Emendas n. 43 e 45 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159090&ts=1548945164073&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019). No mesmo sentido, as emendas 68 e 69 propostas pelo Senador Delcídio do Amaral (Emenda n. 68 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159027&ts=1548945163748&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019; e Emenda n. 69 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159036&ts=1548945163797&disposition=inline). Acesso em: 27 dez. 2019.

disso, revela a intenção de que o processo de contratação de “todas” as estatais fosse regulado pela Lei proposta.[328]

De fato, o Legislativo estava preocupado em responder às crises advindas da corrupção descobertas nas contratações realizadas pelas empresas estatais. Nesse ponto, há correlação direta da motivação da Lei 13.303/2016 com os motivos determinaram a urgência na aprovação da Lei 8.666/1993.

No caso da Lei 8.666/1993, a constatação de André Rosilho é bastante pertinente e, guardadas as peculiaridades históricas de cada momento analisado, aplicável à análise da aprovação da Lei 13.303/2016:

> (...) penso que o discurso da época, de combate à corrupção, ligava-se de forma mais óbvia a um projeto de lei do tipo maximalista. A mim parece ser mais simples convencer os interlocutores – sejam eles eleitores ou parlamentares – de que a corrupção será mais bem combatida com um projeto de lei detalhista, minucioso e rigoroso que com um proposta legislativa que seja menos densa – até mesmo do que o Decreto-lei 2.300/1986 – e que se limite a estabelecer as normas gerais. Não imagino como um parlamentear defensor do minimalismo nas licitações públicas refutaria, com facilidade, o seguinte argumento: “Se com a existência do Decreto-lei 2.300/1986 já ocorreram tantos e tão graves casos de corrupção nas licitações públicas, imagine se ele for substituído por uma lei mais simples? Os corruptos farão a festa!” Trata-se de outra versão do sedutor discurso de que, quanto mais controle melhor.[329]

No caso da empresas estatais, tal ideia maximalista fazia ainda mais sentido ao se considerar que (1) sempre houve divergências sobre se a Lei 8.666/1993 deveria ser aplicável às empresas e estatais – e até mesmo se as empresas estatais estavam sujeitas à licitação –; e (2) o principal caso de investigação criminal envolvendo corrupção no âmbito das estatais provinha da Petrobras, que por muito tempo aplicava um regulamento cujos procedimentos eram menos rígidos que a Lei 8.666/1993.[330]

Das propostas de emendas que versavam sobre licitações e contratos, diversas discutiam as hipóteses de inexigibilidade e dispensa do processo, ou

---

[328] Parecer n. 1.188/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159126&ts=1548945164285&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

[329] ROSILHO, André. Op. cit., p. 111.

[330] Porém, Alexandre Santos de Aragão explica que a corrupção em licitações não é uma exclusividade das estatais. Aponta que, mesmo na vigência da Lei 8.666/1993, o Brasil ocupava, em 2015, o 69º lugar no índice de percepção de corrupção criado pela Transparência Internacional. A ressalva e preocupação do autor residem no fato de que “com notícias de corrupção envolvendo empresas estatais, sobretudo a maior delas, a Petrobras, vozes comecem a surgir vendo como solução para essa mazelas o fortalecimento das exigências publicistas em relação às empresas estatais, submetendo-se o máximo possível ao mesmo regime jurídico geral da Administração Pública” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 176).

mesmo da inaplicabilidade do processo licitatório a determinadas situações.[331] No mais, os Senadores buscavam em alguma medida respeitar as regras gerais de licitações e o entendimento do TCU sobre o tema.

Por outro lado, o Relator do projeto compreendeu a necessidade de eliminação do caráter unilateral da imposição de penas por descumprimento do contrato[332] – mudança que passaria a ser apontada como um dos grandes marcos de alteração de paradigma do modelo de contratação envolvendo o Estado.

Em 5 de abril de 2016, o Projeto de Lei foi encaminhado à Câmara de Deputados para revisão nos termos do art. 65 da Constituição Federal. O Projeto de Lei passou a tramitar sob o número 4.918/2016.

Extrai-se do relatório elaborado pelo Deputado Arthur Oliveira Maia, que o debate para aprovação da proposição legislativa se centrou na necessidade de atribuir mais transparência e garantir a governança para empresas estatais, nos moldes das estruturas societárias exigidas pelo mercado. Da análise das propostas de emendas apresentadas, pouco se discutiu sobre as licitações e contratos à luz da exigência constitucional de que houvesse um regime diferenciado para as empresas estatais.

O Deputado Arthur Oliveira Maia revela que o texto respeitou a proposição 167/2015 do Senado. Analisando-se no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos, que aprovava a proposição 167/2015, tem-se que:

> O processo licitatório previsto na proposição, conforme proposto no PLS 167/2015, do senador Roberto Requião, nos termos do Título IV, é semelhante ao previsto na a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O RDC foi aplicado às licitações e contratos relacionados aos eventos esportivos da Copa do Mundo de 2014 e está sendo aplicado aos Jogos Olímpicos de 2016, às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), bem como às obras e serviços de engenharia nos âmbitos do Sistema Único de Saúde (SUS), dos sistemas públicos de

---

[331] Por exemplo, as propostas de emendas 19, 20, 21, 44 e 109. A proposta de emenda 38 considerava as atividades bancárias desenvolvidas por algumas empresas e a incompatibilidade da imposição do dever de licitar para oferta de seus produtos. A justificativa da emenda 38 consigna que: "A estatais exploradoras de atividade econômica necessitam atuar com a mesma agilidade, meios e custos dos seus concorrentes, sob pena de, em desvantagem, não poderem cumprir com seus objetivos de maneira eficiente, sob a ótica do interesse público, como do interesse particular de seus acionistas" (Emenda n. 38 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159090&ts=1548945164073&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019).

[332] Parecer n. 1.188/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159126&ts=1548945164285&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

> ensino e daqueles ligados à construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.[333]

Ou seja, para o Poder Legislativo, a Lei 13.303/2016 deveria seguir os parâmetros para contratações públicas desenvolvidas até ali, considerando a evolução do processo já verificada no RDC. Pouco importaria a atividade prestada pela empresa estatal, suas peculiaridades, bem como sua finalidade[334]. Entendeu-se relevante que um regime geral, próximo ao aplicado pelos demais entes estatais, conduzisse a licitação das estatais.

Ao optar por ofertar regras na tentativa de solucionar às crises de corrupção, a Lei 13.303/2016 pecou por deixar de captar a realidade da atividade empresarial estatal brasileira (os casos de sucesso ou insucesso e os resultados que se esperavam atingir com as regras propostas). Não houve debate sobre a miscelânea de estatais no Brasil, se a atuação delas era apta a receber os regramentos sobre governança e contratações, e se o regime que se impunha às empresas estatais era de fato diferenciado (como determina o art. 173 da Constituição).

Prevaleceu a ânsia do Legislativo de apresentar um projeto com a finalidade de neutralizar: "Os reiterados episódios de desvios e desmandos na gestão das empresas estatais".[335] Daí a importância da doutrina e da jurisprudência para extrair da Lei 13.303/2016 interpretações e mecanismos que garantam, aos processos de contratação, a prevenção à corrupção desejada pelo legislador, sem descuidar da ordem constitucional de atribuir eficiência à técnica empresarial.

---

[333] Parecer. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4694548&ts=1548956745073&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

[334] Aliás, apenas na proposta de emenda substitutiva 97 de autoria do Senador Requião é que se extraiu alguma referência ao número de empresas estatais existente à época dos debates. Porém, a referência tinha o condão de justificar a importância do modelo de intervenção econômica empreendido pelo Estado: "O Brasil conta com mais de 150 empresas públicas e sociedades de economia mista, que contam com mais de 460 mil empregos diretos. Elas atuam nas áreas estratégicas como energia elétrica, petróleo e gás natural, saúde, ciências e tecnologia, abastecimento, defesa etc. Por certo, privatização dessas empresas não é a solução para os graves problemas nacionais. A solução para que as empresas estatais prestem, de fato, atividades de interesse coletivo ou de interesse nacional é o controle público. Nesse contexto, o estatuto jurídico das empresas estatais é um importante instrumento" (Emenda n. 93 ao PL 555/2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159117&ts=1548945164223&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019).

[335] Nas palavras do Senador Aécio Neves, ao justificar a proposta legislativa 343/2015, que serviu como base para a proposta da Comissão Mista que gerou a Lei 13.303/2016 (Projeto de Lei do Senado de 2015 - Complementar. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=581925&ts=1548954278550&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019).

3.1.4 A extensão do dever de licitar imposto pela Lei 13.303/2016

A Lei 13.303/2016 encerra a discussão sobre a norma que deve ser lida pelos gestores das estatais para contratação. Porém, não elimina, ao menos no início de sua vigência, nova discussão sobre **(1)** a extensão do dever de que os contratos celebrados pelas estatais sejam celebrados por licitação; e **(2)** qual é o processo licitatório imposto às estatais (ou as diferenças do processo em relação ao modelo de contratações observado pela Administração Pública direta).

3.1.4.1 A constitucionalidade da norma de licitação e contratos para todas as estatais

Como visto acima, o legislador optou pela promulgação de uma norma geral para todo o tipo de estatal.[336] Logo, cabe verificar se há algum óbice constitucional para que a União imponha uma legislação única aplicável às empresas estatais prestadoras de serviço público ou de atividade econômica (em regime de monopólio ou não), às dependentes ou não dependentes da Administração direta[337], às subsidiárias (estrangeiras[338] ou não). A resposta deve ser negativa.[339]

---

[336] Se é ou não a opção mais correta do ponto de vista econômico, trata-se de análise que não cabe ser feita no presente momento. O cenário de 2016 nem sequer é o mesmo que se desenha para a utilização da técnica empresarial nos próximos anos – que tende a ser reduzida.

[337] A diferença entre empresas estatais dependentes ou não dependentes diz respeito a questões de Direito Financeiro, que se extrai da Lei Complementar n. 101/2000. Conforme ensina Vitor Rhein Schirato: "a configuração de uma empresa como dependente faz com que suas contas sejam consolidadas junto às de seu ente controlador, de forma que suas dívidas e obrigações sejam consideradas no montante da dívida consolidada do ente federativo" (SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais...* cit., p. 131). Em suma, tal classificação pode afetar diretamente o regime de controle sobre os recursos utilizados (*i.e.,* limites orçamentários e contratação de pessoal) e de insolvência da estatal. Pela Lei 13.303/2016, as empresas dependentes e as não dependentes estão sujeitas às mesmas regras de contratação – que não ressalvam limitações orçamentária às empresas dependentes, por exemplo. Logo, e como o presente trabalho se limita a analisar o processo de contratação das empresas estatais, não se farão outros comentários sobre o tema.

[338] É o que dispõe o parágrafo único do art. 1º do Decreto Federal 8.945/2016.

[339] Inclusive para as estatais que prestam serviço público em caráter de exclusividade. Nesse sentido: "A jurisprudência do STF deve ser lida à luz dos deveres de isonomia e de livre concorrência; há que se admitir que o fato de uma estatal prestar serviço público em regime de exclusividade não atrai o regime de Direito Público para a pessoa jurídica que o presta, mas , na forma da opção da lei, para os bens afetados à atividade, tal como ocorre com as concessionárias de serviços públicos" (CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper a dicotomia? *Interesse Público*, n. 117, set./out. 2019, p. 68). Em sentido diverso, Cesar Pereira retoma a distinção entre empresas estatais prestadoras de atividade econômica em regime competitivo e aquelas que prestam serviço público. O autor entende que o art. 1º da Lei 13.303/2016 não se aplica às empresas que prestam serviço público fora de um regime competitivo, sugerindo que para essas empresas continue sendo aplicada o "regime geral de licitações da legislação anterior ao diploma em questão" (PEREIRA,

Conforme se extrai da doutrina, não há óbice constitucional para que se legisle e se imponha às estatais prestadoras de serviço público as mesmas regras que incidem sobre as empresas que prestam atividade econômica.[340] Não se pode extrair qualquer impedimento da ordem constitucional para que o legislador produza normas sobre as obrigações e contratações das estatais criadas para a prática de qualquer atividade (seja ela regulada ou não).[341]

O inverso também é válido. Não existe ordem constitucional de criação de um regime diferenciado para determinada categoria de estatal ou para que se aplique o mesmo regime da Administração direita. O art. 22, XXVII, da Constituição é expresso em afastar o regime da Administração direta para as estatais.

Pode-se discutir se faz sentido que as estatais estejam submetidas a procedimentos idênticos de contratação, ainda que atuando para atingimento de finalidades diversas. O problema pode ser resolvido com a utilização do regulamento e dos instrumentos convocatórios do processo de contratação, devem adequá-lo considerando a forma e o mercado em que cada estatal atua.[342]

Porém, é válida a premissa de que, ao exercitar atividade econômica e competir no mercado, o Estado "subordina-se ao regime jurídico e aos mecanismos próprios da empresa privada. A adoção de regime de direito público para disciplinar licitações e contrato acarreta impedimentos (...) e preferências que são incompatíveis (...)".[343] Se não for assim, não faz sentido o emprego da técnica empresarial[344] ou se está utilizando as estatais de forma desviada – o que remete ao exame sobre a constitucionalidade da criação de uma determinada estatal.

Cesar. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 330). O tema é objeto de três ADIs 5.624/DF, 5.846/DF e 5.942/DF

[340] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 21.

[341] Aliás, a própria distinção de regime de pessoa jurídica é colocada em discussão, pois (1) "O Direito Positivo não reproduz tal dicotomia"; e, conforme demonstrado acima, e (2) embora criticável, "A prática brasileira revela uma realidade plural de espécies de estatais" (CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper a dicotomia? *Interesse Público*, n. 117, p. 55-80, set./out. 2019); e JUSTEN FILHO, Marçal. *A constitucionalidade da Lei 13.303/2016*...

[342] O tema será objeto de exame no próximo capítulo.

[343] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 285.

[344] "(...) a decisão estatal de, em certos casos, utilizar o figurino empresarial não é, nem pode ser, vazia de significado. Trata-se de opção por um regime jurídico distinto do ordinário na Administração Pública" (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Op. cit., p. 30).

3.1.4.2 Hipóteses de não incidência do dever de licitar ou de possibilidade de não utilização do regime pelos gestores

O art. 173, §1º, II da Constituição não estabelece como regra geral o dever de licitação. Tal dever, que comporta exceções previstas em Lei, está previsto no art. 37, XXI, da Constituição.

A lei 13.303/2016 possui a seguinte estrutura. O art. 28 da Lei 13.303/2016 determina a incidência de um processo licitatório (regime de contratação específico) para a contratação de atividades (fornecimento de bens, serviços ou obras) pela empresa estatal:

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

Como visto, a opção por estabelecer uma regra inicial de licitação tem relação direta com a intenção do legislador de preservar o formalismo do processo de contratação para prevenir a corrupção.

Porém, no §3º do mencionado dispositivo, há duas exceções que, de tão amplas, permitem defender que o *caput* não é bem uma regra geral. Isso porque o processo licitatório da Lei 13.303/2016 não incidirá sobre as contratações relacionadas ao cumprimento do objeto social da estatal ou para aproveitamento de uma "oportunidade de negócio". Não se olvide também dos casos de contratação direta dos arts. 29 e 30.

Ou seja, ainda que haja a previsão semelhante ao art. 2º da Lei 8.666/1993, que estabelece que as contratações "serão necessariamente precedidas de licitação", tem-se uma margem para que o gestor se valha de outros processos de contratação que não a licitação da Lei 13.303/2016.[345]

---

[345] Na realidade, essa é uma tendência observada nas contratações públicas em geral. A licitação não é aplicada de forma tão frequente e contratações diretas não são exceção. "Exatamente 53,2% das compras do governo federal nos primeiros três meses de 2018 foram concluídas sem a realização de licitações. Assim, apenas 46,8% dos serviços ou materiais adquiridos pelos quase 30 ministérios ligados ao Palácio do Planalto utilizaram o pregão, a concorrência, a tomada de preço ou o convite para selecionar as empresas envolvidas, como manda a Lei Geral de Licitações – nº 8.666/1993. (...) Em números, isso significa que, dos R$ 3,558 bilhões gastos de janeiro até o fim deste mês com material de limpeza, segurança e compra de passagens, por exemplo, apenas R$

Portanto, há uma quebra do modelo anterior, que começou a se desenhar quando os tribunais consideraram que a licitação era incompatível com algumas contratações realizadas pelas empresas estatais, e que, agora, foi positivada nas hipóteses do §3º da art. 28.[346]

Somando-se as hipóteses em que a licitação pode ser dispensada ou é inexigível, permitindo-se a contratação direta (sem o processo externo licitatório), tem-se um resultado que põe em dúvida a regra geral de realização de licitação para formalização de contratos das estatais.[347]

O plano para exame dessas figuras tomará em conta as hipóteses em que há a incidência das regras do Capítulo I do Título II da Lei 13.303/2016 – e não uma classificação com base nas hipóteses em que há viabilidade de licitação.[348]

1,666 bilhão foi para empresas participantes de alguma forma de licitação. O outro R$ 1,892 bilhão acabou pago a companhias que realizaram os serviços sem ao menos disputar com outras concorrentes. (...) Mas 2018 não é uma exceção. Pelo contrário. Ultimamente, o governo federal vem adquirindo produtos e serviços sem licitações. No ano passado, chegaram a 56,12% as compras realizadas com dispensa ou inexigibilidade." (RODRIGUES, Larissa. Exceção virou regra: governo federal faz 53% das compras sem licitação. *Metrópoles.* Disponível em: https://www.metropoles.com/brasil/excecao-virou-regra-governo-federal-faz-53-das-compras-sem-licitacao. Acesso em: 09 nov. 2019).

[346] José Calasans Junior aduz que "as 'situações' referidas nesse inciso abrangem, se não todos, pelo menos a grande maioria dos contratos das empresas estatais (execução de obras e serviços e comercialização de produtos). Ao relacionar esses ajustes com os 'respectivos objetos sociais' dessas entidades, como razão afastando a exigência da licitação, o que caracteriza, de forma velada, burla ao comando do inciso XXI do art. 37 da Constituição" (CALASANS JUNIOR, José. *Licitação e contratação nas empresas estatais*: anotações críticas sobre a lei nº 13.303, de 30 de junho 2016 (estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista). Rio de Janeiro: Synergia, 2017, p. 30).

[347] O que vai ao encontro da crítica de se impor licitação como elemento de existência do contrato. Sérgio Resende de Barros defende que: "Na verdade, a licitação não é 'antecedente necessário' do contrato. Nem este é 'consequente lógico' daquela. Pode haver contrato não precedido de licitação ou licitação não seguida de contrato. Entre ambos há relação, não de necessidade lógica (inexorável), mas de necessidade jurídica (excepcionável). Consequente, Hely reputou 'característica' do contrato administrativo, ainda que 'externa', um mero procedimento prévio, nem sempre existente, ora até impossível. Poder-se ia concluir sem licitação o contrato administrativo não está perfeitamente caracterizado? Essa conclusão não seria verdadeira" (BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 106).

[348] Esse critério é adotado na classificação proposta por: DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. Novo estatuto das empresas estatais: obrigatoriedade de licitação e hipóteses de contratação direta. (In) (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, ANA; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 188. Entende-se que ele não faz sentido para classificar os casos em que o legislador entendeu que a licitação nem sequer é aplicável.

3.1.4.2.1 A novidade legislativa: o afastamento da licitação

O art. 28, §3º, da Lei 13.303/2016 afasta[349] expressamente a aplicação do "CAPÍTULO I - LICITAÇÕES" do "TÍTULO II" na:

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

O inc. II acima mencionado é complementado pela definição fornecida pelo §4º do art. 28, que considera "oportunidade de negócio" 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.

O recorte do presente trabalho não permite tratar das relações conceituadas como oportunidade de negócio, que são bastante amplas. Limita-se a indicar que, para além das operações de cunho societário, o conceito envolve as relações em que as partes se unem para obtenção de um resultado comum.[350] Esse tipo de relação desafia o gestor a realizar a licitação prevista na Lei – o que não significa o abandono de qualquer processo para realização da contratação, especialmente para que se garanta sua vantajosidade e se previna atos de corrupção.[351]

Além disso, o inc. II estabelece a prova da inviabilidade do processo competitivo como condição para o afastamento da licitação – o que não se exige no inc. I do dispositivo objeto da presente dissertação.

Estabelecido o recorte, passa-se a examinar o inc. I acima citado, que versa sobre as contratações, realizadas diretamente pelas estatais, de terceiros para fornecimento de produtos "relacionados" ao objeto social das estatais ("no caput").

Entende-se que o legislador não se limitou a afastar a aplicação do Capítulo que versa sobre licitação apenas das hipóteses em que a empresa estatal figurar

---

[349] O art. 28 se vale do termo "dispensar". Conforme será demonstrado, não se trata da figura da dispensa de licitação existente na Lei 8.666/1993 e também na Lei 13.303/2016. Ver: JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 298 e ss.
[350] Sobre o tema, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 442.
[351] Nesse sentido, ver: SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. cit., p. 280 e ss.

como contratada (*i.e.,* quando pratica seu objeto social).[352] Aliás, é preciso entender de que forma tal norma dialoga com a previsão do art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 – o que será visto mais adiante.

No caso de contratação de objeto que tiver relação direta com objeto social da empresa estatal, não se aplica o regime licitatório.[353] Dessa forma, a estatal deverá realizar as contratações em regime por ela concebido. Note-se que o legislador não exige prova de que existe viabilidade de competição ou não. Se houver, caberá adotar outros procedimentos para obtenção da melhor proposta – semelhante ou não ao procedimento geral concebido pela Lei 13.303/2016.

O legislador excluiu a figura do direito subjetivo à licitação dos interessados em concluir os contratos que se enquadrem no art. 28, §3º da Lei 13.303/2016. Eliminam-se o dever de adotar formalidades competitivas típicas da licitação (ainda que a competição não seja eliminada).[354]

Além disso, deu-se um passo adiante quanto à adoção da classificação "atividades-fim X atividades-meio" para exclusão da licitação. Optou-se por ter

---

[352] O posicionamento é controverso, segundo relata BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 103-105.

[353] Nesse sentido: "O texto legal deixa claro que as empresas estatais não precisam realizar licitação para as contratações destinadas ao desempenho das atividades constates no seu objeto social e à escolha de parceiro de negócio. O desempenho do objeto social é objetivamente aferível pelo estatuto social da empresa estatal, ou seja, há alta segurança jurídica no enquadramento de uma atividade como fora do alcance das normas de licitação. Esse entendimento tem sido amplamente consolidado pelos juristas especializados" (SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Op. cit., p. 22)

[354] "Diferentemente do processo administrativo no geral, que segue um formalismo moderado ou mitigado, a licitação, por envolver competição, tem na formalidade sua nota característica, trata-se de expediente que se volta a garantir maior isenção, pois a flexibilidade poderia representar uma vantagem indevida para concorrentes mais relapsos quanto ao cumprimento das exigências do certame. (...) A formalidade indica que todos têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido pela lei e previsto no edital, sendo tal instrumento convocatório considerado a 'lei interna' da licitação" (NOHARA, Irene Patrícia. Natureza Jurídica (In) NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de direito administrativo*: licitações e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 41 (Tratado de direito administrativo, v. 6 /coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

como critério a relação do objeto contratado com a realização do objeto social (o que não importa que a contratação esteja descrita no objeto social).[355-356]

E por que isso ocorre? Pois, concordou-se com argumento de que, na prática, a imposição do regime licitatório e contratual público geral às estatais é extremamente prejudicial ao exercício da atividade empresarial (sobretudo daquelas que atuam em regime de competição). Trata-se do reconhecimento da Lei de que a licitação constitui um "óbice intransponível à sua atividade negocial".[357]

O legislador pressupôs que a estatal exercerá melhor sua atividade se puder contratar os insumos a eles relacionados de forma diversa do procedimento da Lei 13.303/2016, liberando-as dos regramentos formais previamente concebidos.

---

[355] Trata-se de posição diversa da assumida por MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 202. O autor interpreta o mencionado artigo valendo-se da classificação atividade-meio e atividade-fim, restringido a hipótese de não incidência do dever de licitar para os casos em que um terceiro contrata a atividade titularizada pela estatal. Em sentido diverso ao defendido por José Vicente Santos de Mendonça, preconiza-se que "O critério adotado pelo legislador acaba se aproximando do critério anterior (atividade-fim), mas guarda maior objetividade, uma vez que a identificação das atividades vinculadas ao objeto social pode ser feita sem a questionável discussão do que efetivamente se caracteriza como atividade-fim, em uma realidade negocial na qual é muito comum a celebração de parcerias entre empresas, para o exercício de determinada atividade econômica" (BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 102).

[356] O TCU parece manter a interpretação antiga para o art. 28, §3º, da Lei 13.303/2016. Estabelece o afastamento da licitação quando: (1) a contratação for de sua área finalística (o que sugere que o objeto da contratação teria de estar descrito no objeto social da empresa) e (2) houve óbices negociais em função da licitação (sem considerar que o próprio legislador já considerou esse fator ao afastar a licitação para os casos relacionados ao objeto social da empresa). Nesse sentido: "A decisão embargada considerou não ser procedente a alegação trazida pelos responsáveis de que haveria amparo na contratação pretendida no art. 28, §3º, da Lei 13.303/2016, pois a construção de linhas de transmissão e subestações não é a atividade finalística da Eletronorte, tampouco se enquadra no objeto social da companhia. A licitação é a regra para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal) , podendo ser afastada na atuação da estatal em sua área finalística em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais, com efetivo prejuízo às atividades da estatal. Seria o caso, por exemplo, de quando a Eletronorte comercializa energia no mercado regulado" (TCU, Plenário, AC 1901/2019, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 14.08.2019). Entendimento mais próximo ao defendido na presente dissertação pode ser extraído da fundamentação de consulta exarada pelo TCE/PR: "Nesse sentido, dessume-se que a inovação legislativa se destina a possibilitar não apenas a oferta dos produtos e serviços que constituem a atividade econômica das empresas públicas e sociedades de economia mista, como também a aquisição direta de produtos, serviços ou obras providos por outras empresas que se submetem ao mesmo regime, desde que haja relação com seus respectivos objetos sociais" (TCE/PR, Pleno, AC 1961/19, Rel. Cons. Ivens Zschoerper Linhares, j. 10.07.2019) A consulta se restringia a responder o seguinte questionamento: "No entendimento desta Egrégia Corte de Contas, a Lei Federal nº 13.303, em seu artigo 28, §3º, I, dispensa as empresas públicas e sociedades de economia mista da observância dos dispositivos referentes ao Capítulo I do Título II daquela lei, quando contratarem outras empresas públicas ou sociedades de economia mista para comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com o objeto social da prestadora?".

[357] Esta era a expressão utilizada pelo TCU para materializar um dos critérios para afastamento da licitação. Nesse sentido, ver: DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. Op. cit., p. 191.

Diante disso, o presente trabalho propõe que qualquer contratação de terceiros, realizada diretamente pela empresa estatal, e que tenha relação com a sua finalidade estatutária (i.e., que se incorpore na linha de produção do objeto da estatal),[358] não seguirá os procedimentos licitatórios previsto na Lei 13.303/2016. Deverá seguir um processo próprio devidamente regulado pela própria estatal, para justificar a vantajosidade da contratação.

Assim, se a contratação não tiver por fim o atingimento de uma necessidade essencial para que a empresa possa praticar as atividades para as quais foi constituída (especificamente relacionada ao seu objeto social, portanto), não haverá licitação.

Nesse sentido, não basta a justificativa da essencialidade da contratação para o funcionamento da empresa (tal qual ocorre com serviços de limpeza e manutenção, segurança, contratação de obras de engenharia para instalação da empresa, etc.:). Se tais contratações não estiverem relacionadas ao objeto social ou servirem para o exercício de funções derivadas – não sejam essenciais para o exercício da finalidade estatutária da empresa – terão de observar a licitação prevista na Lei 13.303/2016.

O legislador tomou o cuidado de afastar a licitação no campo em que o processo de contratação deve ser diferente nas estatais: quando se está a desenvolver "especificamente" o objeto social da empresa – aquele previsto em seu estatuto social. O Estado não escolhe a técnica empresarial à toa. Justifica a escolha, pois necessitará de técnicas diferenciadas, inclusive para a contratação de insumos, para a execução de um interesse coletivo essencial.

Daí o reconhecimento da importância de se especificar o objeto social na lei autorizativa e no estatuto da empresa (art. 2º, §1º da Lei 13.303/2016 e 2º; §2º, da Lei 6.404/1976) para que se possa gozar de um regime empresarial eficiente.

Tal raciocínio também se sustenta, porque as empresas estatais passaram a contar com as mesmas ferramentas de controle e eficiência que as empresas privadas possuem. A governança exigida das estatais é fundamental para que se compreenda a virada de chave da Lei.[359]

---

[358] Segundo José Vicente do Santos Mendonça "objetos sociais não são catálogos de compras ou listas exaustivas de atividades" (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 202).

[359] O seguinte excerto corrobora a afirmação: "na mesma perspectiva em que a lei veio estipular um substancial reforço da autonomia das estatais, que passam a ser sujeitas a uma gestão tributária de

Como indicado acima, a governança garantirá os processos para que a contratação ocorra dentro dos padrões de economicidade e objetividade cobrados pelos sócios de qualquer empresa empenhada em atingir as metas previamente definidas em seu estatuto e em seu planejamento de curto e longo prazo.

Com base nisso, a decisão inerente ao procedimento, ao conteúdo da contratação e aos seus resultados, que esteja amoldada nas hipóteses previstas no art. 28, §3º, da Lei 13.303/2016, estará submetida ao controle interno e externo.

O responsável pela decisão deverá sempre demonstrar a vantajosidade da contratação, mesmo na ausência da necessidade de se garantir processo competitivo isonômico entre potenciais interessados. Tal dever decorre dos "diversos mecanismos de controle e transparência"[360] existentes na própria Lei 13.303/2016, que buscam evitar a prática de atos ilegais e anticomerciais pelos administradores das estatais.

3.1.4.2.2 As consequências de as empresas estatais não licitarem

A ausência do dever de licitar não afasta o dever de se comprovar a vantajosidade da contratação e de planejar as ações que servem de parâmetro para o controle da vantajosidade. Isso se dá por meio de um processo, que deverá:

(1) identificar o objeto da contratação e verificar se tal necessidade está especificamente relacionada ao objeto social da empresa;

(2) justificar a necessidade para a contratação de um terceiro (impossibilidade de atendimento da necessidade pela própria empresa);

(3) pesquisar as alternativas cabíveis para atendimento da necessidade;

(4) enquadrar as contratações no planejamento estratégico da empresa;

(5) localizar os fornecedores e soluções de contratação, inclusive por meio de diálogos formais e prévios antes de iniciar as tratativas para conclusão do contrato;

---

preceitos de governança, veio também a permitir uma maior liberdade para estas empresas atuarem em regime análogo ao privado. Como consignado acima, a Lei só pode ser compreendida na perspectiva de verdadeira revolução pretendida pelo legislador no que tange ao regime das estatais orientada pela institucionalização de regras de governança" (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 170-171).

[360] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 33.

(6) abrir negociação para entender as técnicas disponíveis para resolver a necessidade da empresa, bem como os custos e as vantagens de cada solução comparativamente, inclusive valendo-se de acordos pré-contratuais – no caso da contratação de oportunidade de negócio, há a obrigação de justificar a inviabilidade de competição entre os parceiros possíveis;

(7) quando possível, realizar testes e provas do conceito para confirmação de que a solução é adequada para atendimento da necessidade. Caso não o seja, prever mecanismos de modificação ou extinção do contrato em caso de falha na implementação da solução (ver item 9 abaixo).

(8) manter a negociação para obtenção de preços ainda mais vantajosos, valendo-se do poder de barganha entre os contratantes – a preparação da empresa para a diminuição das assimetrias informacionais é fundamental nessa etapa; e

(9) minutar o contrato, incluindo e adaptando as cláusulas essenciais previstas no art. 69 de acordo com o objeto do contrato, e concluí-lo, registrando os atos praticados, a fim de guiar o controle de sua execução.

Essas etapas devem ser seguidas e são intuitivamente observadas por qualquer pessoa que precisa contratar um terceiro.[361] No âmbito empresarial, tal processo deve seguir as melhores práticas existentes (deixa de ser intuitivo e passa a ser um processo construído com base em estatística), que deverão estar previstas em seu regulamento de licitações e contratos.[362]

O processo é adotado para atribuir racionalidade e objetividade à decisão, evitando que o aparato empresarial estatal seja utilizado para obtenção de resultados desvinculados do objetivo que reúne os sócios.[363] A segregação de funções possibilita que os controles de resultado e lisura sejam realizados.

---

[361] "Qualquer empresa privada minimamente organizada estabelece procedimentos para suas contratações relevantes. Com uma estatal, mesmo no exercício de suas atividades econômicas principais, em regime de competição, não poderia ser diferente. O que o novo regime licitatório da Lei das estatais permite é uma maior liberdade para definição destes procedimentos" (BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 107).

[362] Ibid., p. 110.

[363] Em uma das primeiras decisões em que examinou o art. 28, §3º, da Lei 13.303/2016, o TCU consignou que: "(...) a empresa estatal sempre deverá respeitar os princípios constitucionais e legais que regem a administração pública, tais como, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a isonomia e o interesse público. Por via de consequência, embora realizando atividade finalística própria de seu objeto social, a Telebrás não detém uma discricionariedade irrestrita para escolher quem quiser, mesmo sendo dispensável a licitação. Ao contrário deve ser realizado um processo competitivo isonômico, impessoal e transparente, com observância dos princípios constitucionais" (TCU, Plenário, AC 2033/2017, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 13.09.2017).

No mais, há dispositivos do Capítulo I que são aplicáveis ao processo de contratação, pois não se limitam ao processo de licitação, mas versam sobre qualquer tipo de contratação. O art. 31, por exemplo, estabelece que mesmos as contratações realizadas sem licitação, além de observar os princípios inerentes ao controle da Administração Pública, devem se preocupar com o ciclo de vida do objeto contratado e com o desenvolvimento nacional sustentável. Na mesma linha, as regras sobre contratação de pessoas impedidas (art. 38 da Lei 13.303/2016) e o tratamento com pessoas relacionadas devem ser observadas pelo gestor, já que previstas para manutenção da lisura do procedimento.

Por outro lado, há que se interpretar os deveres decorrentes da vinculação ao instrumento convocatório e da exigência de fomento da competitividade nos limites do processo de contratação a ser desenhado pela própria empresa, e não de acordo com o processo licitatório estabelecido pela Lei. A tendência é de que os processos de contratação sem licitação sejam mais flexíveis e permeáveis às negociações entre as partes.

Portanto, a primeira constatação que se tem é a de que a ausência de licitação não afasta a necessidade de que a empresa estatal siga um processo de contratação. Tal processo é inerente ao funcionamento da empresa estatal, às quais se aplicam os princípios da Administração Pública, e assegurará o atingimento do melhor resultado que se espera ao criar a estatal.

Nesse sentido, vale a citação do seguinte excerto:

> (...) mesmo nos casos em que não se aplica o dever de licitar, ainda assim devem se comprovar objetivamente o atendimento às finalidades inerentes à atuação de pessoas jurídicas que integram a Administração. Com efeito, a celebração de vínculos de conteúdo obrigacional sem a realização de licitação não configura um espaço de voluntarismo, mas sim uma técnica normativa a serviço da implementação dos objetivos da Administração.[364]

O processo também servirá para que se comprove o nexo de especificidade entre o objeto contratado e objeto social da empresa estatal. Tal dever decorre da aplicação do art. 50, IV, Lei 9.784/1999, que versa especificamente sobre dispensa de licitação, e da LINDB que igualmente preconiza a motivação das escolhas

---

[364] GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Op. cit., p. 176.

realizadas pelo gestor, focada especialmente no planejamento sobre as consequências dos atos (art. 20, p. ex.).

A ausência de justificativa para a contratação nos termos do art. 28, §3º, da Lei 13.303/2016, bem como a falta de comprovação da vantajosidade da contratação, pode ensejar a aplicação de penas pela burla ao dever de licitar. Caberá, por exemplo, a aplicação do art. 58 da Lei 8.443/1992 e das penalidades previstas no art. 41 da Lei 13.303/2016.[365]

No entanto, afora questões que retratam a subsunção direta da norma ao fato (como o caso do afastamento da licitação nas hipóteses previstas no art. 28), o controle da motivação da contratação deve considerar a lógica empresarial empregada na decisão.

Internamente, a decisão do gestor responsável pela contratação poderá ser amplamente controlada e discutida pela estrutura societária que autoriza os processos de contratação – como o é em relação às empresas privadas. Porém, no âmbito do controle externo, deve-se limitar a exigir dos gestores das empresas estatais a motivação empresarial legítima das decisões sobre a contratação. Em outra perspectiva, e por força do art. 90 da Lei 13.303/2016, o controle não pode interferir na gestão da empresa.

A motivação revelará se, no âmbito da sua discricionariedade empresarial, o gestor adotou os procedimentos cabíveis e recomendados para a contratação – o que pode ser sintetizada na regra do *business rule judgment*, que foi "tropicalizada" por meio da previsão do art. 159, §6º, da Lei 6.404/1976[366] (aplicável às estatais diante do art. 7º da Lei 13.303/2016).

---

[365] A advertência da doutrina proveniente de agentes do TCU é a de que "os administradores das empresas estatais devem ser cautelosos ao decidirem-se pela contratação direta, pois a Lei 13.303/2016, em seu art. 41, prevê expressamente a possibilidade de aplicação às licitações e aos contratos por ela regidos das normas de direito penal contidas na Lei nº 8.666/1993 (arts. 89 a 99 da Lei de Licitações) (...) Ressalta-se que a contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, ainda que ilícita, não necessariamente resulta em prejuízos econômico para Administração" (ZYMLER, Benjamin et al. *Novo regime jurídico de licitações e contratos nas empresas estatais*: uma análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 42).

[366] E que também pode ser aplicada aos diretores, conforme relata: PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro. *Revista dos tribunais,* v. 953, 2015. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151118-08.pdf. Acesso em: 27 dez. 2019. Sobre a conjunção do princípio com o art. 89 e 90 da Lei 13.303/2016, Alexandre Santos de Aragão sugere que: "Uma potencialização peculiarizada para as estatais do princípio da deferência adviria do *Business Judgment Rule* acolhida pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência norte-americana em relação às decisões empresariais e negociais como um todo. (...) a business judgment rule é definida como princípio que

Trata-se de regra que tem por finalidade "proteger a discricionariedade decisória de administradores bem intencionados, eximindo-se do dever de indenizar por eventuais prejuízos gerados à companhia".[367] Logo, verifica-se a sinergia da regra, que foi concebida em âmbito privado, mas se aplica bem às estatais, cujo regime mesclado de controle (público e privado) está pautado na motivação para atingimento da eficiência. Exigir mais do que isso, é implementar custos para as contratações, gerados a partir da "monetização" dos riscos de fiscalização excessiva.[368]

Por isso, os resultados econômicos e financeiros obtidos pela decisão de contratar sem licitação devem ser controlados internamente pelas estruturas societárias, que terão como parâmetro as metas a que estão submetidos os gestores responsáveis pelas contratações.[369]

O controle externo deve se focar nos elementos relacionados à legalidade da escolha e nas circunstâncias em que o gestor tomou a decisão, escrutinando o processo adotado pela empresa e a diligência possível adotada pelos responsáveis para obtenção dos melhores resultados e da prevenção de prejuízos. Assim, evita-se a utilização indevida do viés retrospectivo (hindsight bias[370]) para criticar os resultados obtidos, conforme tratado nos arts. 22 e 24 da LINDB.

---

assegura que os 'diretores das empresas são protegidos pela presunção a eles conferida pelo Direito de terem agido com boa-fé em relação aos interesses da empresa cuja gestão lhe foi conferida" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 386).

[367] PARGENDLER, Mariana. Op. cit.

[368] Tratando dos efeitos negativos do controle do TCU, Alexandre Santos de Aragão aponta que: "Essas desvantagens competitivas não se refletem apenas na gestão interna da estatal, mas também nas suas relações com seus parceiros comerciais, sobretudo cm aqueles para os quais faça pagamentos, a serem também indiretamente controlados pelos tribunais de contas. (...) Para ele [agente econômico], a possibilidade de fiscalização (e sancionamento) pelos tribunais de contas é mais um elemento das relações de custo-benefício com as quais vai ter que lidar na condução dos seus negócios. (...) O natural é que os empresários monetizem o risco criado, repassando-o para o preço final, a ser pago pela estatal. Assim, o aumento dos riscos em um contrato repercute no preço final do mesmo. Na economia, todo risco é precificado. (...) Dito de outra forma, esse controle pode trazer o efeito colateral de onerar – e dificultar – a contratação pelas empresas estatais (...)" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 384).

[369] Como qualquer empresa privada, "O afastamento do administrador que não atingiu o sucesso não depende de comprovação de sua culpabilidade. O que se busca é um resultado objetivo: o atingimento dos fins predeterminados. Ainda que o insucesso decorra de fatores alheios à vontade do sujeito, é indispensável que o afastamento ocorra como uma solução para assegurar a permanente evolução da gestão da empresa estatal" (JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 290).

[370] "Uma vez acontecido o fato, tende-se a crer que o evento seria mais previsível do que se mostrava no passado. 'Eu sabia que isso iria acontecer', diz-se em linguagem coloquial. Nossa memória tende a selecionar os acontecimentos pretéritos que sustentam a situação que enfrentamos no presente" (FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 104).

Por fim, o controle do processo escolhido deve verificar a adequação entre o processo adotado e o objeto a ser contratado. Ou seja, a negociação iniciada, a quantidade de proponentes envolvidos, as exigências solicitadas e as cláusulas contratuais pactuadas, antes da conclusão do contrato, devem ser compatíveis com a complexidade da(s) obrigação(ões) e do negócio jurídico que será executado. Daí a importância das premissas definidas no tópico 2.3.2 da presente dissertação.

O processo de contratação previsto no art. 28, §3º, não deve ser idêntico ao processo de licitação. E no que ele se difere? Há pelo menos 6 diferenças essenciais:

(1) Não aplicação de preferências a micro e pequenas empresas no processo de contratação e das regras de preferência para empresas nacionais – embora, haja o dever de implementação de medidas com o objetivo de que as contratações das estatais sirvam para implementar o desenvolvimento nacional sustentável;

(2) A desnecessidade de observância das regras formalistas relacionadas à habilitação de interessados e classificação de propostas previstas nos arts. 51 e ss. - o que faz com que a isonomia entre os interessados na contratação não seja tratada de forma formalista, mas utilizada sempre para a obtenção das melhores condições de contratação do objeto;[371]

(3) Ausência de possibilidade de impugnação direta do produto da fase preparatória, nos termos do §1º do art. 87 da Lei 13.303/2016;

(4) Diminuição da incidência do "princípio" da vinculação ao instrumento convocatório, caso seja estabelecida alguma competição, para fins de adaptação do contrato, especialmente em contratos complexos e relacionais, considerando que a regra tem como principal finalidade garantir que o contrato não seja alterado para beneficiar algum licitante;

(5) Necessidade de consideração dos efeitos patrimoniais decorrentes das bases pré-contratuais estabelecidas pelas partes ao longo da negociação. Apenas no caso de anulação do processo de contratação por motivo de ilegalidade aplicam-se os mesmos efeitos patrimoniais do processo licitatório por força do art. 62, §4º.

---

[371] "Deverá ser assegurado tratamento isonômico aos possíveis interessados, nos limites que a contratação comportar" (JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação*... cit., p. 323).

(6) Possibilidade de modelagem pelas partes do processo de negociação (contratação) e do contrato, considerando as peculiaridades do objeto contratado.

3.1.4.2.3 A ordem de incidência das regras sobre contratação direta

Conforme Benjamin Zymler[372], ao tratar do imperativo lógico das regras que de incidência do dever de licitar, tem-se que o gestor deve, em primeiro lugar, verificar se, ao objeto contratado, será aplicada a licitação da Lei 13.303/2016.[373]

Superada essa análise, e não sendo o caso, passará a verificar se o objeto e as circunstâncias da contratação tornam o processo licitatório inexigível. Não se enquadrando nessa situação, o gestor deverá verificar se, ao objeto da contratação se amolda em alguma das hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei 13.303/2016. Tais figuras serão analisadas a seguir.

3.1.4.2.4 As hipóteses de contratação direta: dispensa e inexigibilidade

A Lei 13.303/2016 mantém a figura da contratação direta em seus arts. 29 e 30. Entende-se por contratação direta, não a exclusão do processo licitatório, mas

---

[372] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Cit., p. 469.

[373] O que não significa dizer que o gestor deve se esforçar para tentar licitar todos os seus contratos, já que a imposição do processo licitatório, para casos em que a competição não existe ou não gera externalidades positivas, não é compatível com a eficiência exigida na adoção pelo Estado da técnica empresarial. Por isso, diverge-se da posição de Alexandre Santos Sampaio, que sustenta haver o dever de "primeiro, observar a regra da licitação prévia. Somente se não for possível ocorrer o certame público, é que se dará azo para uma contratação direta. Por fim, se não existir jeito de se realizar qualquer trâmite licitatório, até o mais simplificado, é que, com as devidas justificativas e provas pertinentes, que será possível ventilar a não aplicação as regras licitatórias, mas esta deve ser instruída com elementos próprios de uma contratação direta, por inviabilidade de competição, com vistas a garantir o atendimento pleno da impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros princípios relevantes da Administração Pública. Nessa linha argumentativa, assim, sustenta-se que a flexibilidade privada não se adequa com as características de uma empresa estatal" (SAMPAIO, Alexandre Santos. Op. cit., p. 120).

a realização de uma modalidade anômala regulada no próprio capítulo que rege as licitações feitas pelas estatais.[374-375]

Daí sua diferença em relação à figura da inaplicabilidade de licitação, em que o procedimento de contratação (que também deve ser observado, seja em função das regras de direito privado, seja porque aos atos das estatais incidem os princípios que regem a atuação da administração pública) não está predeterminado pela Lei.

Há, portanto, uma procedimentalização[376] heterônoma da contratação direta, que, assim como toda modalidade licitatória prevista em Lei, torna mais rígidas as escolhas do gestor – inclusive, sob o ponto de vista da preclusão dos atos praticados. A prática desses atos serve para a prevenção de sobrepreço (em contexto no qual a empresa é dotada de uma governança estruturada) e de registro de atos que possam revelar a complexidade da contratação e justificar os valores gastos pela estatal.[377]

Marçal Justen Filho consigna que, nesses casos, não é vedado que a contratação ocorra por preços mais elevados, se comparados com soluções

---

[374] Adota-se aqui a constatação de Marçal Justen Filho para a Lei 8.666/1993. Para o autor, a fase de preparação para a contratação direta é idêntica a qualquer licitação. "A diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação. Assim, ao invés de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externa apropriada, a atividade administrativa interna desembocará na contratação direta. Ainda assim, não se admitirá que a Administração simplesmente contrate, sem observância de outras formalidades. Definido o cabimento da contratação direta, a Administração deverá pesquisar a melhor solução, tendo em vista os valores atribuídos à tutela estatal. Para tanto deverá respeitar (na medida do possível) o mais amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: lei 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 646).

[375] O art. 29, inc. XIII, da Lei 13.303/2016 apresenta um bom exemplo de quando se está diante de uma situação em que o regime licitatório não incide ou é afastado pelo legislador. Se a empresa estatal é constituída com a finalidade de produzir armamento (atividade que se enquadraria no conceito de segurança nacional), as contratações realizadas para realização da sua atividade não serão condicionadas pelo processo licitatório previsto na Lei 13.303/2016. Já se uma empresa estatal for constituída para outro fim e suas contratações envolverem aspectos que atinjam a defesa nacional, o legislador autoriza o administrador a não realizar a licitação. Presume-se, nessas circunstâncias, que o processo da Lei 13.303/2016 acarretará ameaças à defesa nacional. A Lei 12.598/2012 trata especificamente da questão.

[376] "A contratação direta não prescinde de procedimento regular. Embora signifique a ausência de licitação, depende – assim como a contratação por meio de licitação, de prévio processo que a justifique. Significa dizer que a contratação direta deve resultar de específica sucessão de atos formalizados que demonstrem o atendimento aos pressupostos materiais, formais e procedimentais impostos pela legislação à hipótese" (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Cit., p. 512).

[377] Na Lei 13.303/2016, o superfaturamento é verificado apenas na fase de execução do contrato, o que afasta a ocorrência da ilegalidade no âmbito do processo de contratação.

similares. Por outro lado, o autor adverte que “não se admite prática abusiva, em que o particular eleva o seu preço simplesmente pela circunstância de ser contratado sem licitação pela empresa estatal”.[378] O preço da contratação, portanto, sempre deve passar pelo crivo das estruturas societárias internas da estatal, com base em referências de mercados, contratações similares, e na demonstração das especificidades do objeto que a fazem chegar no valor cobrado.[379]

Para responsabilização do contratado, quanto ao sobrepreço, apenas duas hipóteses são possíveis (1) a ocorrência de alguma figura que vicie o aceite da proposta de preço pela estatal;[380] (2) a existência de conluio entre as partes para fraudar a contratação.

Nas hipóteses descritas no art. 29 e 30, o legislador autoriza que (1) em determinadas situações, a empresa estatal não realize, por opção justificada, o processo licitatório ou (2) a empresa identifique e afaste a licitação pelo fato de determinada contratação não ser compatível com o (viabilizada por meio do) procedimento geral previsto na Lei 13.303/2016.

A primeira situação se enquadra no conceito de dispensa de licitação e a segunda no conceito de inexigibilidade de licitação. Ambas as figuras de contratação devem seguir procedimento específico, previsto no Capítulo I do Título II da Lei 13.303/2016 de justificativa e realização da contratação.

Trata-se do procedimento previsto no art. 30, §3º, da Lei 13.303/2016, que impõe ao gestor da empresa estatal o cumprimento de etapas que permita a produção de decisões motivadas sobre os seguintes itens:

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

O procedimento prévio à contratação é o mesmo a ser realizado pela Administração Pública direta em suas contratações diretas. Há o dever de planejamento prévio, de se verificar a vantajosidade dos preços (quando possível,

---

[378] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 324.
[379] GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 203.
[380] Aqui, é possível se valer das figuras do vício de vontade do Código Civil – o que é menos plausível que ocorra em ambiente corporativo, especialmente em face do nível de governança dos contratantes a impedir que a avença ocorra sem as diligências devidas.

por meio de cotação de preços), os requisitos de validade da proposta, bem como exigir a comprovação de que os proponentes são íntegros e possuem capacidade de executar o contrato.[381]

Assim como ocorre com o próprio processo licitatório, é dever da empresa adotar regras próprias (sob medida) procedimentais, em regulamento interno, considerando sua estrutura societária e suas atividades, conforme se extrai do art. 40, IV, da Lei 13.303/2016.

Além disso, os efeitos da revogação e da anulação do procedimento prévio à contratação não sujeita a estatal à obrigação de indenizar, conforme previsto no art. 62, §1º, da Lei 13.303/2016.

A inexigibilidade de licitação, embora se assemelhe com a inaplicabilidade da licitação, pois esse processo de contratação também pode ser justificado pela inviabilidade de competição, afasta-se do conceito da inaplicabilidade na medida em que o objeto contratado (escopo) não é "especificamente" relacionado com o objeto social da empresa estatal.

Nessa mesma linha, a inexigibilidade de licitação não pode servir para justificar as contratações envolvendo "oportunidade de negócios", pois nesses casos a licitação nem sequer é aplicável.

Em relação à inexigibilidade da Lei 13.303/2016, há poucas diferenças quanto à regulação da figura pela Lei 8.666/1993. Manteve-se sua incidência em contratações nas quais o objeto contratado seja exclusivo ou quando se quer contratar serviços especializados fornecidos por sujeitos de notória especialização.

O legislador aproveita-se do regime *sui generis* das estatais para abrandar a isonomia no âmbito da contratação direta (que também deve ser respeitada), excluindo a previsão de vedação de preferência de marcas, que se impõe à Administração Pública direta. A exigência de marcas é perfeitamente plausível nas contratações realizadas pelas estatais, em ambiente essencialmente privado, quando tal exigência se revelar uma condição inafastável do atingimento do objetivo que determina a contratação.

---

[381] Joel Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr destacam, inclusive, o dever de "definir o objeto que atenda à sua demanda e as condições técnicas que sejam relevantes para sua execução, até para que ela possa saber se é o caso de inexigibilidade, de dispensa ou de licitação pública. A estatal precisa saber com toda a precisão, o que pretende com o contrato, o que o contratado será obrigado a realizar e em quais condições" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 176).

Note-se que a exigência de uma marca não vai ocorrer de forma arbitrária, mas existirá em razão da marca conter todas as especificações técnicas necessárias para satisfazer a necessidade da estatal. Aliás, é justamente essa a regra que está posta no art. 47, I, da Lei 13.303/2016.[382]

A Lei 13.303/2016 também omite a singularidade como critério de identificação dos serviços técnicos especializados cuja contratação não é possível por meio do processo competitivo licitatório. Conforme leciona Marçal Justen Filho, a singularidade do objeto não é o único elemento a definir a inviabilidade de competição, mas "pode decorrer de uma pluralidade de fatores, inclusive não diretamente relacionados com alguma singularidade de objeto".[383]

Conforme indicado acima, superadas as hipóteses dos arts. 28 e 30, o gestor deve voltar os olhos para os casos de dispensa de licitações, nas quais poderá justificar a contratação direta quando constatadas no caso concreto as situações descritas no art. 29.

Assim como ocorre com a Lei 8.666/1993, o legislador também especificou situações em que a contratação direta pode ser realizada (sem iniciar o processo dito externo da licitação). A maioria dessas situações foram transpostas do regime geral de contratação.

Porém, há novidade. O art. 29 da Lei 13.303/2016 prevê, por exemplo, a dispensa de licitação quando nenhum dos licitantes, convocados pelas estatais, aceitar executar o remanescente de contrato resolvido, assumindo as condições nele pactuadas, podendo a celebração do contrato ser aceita nas condições ofertadas pela licitante "desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório" (§1º).

A hipótese do §1º do art. 29 é bastante relevante, pois aponta para um caminho de contratação negociada, em que as condições para assumir a execução do objeto iniciada pelo licitante anterior e posterior interrompidas são propostas pela

---

[382] "I - indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato; c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão 'ou similar ou de melhor qualidade'".

[383] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 321.

própria potencial contratada – abrandando o caráter de adesão das contratações feitas por meio de licitação.

Trata-se de situação em que o legislador opta por primar pela eficiência em se atingir os objetivos da contratação, sem vincular os demais proponentes à proposta mal elaborada pelo contratado inadimplente. Porém, e para que se evite abuso da figura, é importante destacar que a continuidade da execução do contrato só deve ocorrer quando a sua interrupção advier (1) de inexecução do contrato pelo licitante anterior, ou (2) por acordo entre as partes, restando adimplida as obrigações da estatal com o licitante anterior. A continuidade da execução de um contrato que deixou de ser cumprido pela própria estatal, sem qualquer motivo, constitui situação altamente reprovável e irresponsável a ser coibida pelos entes competentes pelo controle das estatais.[384]

No mais, dois casos de licitação dispensável dialogam diretamente com as hipóteses de inaplicabilidade previstas no art. 28, §3º da Lei 13.303/2016. A impressão que se tem é que o legislador quis reforçar que em determinadas situações é imprescindível que as estatais tenham certa margem de liberdade para modelar a contratação em razão das especificidades do objeto contratado – não sendo oportuno aplicar o procedimento de análise de proposta e negociação da Lei.

Um deles refere-se a dispensa de licitação para compra e venda de ações, de títulos de créditos e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. É impossível não relacionar a hipótese do art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016, tanto com os casos de realização de contratação relacionadas com objeto social da empresa, como com as hipóteses de formação de uma relação societária para consecução de uma “oportunidade de negócio”.

Há um conflito entre a dispensa de licitação para as estatais venderem “bens que produzam e comercializem”, com a própria inaplicabilidade da licitação prevista, na Lei 13.303/2016, para a comercialização “de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais”. A solução para o conflito é a escolha pela inaplicabilidade da licitação, que precede (não somente no texto da Lei, mas em termos lógicos) a incidência da licitação.

---

[384] A ressalva é fundamental diante da precisa constatação de Flávio Amaral Garcia de que “A norma inova em relação ao regramento previsto no inciso XI do art. 24 da Lei 8.666/1993 quando explicita que a contratação direta poderá decorrer não apenas de rescisão (caso de inadimplemento), mas também em razão de distrato (por meio de acordos)” (GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 618).

O segundo caso está no art. 29 inc. XI, que dialoga diretamente com art. 28, §3º, I, desafiando o intérprete a, eventualmente, ter de lidar com as figuras da dispensa e da inaplicabilidade de licitação numa mesma relação obrigacional. Isso porque, tem-se a possibilidade de as estatais dispensarem a licitação para contratações com suas subsidiárias, quando o objeto do contrato não estiver relacionado ao objeto social da contratante. Como o dispositivo exige que a contratação seja dispensada quando "o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social", a empresa contratada também não terá de realizar licitação, pois estará contratando pelo art. 28, §3º, I.

3.1.5 Introdução às consequências da incidência da licitação

Identificado o dever de licitar, cabe ao gestor das estatais voltar os olhos para os arts. 31 e seguintes da Lei 13.303/2016.

Por desígnio constitucional, o procedimento de licitação das estatais deve ser modelado considerando as especificidades da adoção da técnica empresarial para atuação do Estado – inclusive, porque o contrato que será concluído com o terceiro terá um regime essencialmente de direito privado.

Porém, a imposição da licitação, ainda que diferenciada, justifica a ressalva de que a técnica empresarial, quando adotada pelo Estado, sofrerá influxos típicos do regime de direito público, em que são implementados processos que visam a controlar o gestor para que atinja finalidades essencialmente públicas – diversamente do que ocorre em relação às empresas privadas que, embora exerçam função social, não são criadas para garantia de interesses eminentemente públicos.

O regime licitatório, caracterizado por regras que delimitam o processo a ser adotado pelo gestor, significa a diminuição, por fatores heterônomos, do poder da estatal de modelar a contratação de acordo com o objeto a ser contratado. A abordagem da Lei 13.303/2016 quanto à licitação não é exaustiva como ocorre na Lei 8.666/1993, mas trata de todos os grupos de contratação (obras e serviços, aquisição e alienação de bens).

O regime de licitação também determina a aplicação de regras sancionatórias e de fiscalização diferenciadas, interferindo diretamente na própria

modelagem do contrato, ao limitar o espaço de negociação entre as partes e determinar que as cláusulas contratuais já estejam previamente minutadas.

Trata-se dos aspectos que serão analisados a seguir.

3.2 AS NORMAS GERAIS DO PROCESSO LICITATÓRIO

No presente tópico, pretende-se verificar se a Lei 13.303/2016 trouxe efetivamente algo de novo em relação ao regime geral de licitação, que sempre pautou as contratações outrora realizadas pelas empresas estatais. Para tanto, é preciso verificar qual o grau de densidade das regras sobre licitação, o quanto elas diminuem o campo discricionário do gestor e se permitem que o processo de contratação e o próprio contrato se adaptem ao objeto contratado e ao mercado em que a empresa estatal está atuando.

3.2.1 A incorporação de outros regimes na Lei 13.303/2016

A Lei 13.303/2016 é produto da mistura de regras existentes na Lei 8.666/1933, na Lei 10.520/2002, que institui a modalidade do pregão para as contratações públicas, mas principalmente da Lei 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratação (RDC[385]) para determinadas hipóteses de contratação pública.[386]

Sua interpretação deve considerar que existe uma busca pela evolução das experiências aplicadas às contratações públicas desde 1993 para a utilização de modelos mais ágeis e flexíveis de contratação,[387] sem descartar por completo

---

[385] Vale aqui registrar a aposta de André Rosilho de que: "há indícios de que a edição da Lei do Regime Diferenciado de Contratações contenha em si mais que regras especificamente aplicáveis à Copa do Mundo de 2014, aos Jogos Olímpicos de 2016, ao setor de aeroportos e às obras do Programa de Aceleração do Crescimento. É possível que uma mudança estrutural no sistema de licitação e contratos esteja em curso" (Ibid., p. 228). Sobre o RDC, ver o artigo de: Sobre o tema, reporta-se ao artigo: BORDA, Daniel Siqueira; TONIN, Mayara Gasparoto. Differential public procurement regime (RDC): main characteristics. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; Cesar Pereira; ROST, Maria Augusta (org.). *Brazil Infrastructure*. Haia: Eleven, 2016, p. 299-318.

[386] "Um exame mais acurado das disposições relativas aos aspectos voltados às licitações e contratos (art. 28-84) permite identificar que o diploma legal é uma conjunção acriticamente importada de disposições da Lei 8.666/1993 e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas/RDC (com preponderância deste regime), pouco inovando em relação à sistemática que já vigora atualmente" (GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 579).

[387] Ainda sobre o RDC, André Rosilho aponta que: "A grande vantagem de um diploma editado nestes moldes [dependente de um regulamento prévio e com campo maior de discricionariedade] está em não amarrar, de antemão, a Administração Pública a rígidos e critérios legais. Por detrás

formalidades legalistas impulsionadas pela noção de que a licitação é ferramenta apta a controlar a corrupção.[388]

Sendo assim, a Lei 13.303/2016 é a oportunidade para o desenvolvimento da matéria das contratações realizadas pelo Estado. Aliada ao mandamento constitucional de que se estabeleça um regime diferenciado para as contratações das empresas estatais, incentiva o intérprete a se livrar da visão maximalista que inspira a aplicação da Lei 8.666/1993.[389]

3.2.2 As diretrizes que devem ser observadas pelo processo licitatório

No segundo capítulo, demonstrou-se as finalidades, extraíveis do art. 31, para as quais o processo de contratação das estatais, com ou sem licitação, deve ser realizado (formação mais vantajosa do contrato, estímulo a competição, controle dos gastos, tutela da livre concorrência e prevenção da corrupção, planejamento da execução e verificação da compatibilidade com o planejamento estratégico da estatal).

No art. 32 da Lei 13.303/2016, inspirado no art. 4º da Lei 12.462/2011, estão as diretrizes que devem ser observadas pelo gestor, constituindo um meio[390] pelo qual, o legislador, entende que as finalidades poderão ser atingidas.

As normas são direcionadas ao processo licitatório, porém devem ser incorporadas nas contratações em geral quando compatível.

As diretrizes, que possuem natureza de norma discricionária,[391] devem sempre ser aplicadas por meio da implementação de soluções técnicas adequadas

---

desta iniciativa está latente uma visão de mundo oposta àquela que levou à confecção da Lei 8.666/1993" (ROSILHO, André. Op. cit., p. 219).

[388] JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Notas sobre contratação públicas na Lei das Estatais*. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/noticias/notas-sobre-contratacoes-publicas-na-lei-das-estatais. Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

[389] Trata-se da "maldição do regime único" em que "(...) o estatuto das licitações deve ser uno invariável, não obstante as compras governamentais serem diversificadas ao extremo (...) Tal unicidade é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime e virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a maior eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos administrados" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do advogado*, n. 107, dez./2009, p.78).

[389] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 71.

[390] Ibid., p. 71.

[391] Para Marçal Justen Filho, as diretrizes têm natureza vinculante, pois as soluções previstas devem "obrigatoriamente ser adotadas a não ser que as circunstâncias concretas justifiquem uma solução diversa" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. Cit., p. 71)

para o caso concreto a fim de garantir que as finalidades e os princípios estabelecidos no art. 31 sejam efetivados.

Daí o estabelecimento da seguinte correspondência entre os arts. 31 e 32 da Lei 13.303/2016:

Art. 31: "As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedade de economia mista destinam-se (...)"	**Art. 32: "Nas licitações e contratos de que trata esta lei serão observadas as seguintes diretrizes (...)"**
(...) assegurar a seleção da proposta mais vantajosa...	"II- busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista (...)"
...inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto...	"II- (...) considerando custos e benefícios diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; (...)§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à: I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; (...) III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;"
(...) a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento (...) devendo observar os princípios da (...) probidade administrativa...	"II- busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios diretos e indiretos (...)"
(...) devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade (...) da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção da competitividade e do julgamento objetivo"	"I- padronização do objeto da contratação dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas; (...) 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, inciso I e II; (...) V – observação da política de integridade nas transações com partes interessadas"
(...) devendo observar os princípios da (...) publicidade"	§ 3º As licitações na modalidade de pregão, na forma eletrônica, deverão ser realizadas exclusivamente em portais de compras de acesso público na internet. § 4º Nas licitações com etapa de lances, a empresa pública ou sociedade de economia mista disponibilizará ferramentas eletrônicas para envio de lances pelos licitantes.
...devendo observar os princípios da (...) eficiência (...) da economicidade..."	II- busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista (...); e IV- adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (...)
...devendo observar os princípios (...) do	§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à: I - disposição final

desenvolvimento nacional sustentável...	ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais; IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista; VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. § 2º A contratação a ser celebrada por empresa pública ou sociedade de economia mista da qual decorra impacto negativo sobre bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados dependerá de autorização da esfera de governo encarregada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado por meio de medidas determinadas pelo dirigente máximo da empresa pública ou sociedade de economia mista, na forma da legislação aplicável.

No mais, quer-se afirmar que o gestor, a menos que esteja se desviando das finalidades previstas pela Lei, não pode ser punido tão somente pela consequência da decisão adotada para cumprir as diretrizes ao realizar os procedimentos licitatórios da estatal em que atua. Por serem diretrizes, caberá ao gestor apresentar motivação técnica e ponderação das consequências pela elaboração de um processo de licitação mais ou menos submetido a determinada diretriz, quando possível e conveniente.[392]

O importante é que essa motivação seja consentânea também com as finalidades da licitação, demonstrando tecnicamente a possibilidade de se obter o resultado esperado no processo de contratação e justificando de que maneira uma ou outra diretriz deve ser observada com maior intensidade. O ponto é que o gestor deve demonstrar que atuou buscando obter contrato vantajoso para empresa estatal e considerou as diretrizes estabelecidas pelo legislador para tanto.

Caso as contratações possuam resultados insatisfatórios, caberá ao gestor arcar com as consequências de sua atuação igualmente insatisfatória, sendo afastado do cargo pelos seus controladores internos caso se verifique a falta de capacidade do gestor de continuar atuando na função.

---

[392] Vale aqui a observação de Marçal Justen Filho para o RDC: “A solução se insere no modelo normativo consagrado pela Lei do RDC, que é avesso a soluções predeterminadas rígidas. O legislador reconhece a inconveniência de uma disciplina uniforme para todos os casos e consagra uma margem de discricionariedade. Por isso, os padrões previstos no art. 4º devem ser observados desde que não existam razões satisfatórias para o seu afastamento” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. Cit., p. 73).

Tal controle de resultado não deve ser feito diretamente pelo controle externo, impondo-lhe outras sanções decorrentes de ilícitos previstos nas leis que buscam coibir a improbidade administrativa. Para o controle externo, resta a verificação de conformidade das decisões do gestor quanto à legalidade e à razoabilidade das decisões adotadas.

3.2.3 A ausência de modalidades licitatórias e o procedimento da Lei 13.303/2016

As fases do procedimento licitatório estão descritas no art. 51.[393] São dez fases, que iniciam na preparação da contratação até a homologação do resultado ou a revogação do procedimento. Não há mais modalidades de licitação como ocorre na Lei 8.666/1993.

Ao longo percorrer as fases descritas na Lei, o gestor deve observar diversas normas que lhe permite atuar com algum grau de discricionariedade, que será reduzido em função dos regulamentos internos das estatais e, depois, pelas definições registradas nos instrumentos convocatórios.[394]

O procedimento deve ocorrer preferencialmente por meio eletrônico (§2º), seguindo a lógica da Lei 10.520/2002 (pregão) – o que não significa sua aplicação subsidiária da Lei ao processo de licitação das estatais.

A interpretação mais coerente da exigência da diretriz do art. 32 é a de que as estatais devem possuir um procedimento semelhante ao pregão, talhado especificamente para as empresas estatais, quando houver a "aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de

---

[393] Tratando do art. 51 e ss. da Lei 13.303/2016, ver: FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento da licitação da Lei 13.303/2016. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 443-462; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na lei das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016). (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, ANA; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017; e SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. As inovações do procedimento licitatório na lei federal 13.303/2016. (In) FERRAZ, Sérgio (org.). *Comentários sobre a lei das estatais (*Lei 13.303, de 30.6.2016). São Paulo: Malheiros, 2019.

[394] A ideia é que "A liberdade de escolha vai sendo suprimida na medida em que o procedimento avança. Ao final, a regra é a ausência de espaço para uma decisão discricionária. Isso significa que, ainda que se mudassem os julgadores, a decisão adotada na última fase teria de ser a mesma" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. Cit., p. 69).

especificações usuais no mercado" (art. 32, IV), em que a modelagem contratual e as sanções previstas são aquelas previstas na Lei 13.303/2016.[395] A rigor, o procedimento previsto na Lei 13.303/2016 já segue o formato do pregão – com adaptação para contratações mais complexas.

A determinação de que as licitações sejam eletrônicas não pode ser tomada como mera formalidade. As empresas devem investir na utilização de novas tecnologias para submissão e avaliação de propostas, bem como para formalização das contratações – sobretudo para garantir a integridade e disponibilidade das informações, bem como controle do processo, inclusive para fins de acesso ao orçamento da contratação (art. 34, §3º). E há soluções sendo desenvolvidos para garantir, não apenas segurança, mas agilidade para os processos de contratação e execução dos contratos,[396] inclusive nos casos de dispensa de licitação (v. Decreto Federal 10.024/2019 que trata do sistema de dispensa eletrônico).

Considerando isso, passa-se a abordar as dez fases do procedimento.

3.2.3.1 A fase preparatória: definições fundamentais para a execução do contrato

A Lei 13.303/2016 não trata de forma sistemática da fase que precede a licitação. As normas sobre essa etapa estão espalhadas ao longo da Lei.

Delas se extrai a necessidade de projetar tanto (1) a definição do objeto a ser contrato, e em função disso seu valor e de que forma sua execução ocorrerá; como (2) as regras aplicadas para a oferta ao público e avaliação das propostas em função das diretrizes definidas no item 1.

---

[395] Segue-se aqui a orientação de Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres, concluindo que "a diretriz de adoção preferencial da modalidade pregão, em nossa opinião, deve ser interpretada como uma orientação dada ao aplicador da norma para que, diante da autonomia discricionária de montar o procedimento licitatório (já que a Lei das estatais adotou modalidade única, porém flexível, como no RDC), ele opte preferencialmente por um rito semelhante ao pregão (...)" (BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 230). Tanto é assim que o atual Decreto Federal 10.024/2019, que regulamenta o pregão e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal, possibilita (e não obriga) que empresas estatais regulamentem o tema de acordo com as regras do Decreto.

[396] "A generalização da formalização eletrônica para a atividade administrativa permite a aplicação do protocolo de blockchain. Significa que a sucessão encadeada de atos, típica do instituto do procedimento, será institucionalizada na dimensão digital. Mas isso se fará de modo compulsório, com a eliminação de desvios, falhas ou inovações arbitrárias. Cada ato administrativo inicial desencadeará um bloco encadeado de arquivos. A prática do ato posterior dependerá do vínculo com o anterior" (JUSTEN FILHO, Marçal. *A tecnologia realizará a promessa que o Direito Administrativo não cumpriu*? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-tecnologia-realizara-a-promessa-que-o-direito-administrativo-nao-cumpriu-26112019. Acesso em: 07 de dezembro de 2019).

Ao definir o objeto a ser contratado, independentemente da forma de contratação, a empresa estatal deve estimar qual o valor máximo que poderá despender para a execução do contrato e como ocorrerá sua remuneração.

Embora não se tenha previsto que tal tarefa constitua condição para o início da licitação, tem-se como quase impossível (ou como algo indesejável) que uma contratação venha a ser realizada sem que a estatal saiba quanto pode ou quanto irá gastar para contratar. Trata-se de uma tarefa básica de governança e de diminuição de risco de o contrato não ser cumprido pela própria estatal.[397]

Isso porque é com base nesse valor que a empresa estatal verificará se a contratação se encaixa em seu orçamento, especialmente para fins de definição do prazo contratual previsto no art. 71 da Lei 13.303/2016, e se as propostas se revelam exequíveis.[398] O orçamento também determinará os valores máximos para o estabelecimento de remuneração variável, quando permitido, inclusive para atingimento de finalidades secundárias à satisfação da necessidade da estatal (art. 45 da Lei 13.303/2016).

Da mesma forma, não poderá a estatal receber propostas que excedam o valor orçado pela estatal, a menos que o proponente aceite diminuir o valor na fase de negociação (arts. 54, IV e 57 da Lei 13.303/2016).

O orçamento deve refletir os preços praticados no mercado, considerando as peculiaridades do contrato que será modelado, as diversas técnicas que podem ser empregadas em sua execução, e os riscos imputados ao particular – sobretudo, os riscos inerentes à contratação com as empresas estatais, como a existência de controle por outros órgãos externos à estrutura societária.

Para as obras de engenharia, a Lei refere-se aos sistemas de referência Sicro e Sinapi (art. 31, §2º, da Lei 13.303/216) como parâmetro para elaboração dos orçamentos. Tais sistemas podem se revelar inadequados em função das características do objeto contratado e da imposição de outras finalidades a serem atingidas (refletidas no ciclo de vida do objeto, por exemplo) e não captadas pelos referidos sistemas. Daí a previsão no art. 31, §3º, da Lei 13.303/2016,[399] que repele

---

[397] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 150.
[398] Aqui cabe examinar de que forma as empresas dependentes devem dialogar com as exigências orçamentárias que advém do recebimento de recursos financeiros de seu controlador.
[399] "Art. 31, § 3º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 2º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em

também a aplicação retroativa de parâmetros novos para avaliação dos preços já praticados (*i.e.,* o controle deve se dar em perspectiva, de acordo com os dados possíveis de serem colhidos pelo gestor, conforme arts. 22, §2º, e 24 da LINDB).

O *design* do contrato também é definido nessa fase. Por isso, o gestor deve ter em mente que o valor estimado para a contratação deve ser condizente com os desafios impostos ao contratado e as técnicas de execução do objeto que serão empregados. Mais do que isso, os termos do contrato licitado devem revelar uma execução factível para que haja interessados ou para que se evite a contratação de aventureiros, que certamente não conseguirão honrar as obrigações assumidas.

Questões, como prazos, condições para execução do contrato, obrigação das partes, garantias, repartição dos riscos, formas modificação e de extinção do contrato, penalidades e definição dos métodos de composição dos conflitos contratuais, são definidas pelo gestor. Trata-se de cláusulas obrigatórias contidas nos incisos do art. 69 da Lei 13.303/2016. Obviamente que a dificuldade da tarefa é diretamente proporcional à complexidade e à frequência com que o objeto é contratado, considerando que o gestor estará mais habituado com os termos necessários para efetuar a contratação.

No mais, embora as cláusulas acima apontadas sejam usualmente objeto de negociação em contratos privados entre empresas, no caso das estatais, quando submetidas à licitação, devem ser definidas ou incluídas no contrato unilateralmente. O gestor da estatal é o protagonista do design contratual.

O gestor deve observar, por exemplo, (1) a cláusula de reajuste, que é disponível em contratos privados; (2) a necessidade de o contrato tratar da alteração do contrato, considerando o disposto no art. 81 da Lei 13.303/2016, em que sobra pouco espaço para que o gestor crie regras sobre o tema ao minutar contrato;[400] e (3) as cláusulas sobre as tipificações das infrações e as respectivas

---

publicações técnicas especializadas, em banco de dados e sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado".

[400] O art. 81 da Lei 13.303/2016 delimita todos os eventos que justificam a modificação do contrato, estabelecendo os mesmos parâmetros e limites fixados na Lei 8.666/93. Trata da alteração do contrato para: (inc. I) melhoria da adequação técnica do projeto; (inc. II) acréscimos e supressões quantitativas do objeto; (inc. III) substituição de garantias de execução; (inc. IV) alteração do regime de execução contratual, em função da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; (inc. V) modificação da forma de pagamento, em função de fatos supervenientes; bem como (inc. VI) manutenção do equilíbrio contratual em caso de riscos imprevisíveis, caso fortuito ou força maior ou fato do príncipe. Um ponto que pode ser relevante de ser considerado, é a adequação dos termos da lei, nitidamente talhados para contratos de obra, para o objeto específico da contratação.

penalidades e valores da multa, em que o gestor observará a Seção III do Título II e o art. 41 da Lei 13.303/2016.[401]

A rigor, e com exceção da contratação semi-integrada, tanto as normas "específicas para obras e serviços" (art. 42 a 46), como as "normas específicas para aquisição de bens" (art. 47 a 48) pressupõem uma relação estática entre a estatal e os proponentes. Há pouquíssimo espaço para negociação dos termos da contratação que oportunize aos proponentes ou mesmo a estatal alterarem a concepção da contratação em razão das discussões existentes ao longo do processo de licitação.

Lembre-se que a Lei 13.303/2016 mantém como regra a ser observada na licitação (art. 31), e também durante o contrato (art. 69, VIII), a vinculação ao instrumento convocatório. Portanto, ao finalizar a preparação e publicar o instrumento convocatório, orçamento, projetos e as cláusulas contratuais já estarão pré-definidos. Entre as cláusulas contratuais, a própria matriz de risco do projeto será definida unilateralmente pela estatal.[402]

Quando muito, e não havendo a realização de *road shows* prévios, caberá aos licitantes a possibilidade de impugnação de eventuais incongruências do

---

[401] As sanções previstas na Lei 13.303/2016 constituem outro aspecto que torna o regime contratual das estatais igualmente *sui generis*. Conforme Marçal Justen Filho: "Ao longo de suas disposições, a Lei 13.303 assegura às empresas estatais certos poderes jurídicos diferenciados. No entanto, isso não se confunde com o clássico regime de contratos administrativos, sintetizado no art. 58 da Lei 8.666" (JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016. Cit., p. 3). Já Cesar Pereira assume que as sanções previstas na Lei significam a manutenção de parcela dos poderes exorbitantes: "A despeito da recorrente alusão da Lei 13.303/2016 a um regime contratual predominantemente equiparável ao de direito privado, seus arts. 82 a 84 mantiveram um sistema sancionatório similar ao da Lei 8.666/1993. A possibilidade de imposição de penalidades contratuais pela Administração Pública é uma característica típica dos contratos administrativos (cf. Art. 58, IV, da Lei 8666/1993). O contratante público vale-se de suas competências próprias para apurar infrações e aplicar as sanções cabíveis. Os atos que materializam essa aplicação são dotados de executoriedade e afetam diretamente a esfera de direitos do particular contratado. A Administração aplica multas e, em certa medida, pode-se valer-se de certas formas de garantia (art. 82, §2º) ou da retenção de pagamento (art. 82, §3º) para se apropriar dos recursos correspondentes. Se houver base legal para tanto aplica sanções de impedimento de licitar ou contratar, que produzem efeitos para além do contrato ou do certame em questão e impedem atividades que, de outro modo, a pessoa privada atingida pela medida seria livre para desenvolver" (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais. Cit., p. 529). O ponto relevante, e que extrapola o recorte da presente dissertação, é a definição da natureza dessa sanção e se a ela se atribui autoexecutoriedade (v., por exemplo, a previsão dos §§2º e 3º do art. 82 da Lei 13.303/2016). Note-se que, no âmbito do direito privado, inexistindo obrigações a serem compensadas, o acertamento dos valores e sua execução necessariamente dependerão do Poder Judiciário, caso o devedor inadimplente não reconheça o inadimplemento ou se recuse a pagar a dívida.

[402] Sobre a "importância do planejamento e da identificação dos riscos..." e as "formalidade contratuais" para implementação da matriz de risco, ver a lição de: PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.138-145.

instrumento convocatório e a elaboração de propostas que atendam os valores e requisitos técnicos exigidos pela estatal (ver tópicos seguintes) – o que não serve para caracterizar a efetiva negociação. Logo, as regras gerais de licitação, previstas na Lei 13.303/2016, continuam concentrando na mão do ente contratante o poder de decisão sobre como o contrato deve ser executado.

Caberá aos proponentes aderirem ao modelo de contratação proposto pela estatal.[403] Daí a necessidade de que se tenha em mente que:

(1) Mesmo não havendo negociação, e delimitação na Lei sobre as opções de remuneração, modificação, imposição de sanção e extinção do contrato, o estabelecimento da cláusulas contratuais deve considerar que os contratos se regem pelos preceitos de direito privado (art. 68 da Lei 13.303/2016) – o que permite afirmar que inexiste amparo para incidência automática de poderes exorbitantes para as estatais, mas apenas cláusulas que lhe atribuam algum tipo de direito potestativo, como ocorre em qualquer contrato privado.

Considerando o exposto no primeiro capítulo, a inclusão de cláusulas que atribuam às estatais direitos potestativos[404] deve ser justificada em função dos benefícios para execução do contrato e quando elas são usualmente utilizadas pelo mercado, e não simplesmente pelo fato de que a estatal é parte do contrato que ela mesma redige. Note-se que o exercício de direitos de modo unilateral e que independem de prestação não é figura estranha ao direito privado. Os direitos potestativos existem nas relações contratuais travadas entre privados. Um exemplo é a cláusula resolutiva expressa (pacto comissório expresso) que é hipótese de extinção do contrato.[405]

---

[403] As alternativas de negociação serão tratadas no quarto capítulo.

[404] Lembre-se que: "As prerrogativas contratuais públicas não dão à Administração posição excepcional efetiva, se comparada à dos contratantes privados. A prática demonstra que o contratante do mundo privado possui faculdades com eficácia equiparável ou superior às conferidas à Administração nos contratos do mundo público" (CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Mito das cláusulas exorbitantes*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019. Acesso em: 13 dez. 2019). Em termos maios amplos, Fernando Dias Menezes de Almeida ensina que as cláusulas exorbitantes não possuem fundamento contratual, "mas sim lastreado no poder de ação unilateral da Administração". O autor registra que: "Isto não impede que realmente se pactuem, como observado por Eduardo GARCÍA ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (...), cláusulas contratuais que estabeleçam certos poderes de ação unilateral para a Administração, mediante aceitação pelas ouras partes contratante – como de resto poderia acontecer entre duas partes privadas" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 322).

[405] Que não se confundem com a "declaração de sua [do contrato] invalidade (nulidade ou anulabilidade) (...) atingindo-o [o contrato] a partir da sentença" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. V. 3. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 140-141). Para

Ou seja, a maior incidência dos preceitos de direito privado nos contratos celebrados pelas estatais elimina qualquer possibilidade de se tentar localizar prerrogativas implícitas na Lei 13.303/2016. Nessa linha, entende-se válida a advertência de Joel Menezes e Pedro Niebuhr:

> o marco dos contratos das estatais reside justamente na ausência de prerrogativas. Logo, não é dado às estatais desfazer a vontade do legislador por ato próprio e reanimar as prerrogativas em seu favor. Isso, se ocorresse, subverteria a ordem principiológica do direito administrativo, com ênfase ao princípio da legalidade, dado que a estatal – mais precisamente as estatais – teria poder para fazer prevalecer os seus atos administrativos sobre o ato legislativo.[406]

Esse mesmo raciocínio conduz à conclusão de que, por uma questão de isonomia contatual, as consequências pecuniárias e punitivas advindas do inadimplemento contratual pela estatal também estejam devidamente discriminadas em cláusula contratual. Caso assim não o faça, e por força do art. 68 da Lei 13.303/2016, ocorrendo o inadimplemento, serão aplicadas as regras previstas no Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Civil e, por isonomia, as regras de compensação pela mora e descumprimentos contratuais previstas em favor da estatal. Isso pode implicar a compensação pelas perdas e danos sofridos, incidência de juros moratórios, bem como correção monetária de acordo com os termos da Lei.

Mesmo padrão deve ser utilizado para a extinção do contrato. Previsão de cláusulas resolutórias expressas devem ser justificadas à luz do objeto contratado, das garantias e do prazo contratual. Para que o contrato seja atrativo, há que se oportunizar as mesmas ferramentas ao particular para as hipóteses de mora ou inadimplemento do contrato pela estatal. Considerando que é a estatal que será responsável pela elaboração do contrato, é importante que ofereça meios para que

---

contratos administrativos, há artigos que defendem a impossibilidade de extinção unilateral do contrato pela Administração Pública: SUNDFELD, Carlos Ari. Os contratos de concessão e sua anulação. *Revista eletrônica de Direito do Estado, n. 7, jul./ago./set. 2006*, Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=125. Acesso em: 13 de janeiro de 2019; e GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A extinção do contrato de parceria público-privado. (In) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215.

[406] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 265.

o particular possa interromper o contrato nas mesmas condições que a estatal poderá fazê-lo.[407]

(2) A ausência de plena liberdade negocial determina maior responsabilidade para o gestor em adequar a distribuição de riscos entre as partes em razão do objeto a ser contratado, preservando-se o equilíbrio contratual (art. 37, XXI, da CF) e as chances de o objeto ser executado com eficiência.

Por isso, cláusulas que estabeleçam prerrogativas exorbitantes ou imponham riscos ao privado de forma ilimitada,[408] sem determinar os motivos pelos quais foram assim previstas para que o contratado tenha condições de formular sua proposta, devem ser consideradas nulas por aplicação do art. 423 do Código Civil c/c art. 81, VI, da Lei 13.303/2016 e art. 37, XXI, da Constituição, que impedem que nos contratos em que haja adesão de uma das partes se lhe imponha renúncia a um direito resultante da própria natureza do negócio.

---

[407] "Uma solução para equilibrar a posição das partes e permitir que as estatais se valham dos direitos potestativos, sem risco de que os sejam reputados como disfarces para os poderes exorbitantes, é a equivalência de soluções para as partes: "as condições para a rescisão contratual devem ser equivalentes entre a estatal e os seus contratados. O meio que se previr para a estatal rescindir o contrato terá de ser estendido para os contratados. Logo, se a estatal pretender rescindir o contrato sozinha, unilateralmente, o contratado também poderá fazê-lo Da mesma forma, se a estatal descumprir suas obrigações e gerar danos ao contratado, terá que indenizá-lo. O mesmo raciocínio vale para o contratado. Aliás, pode-se dizer, em resumo, que, no tocante à rescisão, o que vale para uma parte vale para a outra, estatal e contratado" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 310).

[408] Como a seguinte cláusula: "5.4.24. quaisquer outros riscos afetos à execução do objeto da Concessão, que não estejam expressamente previstos no item 5.2. (...) 5.6.A Concessionaria não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionaria, venham a se materializar" (Contrato do complexo Aeroportuário de Guarulhos).

Não se está aqui a discutir a natureza do contrato da estatal (se é de fato de adesão), muito menos se invoca alguma vulnerabilidade do contratado.[409-410] De todo modo, parece válida a adoção da lógica sobre a impossibilidade de se restringir direitos que decorram das obrigações pactuadas no âmbito do contrato com a estatal (como o direito a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato), e que não tenham relação com as práticas adotadas no mercado.[411] Fato é que há pontos contratuais para os quais o contratado particular não pode negociar, muito menos haverá possibilidade de efetivamente precificar os riscos, como uma forma de contraposição à desvantagem imputada pela estatal.

É diferente o caso da inserção de cláusula arbitral, por exemplo, em que se pode antecipar os custos de tal decisão, bem como os benefícios para a execução do contrato (isto é: não há restrição de direitos).

Na verdade, a distribuição de riscos e imposição de cláusulas que estabeleçam direitos potestativos apenas em favor da estatal deveriam ser

---

[409] O recorte proposto não permite tamanho aprofundamento. O que se tem como certo, é que a licitação impõe um limite à negociação entre as partes. Segundo Marçal Justen Filho, ao tratar dos contratos administrativos: "o conteúdo do contrato deriva, então, de imposições predeterminadas pela Lei e pela Administração Pública. As condições básicas do contrato são impostas ao particular, cuja vontade se manifesta muito restritamente. Resta para o particular o preenchimento de certos "espaços em branco", produzidos intencionalmente pelo Estado." (JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões*... cit., p. 163). No direito português, cite-se o seguinte excerto: "ao passo que no seio do Direito Privado, as partes, ancoradas nos postulados do princípio da autonomia contratual e, em particular na supletividade das regras sobre a distribuição de risco, podem livremente convencionar um determinado 'plano de risco' para o contrato que se propõe celebrar, distribuindo os riscos, entre elas, de acordo com os seus interesses, nos contratos administrativos, pelo contrário, a Administração, porque está sujeita a normas injuntivas (por regra) e por princípios jurídicos que condicionam a sua actuação, está inelutavelmente limitada na fixação das estatuições contratuais sobre a distribuição de risco" (MELLO, Pedro. A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas. Dissertação (mestrado em ciências jurídico-políticas) – Universidade de Lisboa. Lisboa, 2011, p. 125).

[410] Além disso, cabe a advertência de que "Contrato de adesão não é patologia, algo a ser necessariamente coibido pelo julgador. Representa uma realidade de mercado, fruto de indispensável coordenação geral de esforços frente à acentuada circulação de bens e serviços. Servem as necessidade de rapidez da sociedade técnica: afinal, hoje não há que se perder tempo em negociações relativas a atos correntes, enquanto as entidades que atuam com recurso às cláusulas devem, por razões que se prendem com o seu funcionamento, conhecer de antemão o tipo de vinculação a que vão ficar adstritas. (...) Assim, a predeterminação do conteúdo do contratual permite, por exemplo, a racionalização e a consequente redução dos custos de transação, uniformização de procedimentos, com reflexo sobre o preço cobrado do adquirente final (consumidor ou não). Permite, portanto, a racionalização das atividades empresariais, evitando a repetição de atos idênticos, propiciando a redução dos custos e dos preços de bens e serviços disponibilizados ao público. Simplifica e acelera a conclusão dos negócios" (MELO, Diogo L. Machado de. Contrato de adesão em relação de não consumo: lógica econômica e balizas para o ativismo jurisdicional. *Revista do advogado,* n. 116, jul./2012, p. 71).

[411] O que poderia justificar a validade de determinadas cláusulas (v. MELO, Diogo L. Machado de. Op. cit., p. 76).

concebidas a partir da negociação entre as partes. Como isso não é viável, sem algum esforço interpretativo e previsões regulamentares, tem-se a advertência e os limites acima propostos como necessários para se garantir a efetividade da licitação e do contrato celebrado com a estatal.[412-413]

Ainda sobre a modelagem contratual, o legislador incorre mais uma vez no equívoco de impor para a contratação de serviços, um modelo visivelmente voltado para a contratação de obras de engenharia. Em termos gerais, a Lei 13.303/2016 mantém as mesmas hipóteses de contratação de execução indireta de obras e serviços previstas na Lei 12.462/2011 (RDC). Agrega o regime de contratação semi-integrada como novidade em relação a outras normas existentes.[414]

Ou seja, ao buscar na Lei 13.303/2016 a forma pela qual deve contratar serviços de limpeza ou implementação de sistemas de tecnologia, a empresa estatal lidará com regras que foram destinadas à contratação de obras (e dos seus respectivos serviços) de prédios, hidrelétricas, infraestrutura, etc. Daí a importância dos regulamentos, para que cada empresa possa adaptar a licitação de acordo com cada tipo de contratação.

Por fim, o contrato da estatal poderá ter prazo superior a 5 anos (art. 71), quando seu objeto estiver contemplado no plano de negócio e investimento da

---

[412] Posição exposta pelo autor da presente dissertação: BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de execução indireta de obras e serviços para empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 367-399, ao comentar o art. 42, X, da Lei 13.303/2016. O artigo serviu de referência para a seguinte abordagem: "O receio, falando-se diretamente, é que a estatal exerça de maneira equivocada a competência discricionária e distribua todos os riscos para o contratado, eximindo-se das suas responsabilidades. Se o fizer, haverá, pelo menos, duas consequências. Primeiro, acaso isso ocorra, a matriz de risco irá contrariar o seu principal propósito, que é a favor da segurança jurídica. Ela criará contrato leonino e, com isso, gerará insegurança jurídica. A segunda consequência é que transferidos todos os riscos para o contratado, o contrato deve tornar-se mais caro, em prejuízo da estatal. (…) Sob essas premissas, os interessados em participar das licitações gozam de legitimidade para impugnar e contestar perante os órgãos de controle o conteúdo das matrizes de risco" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 143).

[413] Outra questão que surge a partir do disposto em Lei, e da modelagem contratual imposta às empresas estatais ao se prever a contratação por meio de licitação, é se o gestor poderá limitar as cláusulas indenizatórias decorrentes de modificações ou resoluções contratuais. No âmbito privado, a questão é amplamente debatida a partir do pressuposto da autonomia da vontade. Porém, considerando (1) as regras e princípios que incidem nas relações celebradas pelas estatais, (2) bem como a forma pela qual o processo licitatório usualmente ocorre (com baixa participação dos interessados), não há como se afirmar a existência de autonomia negocial por parte dos interessados em contratar com a empresa estatal. O tema é de uma amplitude gigantesca, de modo que não cabe no recorte aqui proposto. De todo modo, registra-se o achado para futuras pesquisas.

[414] O autor da presente dissertação escreveu sobre o tema em: BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de execução indireta de obras e serviços para empresas estatais. Cit. Sobre a escolha justificada do regime de execução indireta, ver: p. 382 do mencionado artigo.

estatal. A inclusão de algum projeto no plano de negócio demanda uma série de processos internos, que dificultam que um determinado objeto complexo seja licitado sem que (1) haja uma decisão formada e concertada no âmbito da estatal sobre a necessidade e os desafios que determinada contratação impõe; bem como (2) haja um estudo prévio sobre o prazo e uma estimativa de custos sobre para que o objeto seja licitado.

Na segunda hipótese, a estatal poderá justificar uma contratação superior a 5 anos, comprovando que a fixação de prazo inferior encarece ou inviabiliza o negócio. A Lei utiliza a expressão "prática rotineira de mercado", cuja interpretação permite que o gestor privilegie em sua decisão: (1) as necessidades que usualmente decorrem da execução do objeto contratual, independentemente dos contratantes; e (2) as experiências verificadas em outros contratos já celebrados pela própria empresa.

Para além da questão do contrato, é na fase de preparação que a estatal definirá os requisitos para habilitação do proponente melhor classificado na fase de lances. A empresa estatal, como qualquer pessoa jurídica de direito privado, tem o poder (e o dever) de definir critérios e exigir documentos comprobatórios para contratar com empresas que possuem condição de atender suas necessidades.

Por incidir o regime de direito público sobre seus atos, tal escolha está sujeita ao dever de motivação e à impessoalidade, considerando os parâmetros definidos no art. 58 (I – documentos que atribuam ao proponente capacidade para assumir obrigações contratuais em uma relação com uma empresa estatal, cujo regime é moldado também por regras de direito público; II – prova de que o proponente possui qualificação técnica condizente com o objeto a ser contratado[415]; III – capacidade econômica e financeira para não abandonar a execução contratual – inclusive por meio de adiantamento de quantia, no caso de licitação cujo critério de adjudicação seja a maior oferta de preço). Ou seja, os critérios definidos no instrumento convocatório não podem ser arbitrários, nem extrapolar os "parâmetros" definidos no art. 58.[416]

---

[415] O que exclui a exigência de qualificação técnica para execução de parcelas irrelevantes para o cumprimento do contrato licitado.

[416] Para Ricardo Feijó, essa é uma das vantagens desse regime que, ao tratar de forma "superficial" os requisitos de habilitação, permitiu "a elaboração de licitações mais eficazes, desde que o regulamento da Lei não minudencie desnecessariamente os requisitos de habilitação" (FEIJÓ, Ricardo de Paula. Op. cit., p. 458).

Tomando a obrigação como processo, e considerando as peculiaridades da licitação (em que o processo de contratação são modelados para garantir a lisura e a competição), a fase preparatória é fundamental para que o contrato venha a ser executado. Por isso, recomenda-se que a figura do contrato das estatais não sirva como instrumento de acomodação de poderes exorbitantes, mas seja um ambiente composto de cláusulas que permitam a escolha do fornecedor e projeto/produto adequado, bem como a execução efetiva do objeto que materializa uma necessidade da estatal.

3.2.3.2 Divulgação, apresentação das propostas e regras de julgamento

O instrumento convocatório será objeto de divulgação, sobretudo por meio das plataformas eletrônicas das empresas estatais.

A partir daí, os interessados na licitação poderão solicitar esclarecimentos ou impugnar os pontos do instrumento convocatório que estejam em desconformidade com as normas ou que inviabilizem a execução do contrato (art. 87, §1º).[417] Trata-se de oportunidade para que a estatal estabeleça diálogo com os interessados em executar o contrato, sanando vícios e aprimorando as exigências que modelarão a execução do objeto contratado pela estatal.[418]

Os registros realizados nos pedidos de esclarecimentos e impugnações ao instrumento convocatório são de fundamental importância para o acompanhamento da execução do contrato. Antecipados e registrados os possíveis problemas que o instrumento convocatório possui e de que maneira a estatal reage a eles, tem-se um ótimo parâmetro para interpretação das cláusulas contratuais ao longo da execução do contrato – permitindo que os controladores compreendam as bases objetivas e as posições assumidas pelas partes ao celebrar o negócio jurídico.

---

[417] Embora a Lei 13.303/2016 não disponha sobre os pedidos de esclarecimento, parece evidente que ao permitir que qualquer pessoa impugne o instrumento convocatório, também se esteja autorizando que os interessados solicitem à estatal esclarecimentos sobre a forma de atendimento às exigências feitas para análise das propostas. A resposta aos pedidos de esclarecimentos decorre do direito de petição a ser efetivado pela Administração, inclusive pelas estatais – daí o regime contratual *sui generis* da utilização da técnica empresarial. O tema deve ser objeto de regulamentação pela própria estatal, como ocorre no Regulamento da Petrobras que determina que o edital defina “os prazos e meios para apresentação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos” (art. 64, XI).

[418] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Mas temos muito ainda a falar sobre licitação*. 2015. Disponível em: http://justenfilho.com.br/tags/dialogo-competitivo/. Acesso em: 26 out. 2019.

Seguindo o modelo do RDC, a Lei 13.303/2016 também mantém os modos de apresentação de propostas e disputas aberto e fechado. Possibilita que a estatal construa o processo licitatório admitindo lances intermediários e o reinício da disputa para definição das demais colocações, fazendo com que a estatal conte os melhores lances.

No que tange às fases de recebimento de propostas e análise da capacidade do proponente (habilitação), a Lei 13.303/2016 mantém como regra o processo que permite que o maior número de concorrentes apresente suas propostas, para então realizar a verificação da habilitação. Assim, elimina-se parte do tempo que se perdia analisando documentação de empresas que certamente não apresentariam o melhor lance.[419]

O gestor da estatal também terá um maior campo de discricionariedade para definir os critérios de seleção da melhor proposta do que se verifica na Lei 8.666/1993. São oito os critérios previstos no art. 54: (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; (VIII) melhor destinação de bens alienados. Os critérios são menos regulados pela Lei do que em outras leis de contratação, possibilitando que as estatais confiram tratamento específico dos temas em seus regulamentos para elaboração do instrumento convocatório.

Durante a licitação, outras vantagens não poderão ser consideradas, conforme se extrai do art. 54, §3º – circunstância que limita a escolha do gestor, caso o planejamento da licitação não capte algum critério que poderia ser considerado para a contratação. Trata-se de limitação que, obviamente, não se

---

[419] "Em razão de toda essa formalidade e complexidade, passou-se a reclamar nova ordenação das fases de licitação, para que se invertesse a sistemática da Lei nº 8.666/93, avaliando-se a habilitação somente após o julgamento das propostas, o que foi feito com o pregão, atualmente regido pela Lei nº 10.520/02. A estrutura do procedimento do pregão, apesar de pontos de divergência, foi reproduzida em essência no Regime Diferenciado de Contratação Pública, da Lei nº 12.462/11, e no regime de licitações das estatais, Lei nº 13.303/16" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 157). No mesmo sentido, tem-se a posição de André Rosilho ao examinar o RDC: "Vê-se assim, que ao ser abandonada a racionalidade da Lei 8.666/1993 – segundo a qual primeiro seriam verificados os documentos de habilitação dos licitantes, para somente então serem julgadas as propostas previamente submetidas à Administração em envelopes lacrados –, rompeu-se com importante mecanismo usado para selecionar o universo de competidores e para controlar a 'voltagem' da competição. O pregão efetivamente levou a sério o critério de julgamento baseado no menor preço, aumentando os incentivos para redução dos valores despendidos pela Administração nas contratações públicas" (ROSILHO, André. Op. cit., p. 192).

aplica aos casos em que a licitação não antecede a contratação. Nessa hipótese, permite-se que o gestor, ao negociar com os interessados, possa ponderar diversas vantagens, barganhando por melhores posições, até realizar a contratação.

A Lei 13.303/2016 também estabelece os critérios de desempate das propostas. O art. 55 determina que o gestor siga uma determinada ordem de critérios de desempate. Na primeira etapa, oportuniza-se uma nova rodada de disputa de lances por meio de propostas fechadas. Caso mantenha-se o empate, busca-se o desempate a partir da "avaliação de desempenho contratual prévio dos licitantes" (art. 55, II). A aplicação desse critério ressalta o caráter processual das obrigações. Seus efeitos extrapolam a própria relação obrigacional, atingindo outras relações obrigacionais.

Não existindo tal controle ou não sendo possível, por impedimentos comprovados no caso concreto, de utilizá-lo para fins de desempate entre os licitantes, buscar-se-á a melhor proposta por meio dos critérios de preferência estabelecidos na Lei 8.248/1991 (que dispõe sobre "a capacitação e competitividade do setor de informática e automação"), bem como do §2º do art. 3º da Lei 8.666/1993, cujos dispositivos contemplam empresas que desenvolvam soluções nacionais – solução plausível, por ser objetiva e contemplar uma diretriz geral da Lei.

O sorteio torna-se a última opção para definição do licitante vencedor – critério que, de fato, deve ser evitado em uma estrutura empresarial voltada a definição de suas estratégias com base em critérios estatísticos.

A Lei 13.303/2016 também estabelece o dever do gestor de verificar a efetividade das propostas. O art. 56 elimina a possibilidade de que o gestor venha a contratar propostas que (I) contenham vícios insanáveis; (II) descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório; (III) mostrem-se inexequíveis; (III) estejam acima do valor do orçamento; (IV) revelem-se inexequíveis em teste exigido pela estatal; e (VI) estejam em desconformidade com as exigências do instrumento convocatório.

O regime de licitação das estatais possibilita a adequação da melhor proposta, caso se verifique algum vício sanável. Tal alteração não significa oportunidade para o proponente apresentar nova proposta. A estatal pode permitir ajustes finos que permitam que a melhor proposta esteja plenamente aderente às especificações definidas na fase de preparação.

3.2.3.3 Negociação da proposta e habilitação do proponente vencedor

Definida a melhor proposta e verificada sua efetividade à luz dos critérios definidos no instrumento convocatório, tem-se então a oportunidade para que a estatal negocie com o melhor proponente melhores condições. Assim, após o processo competitivo, que visa a incentivar que as empresas interessadas em prestar o objeto do contrato superem seus concorrentes por meio da melhor proposta, a estatal ainda terá a oportunidade de melhorar as condições obtidas em um processo de negociação (art. 57).

Tais condições não se resumem ao valor da proposta, mas também à forma de execução, a prazos e à adição de serviços e bens vinculados ao objeto contratado.

Nos casos em que o valor da proposta estiver acima daquilo que a estatal se planejou para desembolsar, tal negociação será obrigatória para conclusão do contrato. Frustradas as negociações, inclusive com os outros classificados, a licitação será revogada (art. 57, §§1º e 3º).

Após as negociações, passa-se a verificar se o proponente melhor classificado possui condições para executar a proposta. Os critérios de habilitação devem ser definidos na fase de preparação em função da complexidade do objeto a ser contratado, assim como deve-se examinar se há algum impedimento para a contratação do proponente melhor classificado.

As empresas declaradas inidôneas ou que estejam suspensas em razão da participação de outros contratos celebrados com a Administração, nos limites do art. 38, estarão impedidas de participar da licitação.

A Lei 13.303/2016 aumentou o campo de discricionariedade do gestor em relação aos documentos que devem ser exigidos para verificação dos critérios de habilitação dos proponentes que participam da licitação. O gestor, no processo de licitação, deverá comprovar (art. 58) que o proponente que será contratado (I) tem capacidade jurídica para assinar o contrato objeto da licitação; (II) cumpre os requisitos de qualificação técnica para cumprimento do contrato, por meio de atestados ou comprovação que sua a equipe responsável pela execução do contrato já executou contrato semelhante; (III) possui capacidade econômico-financeira de executar o contrato (o que pode ser feito por meio de *due diligence* que apontem as dívidas e as dificuldades financeiras impostas à empresa para

cumprir o contrato na íntegra); e que (IV) recolheu a quantia a título de adiantamento, quando a licitação for definida pela oferta do maior preço.

Sem dúvida, o art. 58 é uma das grandes inovações inauguradas pela Lei 13.303/2016, pois permite que o gestor possa escolher, por meio de decisões justificáveis, as condições jurídicas e econômicas que a empresa contratada deverá comprovar para poder adjudicar o contrato. Deve levar em consideração a complexidade do objeto contratado, a forma pela qual o contrato será executado e a modalidade de julgamento da proposta.

Caberá ao regulamento e principalmente ao instrumento convocatório especificarem quais serão esses documentos. A estatal poderá, por exemplo, exigir dos contratantes programas de integridade condizentes com suas políticas já estabelecidas, a fim de prevenir atos de corrupção e uma melhor performance na execução do contrato.

3.2.3.4 Interposição de recursos e o diálogo sobre o resultado

Os participantes das licitações das estatais têm direito de recorrer das decisões proferidas ao longo do processo de licitação. Se a licitação seguir o rito ordinário previsto na Lei 13.303/2016, em que há a classificação das propostas e depois a realização da habilitação dos licitantes, a fase recursal se dará em uma única fase (art. 59).

Reafirme-se que os recursos devem ser tomados pela estatal como mais um canal de diálogo, em que os maiores interessados em discutir e apresentar as melhores propostas para execução do contrato licitado revelarão problemas em relação aos documentos apresentados por seus concorrentes. A visão dos proponentes constitui elemento útil para redução da assimetria informacional existente entre a estatal e o futuro contratante.

Embora o §1º do art. 59 aparentemente restrinja os recursos às fases de habilitação, julgamento e verificação de efetividade dos lances ou proposta, não há motivos para se negar recursos que ataquem o processo e os termos da negociação entabulada entre o proponente melhor classificado e a estatal.

Os recorrentes podem demonstrar que a negociação extrapolou o objeto permitido pela lei, relativa à obtenção de condições mais vantajosas, prejudicando o “tratamento isonômico entre os licitantes” (art. 56, VI, da Lei 13.303/2016).

A instauração de ferramentas de diálogo competitivo pelos regulamentos pode servir como solução para atribuir maior flexibilidade à negociação, diminuindo os limites que poderão ser alterados nessa fase, considerando que os demais licitantes serão igualmente respeitados no procedimento. O tema voltará a ser tratado no próximo capítulo.

3.2.3.5 Adjudicação e homologação do resultado ou extinção do processo

Definidos os melhores classificados e tendo sido verificada a efetividade das respectivas propostas, a estatal tem o compromisso de observar a ordem de classificação para realização da contratação do objeto licitado (art. 61). Não pode abandonar a licitação para contratar terceiros, o que não significa necessariamente que exista um direito das melhores classificadas de serem contratadas. Porém, há o direito dos licitantes[420] de não serem preteridos por propostas que não sejam apresentadas na licitação.

O art. 51, IX, Lei 13.303/2016 cita a figura da adjudicação sem conceituá-la ou especificar seus efeitos. Considerando os atributos da homologação, tem-se que a figura evita que o vencedor da licitação seja preterido também em relação aos demais participantes da licitação.

Ao homologar a licitação, constitui-se o proponente vencedor no direito de ter o contrato efetivamente celebrado (art. 60). Após isso, a recusa da estatal para celebrar o contrato será considerada um ato ilegal, sujeitando-a ao pagamento dos valores devidos de indenização. Tem-se que a recusa para celebração do contrato equivale a sua própria inexecução.[421]

---

[420] Tratando de tal direito como direito subjetivo dos licitantes, ver: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 351.

[421] "De muito, a doutrina e os tribunais pátrios debatiam quais os efeitos concretos da adjudicação e da homologação. A partir da LRE, a homologação produz direito à contratação. Esta norma tem profundo e significativos efeitos jurídicos, inclusive no plano do direito homologatório" (GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 212). Os efeitos patrimoniais decorrentes da quebra das relações pré-contratuais é tema bastante complexo e que não cabe no recorte ora proposto. Sobre o tema, no âmbito do direito civil, tem que: "afirmar que o lesado tem direito à reparação de perdas e danos é insuficiente para a real compreensão do alcance da indenização a que faz jus. A noção de perdas e danos apenas sintetiza a forma como a reparação é prestada, mediante um pagamento pecuniário que faz frente ao dano sofrido, mas não é suficiente para definir a situação hipotética à qual o legado deve ser conduzido" (STEINER, Renata C. *Reparação de danos:* interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 416). No direto administrativo: "Percebe-se, assim, que a aplicação do princípio da boa-fé e da noção de culpa in contrahendo às relações pré-contratuais do Estado, interpretados dentro da moldura do

A revogação, seja pela falta de obtenção de propostas abaixo do orçamento (art. 57, §3º), seja por "fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável" (art. 62) para a continuidade e encerramento da licitação poderá ocorrer apenas até a homologação. Tal fato deve estar devidamente motivado e não pode decorrer da mera vontade da estatal de se livrar das obrigações projetadas no contrato a ser celebrado.

O interesse superveniente da estatal para não concluir o contrato deve estar devidamente descrito e justificado, demonstrando-se as consequências (art. 20 e 21 da LINDB) do ato e a impossibilidade de contornar "óbice manifesto" (art. 62 da Lei 13.303/2016).[422] Caso contrário se estará diante da utilização desviada da figura para justificar o inadimplemento dos compromissos negociados ao longo de toda a licitação – daí a importância dos registros realizados ao longo de toda a licitação, evitando comportamentos contraditórios ou que maculem a confiança legítima daqueles que participam do processo licitatório.[423]

O desvio de finalidade da revogação ou da anulação pode ser controlado e tem como consequência a eliminação do ato ilegal, com a determinação da conclusão do contrato, ou a reparação da parte atingida pelo ato.

Os atos praticados ao longo do processo de licitação poderão ser controlados pela estatal, e caso haja alguma nulidade, caberá ao gestor adotar as

---

§6º do art. 37 da Constituição Federal, alarga consideravelmente a responsabilidade das entidades da Administração Pública, fato que tem passado desapercebido pela maioria dos nossos doutrinadores, mesmo do que escrevem comentários à Lei 8.666/93. (...) há hipóteses em que a indenização será apenas pelo interesse negativo e outras em que ele será a mais larga que se possa imaginar, incluindo, também, o ressarcimento pelo interesse positivo" (COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo*, v. 277, jul./set. 1999, p. 170).

[422] "Também razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável podem ser invocadas para revogar a licitação. Este requisito limita imensamente a faculdade discricionária de revogação da licitação: que somente pode ocorrer diante de óbice manifesto e incontornável!" (Ibid., p. 214).

[423] Pautado na segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança, bem como no dever de reparação do Estado pelos danos ocasionados, Edgar Guimarães defende a tese de que a ruptura da licitação para contratações públicas, sem motivação idônea, acarreta o dever de indenizar na fase pré-negocial dos contratos administrativos. Para o autor, "quando do desfazimento do processo licitatório, tais preceitos [decorrentes da boa-fé objetiva e da proteção à confiança legítima] devem ser observados e rigorosamente atendidos. Ou seja a Administração não pode frustrar a expectativa legitimamente depositada pelos licitantes causando-lhes prejuízos, como por exemplo, instaurar um processo licitatório com inúmeras exigências, obrigando os particulares a despender tempo e dinheiro para atendê-las e revogar o certame; ou anular, rescindir o contrato motivando a decisão na incompetência de servidor para a prática de algum dos atos inerentes ao processo, sendo que o vício poderia ter seus efeitos convalidados" (GUIMARÃES, Edgar. *Responsabilidade da administração pública pelo desfazimento da licitação.* Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 133).

medidas para sanar/convalidar tal ato ou, não sendo possível, anular os atos extraindo da anulação suas consequências – inclusive de invalidação do contrato.

Note-se que o art. 62, §2º, da Lei 13.303/2016 deve ser interpretado com todo o cuidado devido, eis que eventual nulidade de algum ato praticado na licitação pode induzir a nulidade do contrato, caso (1) haja nexo causal entre o ato praticado na licitação e a celebração do contrato e (2) a nulidade do contrato se revele como medida adequada e necessária para contenção dos efeitos do vício verificado durante a licitação. A invocação de regras e conceitos amplos e gerais como interesse público, vinculação ao instrumento convocatório e preservação da competição entre os licitantes para anulação do contrato deve ser sempre ponderada com os efeitos econômicos concretos para a estatal da anulação do ato (art. 20 e 21 da LINDB). A sanção decorrente do vício deve, quando possível, não prejudicar a própria estatal e todos aqueles que confiaram em seus atos.[424]

A anulação da licitação deve ocorrer por motivos de ilegalidade nos atos praticados ao longo da licitação. Meros vícios formais, que não tenham gerado prejuízos para os proponentes ou para o resultado final da licitação, devem ser convalidados, sobretudo após a celebração do contrato (em que a homologação já ocorreu), a fim de que não se prejudique a principal finalidade da licitação: a contratação de forma mais vantajosa para a estatal.

Obviamente que, caso o licitante não tenha dado causa a nulidade verificada na licitação, deverá ser indenizado pelos danos decorrentes dos custos assumidos para participar e vencer a licitação e pelas parcelas contratuais executadas, bem

---

[424] Nesse contexto, calha a recente sugestão de Egon Bockmann Moreira de dizer adeus à Súmula 473 do STF. O autor sugere que: “A legalidade vigente nos dias de hoje nos diz que a administração pública não pode simplesmente anular seus próprios atos, nem mesmo os ‘eivados de vícios que os tornam ilegais’. Ao contrário: deve envidar os melhores esforços para sanear, convalidar e assumir compromissos. Já se passou o tempo da administração não-igualitária, repressiva e subordinada ao passado. (...) O direito não aceita decisões que contrariem a boa-fé, a confiança legítima e a segurança jurídica. Mesmo se o ato for nulo, dele podem advir soluções que criem valor – e não só problemas, como naqueles casos julgados há mais de 50 anos. Está na hora de dizer adeus, com todas as honras e glórias, à Súmula 473” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Súmula 473:* é hora de dizer adeus. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sumula-473-e-hora-de-dizer-adeus-01102019. Acesso em: 15 de dezembro de 2019). Aliás, há que se questionar se as empresas estatais tem poder para anular de ofício os contratos que já estão em execução – considerando a inexistência de competência para tanto e o consenso de que a anulação de contrato deve ser obtida no Judiciário. Como a questão já adentra em questões sobre a execução contratual, não será possível prosseguir na análise.

como pelos danos apurados por não poder finalizar a execução do contrato – o que deve ser apurado caso a caso.[425]

Nessa hipótese, e apurando-se valores muito altos de indenização e da posterior necessidade de realização de uma nova contratação, caberá à estatal ponderar se a nulidade do contrato é a medida proporcional.

Por ser a licitação um processo tipicamente administrativo, e tendo em mente que a revogação ou a anulação da licitação pode gerar efetivos prejuízos aos licitantes, a Lei 13.303/2016 corretamente prevê como condição de eficácia do ato de revogação e invalidade a ocorrência de processo administrativo com participação dos licitantes. A eles será garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa a fim de que possam demonstrar à estatal a ausência de motivos para extinção do processo licitatório ou alternativas para manutenção da licitação, contornando os motivos que determinam a nulidade/revogação da licitação.

A possibilidade de que a revogação e, principalmente, a anulação da licitação ocorra por ato unilateral e autoexecutório da estatal é uma prova de que o processo licitatório da estatal tem ainda vínculos com um regime de atuação tipicamente estatal. No âmbito do direito privado, a declaração de nulidade do ato negocial se dá por meio consensual ou por decisão do próprio judiciário. Já a revogação da promessa de contratar apenas é possível caso haja a ciência expressa do oblato acerca dessa possibilidade (art. 427 a 435 e 854 a 860 do Código Civil). Por essa razão, é fundamental que as estatais regulem a questão no instrumento convocatório ou no regulamento interno para que haja harmonia entre a licitação e o contrato.

3.2.4 A função dos procedimentos auxiliares das licitações

O art. 63 da Lei 13.303/2016 elenca procedimentos chamados “auxiliares” ao processo licitatório. Trata-se de ferramentas importadas do RDC.[426] Portanto,

---

[425] Novamente, o tema é extremamente complexo e envolve a discussão sobre interesses contratuais negativos e positivos do contrato. Remete-se o leitor para as obras citadas na nota de rodapé 412 acima.

[426] Marçal Justen Filho, ao comentar os procedimentos auxiliares do RDC, sugeria que tais soluções fossem “generalizadas para o âmbito de outras contratações públicas em geral” (JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos Auxiliares das licitações e a pré-qualificação. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord). *O regime diferenciado de contratações púbicas.* 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 332).

são procedimentos já conhecidos: a pré-qualificação (agora permanente); cadastramentos; sistema de registro de preços e catálogo eletrônico de padronização.

Todos eles não determinam diretamente a conclusão de um contrato, por isso são auxiliares à licitação. Servem para prospecção e realização de testes (provas de conceito, teste de amostras, etc.)[427] e catalogação (*i.e.,* formação de um banco de dados, inclusive relativo a registros de contratos executados), prévios à realização do processo de contratação de fornecedores, bens e serviços compatíveis com as necessidades das estatais. Além disso, permitem a padronização dos procedimentos, a catalogação de bens e serviços e verificação de fornecedores aptos a contratar com estatal, inclusive por meio do histórico de execuções de contratos já prestadas para a própria estatal, agilizando e diminuindo os custos para preparação das contratações realizadas pelas estatais.

Tal prospecção, padronização e catalogação de fornecedores e objetos se dá no âmbito de um processo administrativo, observando-se todas as garantias inerentes a esse tipo de relação. Depois, a decisão proferida nesses processos poderá ser utilizada em outros processos de licitação, agilizando parte do processo de contratação, como a fase de habilitação e exame sobre a efetividade da proposta.

Logo trata-se de ferramenta que visa a apresentar ao gestor opções para cumprir uma das diretrizes do processo de licitação: a "padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos" (art. 32, I) para que se assegure a seleção de uma proposta vantajosa observando-se o princípio da eficiência (art. 31).[428]

---

[427] No caso da pré-qualificação objetiva (de produtos), Marçal Justen Filho entende que, em princípio, não seria possível "cogitar de pré-qualificação objetiva sem exame direto ou indireto de amostras, sem a realização de testes ou experimentos (...) Afigura-se que o procedimento de pré-qualificação destina-se precisamente a uma avaliação específica e aprofundada sobre a qualidade de um objeto apresentado por um particular. Essa avaliação específica envolve conhecer o objeto de modo concreto, sem se ater apenas a descrições teóricas. Portanto, não teria sentido produzir uma pré-qualificação para o exclusivo efeito de receber documentos sobre a qualidade do objeto, sem adotar providências para comprovar concretamente essa qualidade. No entanto, não se pode descartar a possibilidade teórica de que, em alguma situação, possa ser admitida a pré-qualificação sem o exame de amostras. Isso envolverá, no entanto, hipóteses muito diferenciadas, que não se enquadram na rotina usual de contratações públicas" (Ibid., p. 346).

[428] GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 595.

Tal padronização deve se ater a objetos que permitam ser tratados de forma uniforme para ganho de escala. Assume-se que esses processos fazem muito sentido para as contratações não diretamente relacionadas ao objeto social da empresa, especialmente para aquisição de bens de uso diário e serviços recorrentemente necessários para a estatal[429] – reduzindo os custos e o tempo das licitações mais comuns.

Em casos de complexidade e características únicas da contratação, a padronização deve ser evitada, a fim de que o contrato possa ser utilizado para regulação e obtenção de propostas elaboradas de acordo com as especificações técnicas exigidos e os riscos inerentes à sua execução.

Nos processos auxiliares, não há geração de um benefício contratual direto para a estatal ou para os participantes do processo, mas há decisões com eficácia declaratória e constitutiva. Por meio deles, são declaradas a aptidão de produtos e fornecedores, constituindo os particulares em posições mais favoráveis em outros procedimentos de contratação.[430] Daí sua natureza processual, mas auxiliar, conforme explica Marçal Justen Filho.[431]

Por outro lado, a participação no processo constitui um ônus para o interessado em contratar com as estatais, que caso não observado poderá gerar desvantagens ou o impedimento de participação em licitações.[432]

Os cadastros também podem servir os processos de contratação em relação à escolha de parceiros e contratados para execução de objetos diretamente relacionados ao objeto social da empresa. O fato de empresas já estarem cadastradas e pré-habilitadas a contratar com as estatais gera mais segurança jurídica para o gestor ao realizar a contratação. Além disso, tais procedimentos

---

[429] Isso fica bastante evidente no caso do catálogo eletrônico de padronização, que só pode ser utilizado "em licitações cujo critério de julgamento seja o menor preço ou o maior desconto e conterá toda a documentação e todos os procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento" (art. 67, par. único, da Lei 13.303/2016). A afirmação acima também é válida para a pré-qualificação permanente, que se diferencia da pré-qualificação da Lei 8.666/1993, justamente porque pode ser aplicada a qualquer tipo de contratação, conforme ensina: BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 420.

[430] JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos Auxiliares das licitações... cit., p. 335.

[431] Ibid., p. 332. Para Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr, tais procedimentos não são auxiliares, mas complementares à licitação, porém não detalham o motivo pelo qual o termo teria sido utilizado incorretamente pelo legislador (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 250).

[432] JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos Auxiliares das licitações... cit., p. 348.

tendem a reduzir o formalismo e permitir que as estatais busquem de verdade (testando e aprovando bens e serviços) fornecedores capazes de lhe gerar os benefícios perquiridos e justificar as exigências editalícias e os orçamentos previstos para a contratação.[433]

A Lei 13.303/2016 estabelece parâmetros básicos para o desenvolvimento dos procedimentos auxiliares por ela instituídos. Condiciona que a eficácia dos dispositivos seja verificada após a sua regulamentação interna, com exceção do Sistema de Registro de Preços (art. 66), que ainda depende da elaboração de Decreto próprio do Poder Executivo.[434]

O regulamento é a oportunidade para que a estatal integre a aplicação de todos os processos auxiliares,[435] estabeleça prazos processuais para realização das etapas e questionamento das decisões,[436] inclusive para exame de documentação e amostras, aponte para quais procedimentos será oportunizada a participação de terceiros[437] e determine diretrizes de padronização e categorias de

---

[433] Nesse sentido, vale a constatação de Marçal Justen Filho sobre a inadequação do formalismo (*i.e.,* exigência de documentação que não necessariamente retrata a realidade) como tentativa de avaliação da vantajosidade de uma proposta. Para o autor "Essa solução foi largamente praticada ao longo do tempo no brasil e tem propiciado resultado nem sempre satisfatórios. Assim se passa porque os requisitos e critérios formais costumam dissociar-se da realidade concreta. O sujeito contratado não disporá de efetivas condições para executar o contrato ou a prestação por ele executada não será adequada para atender às necessidades do contratante (...) A Administração Pública não pode prescindir de soluções de cunho formalístico que propiciam uma solução abstrata e genérica para situações complexas. Mas a adoção exclusivamente de soluções formalistas é insuficiente. É indispensável agregar às avaliações formalistas também a análise de questões materiais e concretas. (...) A pré-qualificação permanente é uma solução que se insere nessa linha de soluções. Fornece à Administração Pública um instrumento de verificação da situação concreta da qualificação do licitante e da qualidade do produto" (JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos Auxiliares das licitações... cit., p. 334-335).

[434] Chega-se a sugerir até mesmo "preguiça" do Legislador ao abordar o procedimento de registro de preço, considerando a réplica do modelo inserido na Lei 8.666/1993 (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 255). Há posição doutrinária indicado que o Sistema de Registro de Preços, salvo disposição regulamentar diversa (como no caso da Petrobras, por exemplo), pode ser utilizado pelas estatais, valendo-se da técnica da analogia para utilização o Decreto Federal que regula o sistema de preços do RDC: BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 437. A dificuldade de utilização de tal sugestão se dá em razão da diferença de regime de contratação entre as empresas estatais e a Administração Pública e utilização da ferramenta da "carona", por exemplo.

[435] Tratando dos benefícios da conjugação do catálogo eletrônico de padronização com os demais procedimentos, ver: BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 446.

[436] Note-se que a todo processo criado pela estatal aplicam-se os princípios e regras do processo administrativo geral, conforme exposto no segundo capítulo da presente dissertação. A partir dessas normas é possível disciplinar a matéria, como sugere Marçal Justen Filho ao tratar da pré-qualificação no âmbito do RDC: JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos Auxiliares das licitações... cit., p. 351 e ss.

[437] No caso do catálogo eletrônico de padronização, em que mais do que padronizar requisitos se estabeleça a preferência por um determinado bem, Marçal Justen Filho entende que: "a produção da decisão de padronização dependerá da observância de um procedimento próprio e adequado.

qualificação e registro[438] para que seu uso seja efetivo nas licitações e processos de contratação.

Ponto que merece reflexão diz respeito à possibilidade de as empresas estatais adotarem e estabelecerem outros procedimentos auxiliares à licitação, que não estejam previstos nos arts. 63 e seguintes da Lei 13.303/2016.

A Lei é omissa sobre esse aspecto. Merece crítica, em função da evolução constante dos métodos de contratação. Isso porque, caso se entenda que o rol de alternativas de processos auxiliares é exaustivo, estarão às estatais sempre à mercê do legislador para absorção de novas técnicas.

Propõe-se que quanto aos processos auxiliares à contratação direta, inclusive nos casos de inaplicabilidade de licitação, seja possível que o regulamento, com base no art. 40, inc. IV, crie novas modalidades adequadas de prospecção, avaliação e cadastramento de fornecedores, bens e serviços.[439] Tal interpretação é possível, diante da ausência de vedação e previsão específica na Lei 13.303/2016 de procedimentos auxiliares para a contratação direta e da necessidade de procedimentalização da própria contratação direta, conforme acima referido.

Além disso, e considerando o dever de que regulamento seja editado para tratar dos procedimentos auxiliares e de estarem sempre atualizados, entende-se que tais processos podem ser adaptados para encampar técnicas úteis de prospecção e cadastramento de fornecedores e bens a fim de tornar mais eficiente os procedimentos licitatórios. Assim, mesmo que se considere a lista prevista no art. 63 da Lei 13.303/2016 exaustiva, tem-se a possibilidade adotar variações em seus procedimentos.

Por fim, indica-se que não foi localizado estudos empíricos que demonstrem os benefícios e desvantagens da utilização dos procedimentos auxiliares. A comprovação estatística sobre os resultados da aplicação desses procedimentos

---

Será imperioso assegurar a todos os potenciais participantes a demonstração das vantagens das soluções ofertadas de modo que a decisão de padronização seja informada pelo conhecimento mais aprofundado possível" (Ibid., p. 382).

[438] Sobre a pluralidade de categorias para a pré-qualificação, ver: Ibid., p. 351.

[439] Como, por exemplo, o credenciamento para demandas elásticas que tornem a licitação inexigível, como explica GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Credenciamento e contratos da administração*: uma alternativa virtuosa. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/credenciamento-e-contratos-da-administracao-uma-alternativa-virtuosa. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

certamente servirá para as estatais manterem atualizados seus regulamentos e aprimorar seus procedimentos de contratação.

3.3 CONCLUSÃO PARCIAL: AFASTAMENTO DO REGIME GERAL?

O regime de contratação das estatais se afasta do modelo que se extrai do regime geral de contratação pública.

Em primeiro lugar, tem-se uma hipótese muito relevante de afastamento do processo de licitação para as contratações realizadas pelas estatais. Contratações que são relacionadas ao objeto social da empresa – o que, aqui, definiu-se como incorporadas a linha de produção do objeto social da empresa – não precisarão ser licitadas e se sujeitarão a um regime próprio de contratação da empresa estatal.

Há também uma série de hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade de licitação, mantendo-se a tendência legislativa de fuga ao regime licitatório.

Porém, existindo o dever de licitação, o gestor estará submetido a um processo regulado. Como observa Adilson Abreu Dallari "pelo menos numericamente (...) o que se tem é uma enorme lei de licitações".[440]

A aproximação do regime licitatório das estatais ao RDC abranda o caráter maximalista da Lei 13.303/2016, permitindo que as dez fases do processo licitatório, que preferencialmente segue o rito do pregão eletrônico, sejam em alguma medida regulamentadas pelo gestor. Há campo discricionário para os gestores estabelecerem, no âmbito das dez fases do processo de licitação, um rito talhado para cada objeto contratado, evitando generalizações que costumam prejudicar a contratação e, posteriormente, a própria execução do contrato.

É possível que se preveja nos regulamentos e instrumentos convocatórios procedimentos específicos para cada tipo de contratação. A estatal deve equalizar o nível de exigência dos proponentes (por meio dos "parâmetros", e não requisitos gerais impostos a toda e qualquer contratação, a ser observados para habilitação, por exemplo) de acordo com a complexidade da contratação e o mercado do bem ou serviço que se pretende contratar. Também terá à disposição mais critérios de escolha da melhor proposta, em relação ao que está previsto na Lei 8.666/1993.

---

[440] DALLARI, Adilson Abreu. Uma visão crítica sobre a lei das estatais. (In) FERRAZ, Sérgio (org.). *Comentários sobre a lei das estatais (*Lei 13.303, de 30.6.2016). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 66.

Nesse ponto, o processo parece estar mais alinhado ao reconhecimento de que a contratação realizada pelas estatais deve ser tão eficaz quanto às contratações realizadas por empresas não vinculadas à Administração Pública.

A questão é que, se a Lei 13.303/2016 for regulamentada para que se replique os mesmos processos burocráticos da Lei 8.666/1993, fugindo de adoção de modelos empresariais de contratação, ter-se-á mantida uma relação pré-contratual ainda verticalizada e pouco negocial. Em outros termos, o protagonismo da formação do contrato continua sendo do ente estatal – mesmo nos casos em que o objeto é extremamente complexo e suas especificações não são de conhecimento pleno dos gestores.

Aqui, a licitação prevista na Lei 13.303/2016, por si só, é tímida quanto ao fomento da adoção de soluções negociais e criativas em cada caso concreto.

Porém, verificam-se aberturas no sistema para que se implemente ferramentas negociais pré-contratuais (fora ou no âmbito de um processo licitatório), permitindo que as empresas estatais, para atingimento da contratação da melhor proposta, utilizem seu poder de barganha e da vontade dos proponentes de superarem seus concorrentes apresentando as melhores formas de atender a necessidade da estatal.

Isso porque, em que pese não tenha previsto expressamente tais mecanismos, a Lei 13.303/2016 não vedou a possibilidade de que o regulamento insira, nas etapas da licitação, momentos para que haja negociação dos termos do contrato a ser celebrado. Por isso, a relevância de se estudar o regulamento das estatais como uma via para o rompimento da incidência de um regime comum e geral de licitação para as empresas estatais.

É o que se passa a demonstrar no capítulo seguinte.

4 ABERTURAS DA LEI 13.303/2016 AO MINIMALISMO E À POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO

No primeiro capítulo, abordou-se o confronto entre as correntes maximalista e minimalista do regime das contratações públicas, fixando-se a premissa de que a Lei Geral de Contratação Pública (8.666/1993) é uma norma que institui um regime maximalista.

Na Lei 8.666/1993, o poder discricionário dos entes públicos para formatação de seus processos de contratação, tomada de decisão com base em negociações com os proponentes e modelagem de seus contratos é quase inexistente. O processo de contratação, com diversas formalidades, está preestabelecido na Lei e há pouco espaço e incentivo, especialmente por parte dos órgãos de controle, para inovações.

A Lei 13.303/2016 também é bastante abrangente quanto à regulação do processo de contratação. Ela delimita os espaços de incidência do dever de licitar e as formas de modelagem dos contratos que serão celebrados pelas estatais.

Há diversas normas que refletem uma concepção de Lei um pouco mais formalista. Isso decorre da percepção (intuitiva e não estatística) do Legislativo de que a imposição de formalidades no processo de contratação, por meio da licitação, servirá como um antídoto à corrupção.[441]

No entanto, dois aspectos da Lei 13.303/2016 permitem que se afaste o formalismo e implemente-se processos de contratação mais adequados ao modelo de atuação empresarial:

(1) o dever de regulamentação interna dos processos (fases, requisitos de habilitação e procedimentos auxiliares) de licitação e contratação; e

(2) a possibilidade de recebimento, pelas estatais, de projetos formulados por terceiros para a concepção do contrato e que poderão ser utilizados como gatilho para instaurar um processo de contratação.

Trata-se de previsões que atribuem um poder discricionário bastante elevado aos gestores e que podem internalizar, na cultura das empresas estatais,

---

[441] Remete-se ao terceiro capítulo da presente dissertação, em que se aborda o contexto da promulgação da Lei 13.303/2016.

a ideia de tornar os contratos um ambiente mais negocial e adaptado aos processos de decisão próprios da atuação empresarial.

Tais alternativas são reforçadas pela ideia de obrigação como processo, verificada no segundo capítulo da presente dissertação. A formatação do processo de contratação e a participação de todas as partes é fundamental para o sucesso da execução do contrato.[442]

Ou seja, não se pode conceber o processo de contratação como mera formalidade ou apenas uma tentativa de controlar a corrupção. É preciso que se pense numa estrutura que garanta a tomada de decisões coerentes com as necessidades a serem satisfeitas, seja mais consensual (quando assim for oportuno), e gere o adimplemento satisfatório do contrato celebrado pela estatal.

4.1 O REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÃO: POSSIBILIDADE DE QUEBRA DE UM MODELO DE CONTRATAÇÃO ÚNICO E RÍGIDO?

O regulamento de licitações e contratos vem sendo tratado como um dos principais aspectos da Lei 13.303/2016 pela doutrina.[443] As estatais devem editar e manter um regulamento próprio. Trata-se de ferramenta, típica de uma concepção minimalista de licitação, que pode concretizar a ideia de que cada empresa adeque sua atuação ao mercado para o qual foi constituída (art. 173, §1º, da Constituição).

4.1.1 Competência para aprovação e atualização do regulamento

4.1.1.1 Alteração da lógica empregada pelas Leis anteriores

A previsão da Lei 13.303/2016, de que as estatais devem editar e manter um regulamento próprio de licitações e contratos, não é nova. A Lei 8.666/1993 contém previsão para que as empresas estatais editem “regulamentos próprios” (art. 119). O parágrafo único da disposição condiciona a eficácia do regulamento à aprovação por autoridade da Administração direta à qual a estatal está vinculada.

---

[442] Conforme leciona Sérgio Resende de Barros: “A complexidade do objeto e das condições dos contratos exige a negociação e a colaboração com o particular não só na execução contratual, mas já na fase pré-contratual, pois das avenças pré-contratuais depende o êxito do contrato. No fundo, dirigismo pré-contratual e dirigismo contratual se completam e continuam” (BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 168).

[443] Ver: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*. Cit., p. 38.

A doutrina relata que a previsão se revelou tímida (pouco eficaz) diante da exaustividade dos procedimentos previstos pela Lei 8.666/1993[444] e da inexistência de competência regulamentar atribuída aos órgãos das empresas estatais.[445] O regulamento teria de ser submetido à aprovação de uma autoridade que nem sequer compunha o organograma que gere as empresas.

A Lei 9.478/1997, que pretendeu implementar um regime diverso para as contratações das estatais de energia e petróleo, manteve a atribuição a uma autoridade externa à estrutura da empresa estatal pela aprovação do regulamento.

Seu art. 67 previa que o procedimento licitatório da Petrobras seria definido por decreto do Presidente da República, porém sem submetê-lo à observância das normas da Lei 8.666/1993. Com base nessa disposição, o regulamento da Petrobrás foi aprovado pelo Decreto 2.745/1998. Essa era a fórmula buscada para a reforma do modelo de licitação fundado na Lei 8.666/1993.[446]

Porém, o mencionado dispositivo sempre foi questionado em função da Lei 8.666/1993 e da Constituição, entre outras razões, por atribuir genericamente a um decreto a implementação de regras diversas do regime geral de contratação.

---

[444] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 237; CALASANS JUNIOR, José. *Licitação e contratação nas empresas estatais*... cit., p. 47. Além disso, relatam André Rosilho e Larissa Santiago Gebrim que: "A intenção da Lei nº 8.666/93 de criar um único regime geral de licitações fica ainda mais nítida a partir da leitura do seu art. 119. Nele, apesar de estar prevista a possibilidade de empresas estatais gozarem de regulamentos próprios de licitação, afirma-se que elas (empresas estatais) deveriam continuar 'sujeitas às disposições desta Lei' (art. 119, in fine). Ou seja, poderiam editar regulamentos próprios de licitação, mas não ficariam desobrigadas de seguir as normas da Lei Geral de Licitações e Contratos. O diploma normativo acena com a possibilidade de edição de regulamentos próprios de licitação, mas, na prática, amarra as empresas estatais aos seus dispositivos" (ROSILHO, André; GEBRIM, Larissa Santiago. Op. cit.)

[445] BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 267.

[446] Em 2009, sugeriu-se ser preciso: "resgatar um mecanismo que vigorou no Brasil até a edição da Lei nº 8.666/93, isto é, a possibilidade de as entidades estatais de direito privado adotarem regulamentos próprios de licitação, observados alguns parâmetros gerais. (...) O objetivo é dar flexibilidade para os Chefes do Poder Executivo aprovarem regulamentos próprios para as empresas e fundações estatais. É preciso resgatar esta ideia – ideia esta que, ao contrário do que se diz, foi bastante positiva. Para fazê-lo, no entanto, é preciso ter muita cautela. Poder-se-ia, por exemplo, introduzir a obrigatoriedade da consulta pública prévia a edição desses regulamentos, da qual participariam o Ministério Público, o Tribunal de Contas e a sociedade como um todo, fazendo críticas. Assim, será possível manter intactas as ideias fundamentais da licitação, sem que a questão da eficiência, do peso e do custo fique em segundo plano. Somente através destes mecanismos será possível pôr um fim ao movimento de fuga do direito administrativo por meio das fundações de apoio. Creio, portanto, que é preciso retornar ao sistema anterior atentando para elementos a que o Decreto-Lei nº 2.300/86 não atentou, fato este que deu margem a discussões, problemas e regulamentos inadequados" (SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar… cit., p. 25).

Aqueles que defendiam sua validade e constitucionalidade, sustentavam que os regulamentos normativos poderiam inovar o disposto na Lei.[447]

A Lei 13.303/2016 eliminou a discussão. O estatuto não impõe a necessidade de aprovação da autoridade superior (externa aos quadros da estatal) para aprovação de um regulamento próprio para regulamentação de uma Lei que estabelece normas gerais (e até mais específicas) sobre o processo de licitação.

Passa-se a prestigiar os órgãos empresariais quanto à tarefa de elaborar e aprovar o regulamento de contratação, considerando os problemas enfrentados por eles no dia a dia da gestão.[448] O legislador, então, atribuiu aos órgãos societários da empresa estatal, que opera em regime diferenciado do Chefe do Executivo, uma liberdade de atuação necessária para a administração da empresa.

Além disso, os arts. 89 e 90 limitam o exercício da supervisão e ingerência dos entes aos quais as estatais estão vinculadas (*i.e.,* autoridade de nível hierárquico superior):[449]

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

---

[447] "(...) já tive oportunidade de sustentar que a ideia de que os regulamentos não *inovam* no ordenamento jurídico se encontra hoje totalmente superada. Caso se limitassem a repetir sacramentalmente as palavras do legislador, seriam eles de todo inúteis. Todo regulamento contém algum conteúdo inovador, dentro dos limites permitidos pela Constituição e pela lei. E isso há de ser admitido mesmo em relação aos chamados *regulamentos de execução*, cujo papel é o de detalhar ou explicitar as diretrizes genéricas contidas na lei, com vistas a segurar a sua fiel execução (CF, art. 84, IV). (...) No caso específico do Decreto nº 2.745/98, há ainda uma razão mais contundente para que se tenha como válido o seu caráter *inovador*. É que a matéria de licitações inclui-se, sem dificuldades no tema geral da 'organização e funcionamento da Administração Pública'. Ora com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, a redação do art. 84, VI, 'a', da Constituição foi alterada precisamente para passar-se a admitir a edição dos chamados regulamentos autônomos sobre organização e funcionamento da Administração" (BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. *Fórum de contratações e gestão pública*, ano 6, n. 68, ago. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=46766. Acesso em: 7 set. 2009).

[448] Discorda-se de Cesar Pereira quando afirma que o regulamento serviria apenas como uma "consolidação interna de procedimentos" (PEREIRA, Cesar. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 350). A Lei 13.303/2016 reservou um espaço maior de discricionariedade e uma finalidade diversa ao regulamento do que a simples reunião de procedimentos.

[449] Sobre a abrangência do controle tutelar (e não de subordinação) exercido pelo Poder Executivo sobre as estatais e a influência da interpretação doutrinária em relação aos mencionados dispositivos da Lei 13.303/2016, ver: FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 340 e ss.

> Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas. (Grifo nosso)

Considerando o exposto, entende-se que a Lei 13.303/2016 vedou que, na criação das novas estatais, não se atribua ao órgão da própria estatal a competência para se auto-regulamentar. Implementou-se uma "esfera normativa autônoma", pois os órgãos das estatais devem estar imunes "contra as ingerências que a elas venham a ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência da própria Constituição (...)".[450]

4.1.1.2 Os órgãos competentes pelo regulamento

A Lei 13.303/2016 não define qual o órgão da estatal responsável pela aprovação do regulamento. A opção é válida em função das peculiaridades estruturais de cada empresa estatal. No âmbito federal, o art. 71, §1º do Decreto 8.945/2016 determina que o regulamento será aprovado pelo seu Conselho de Administração ou, caso não exista o Conselho, pela Assembleia Geral.

No Paraná, a Lei Estadual 19.188/2017 impôs ao Conselho de Controle das Empresas Estaduais, que exerce função de estabelecer "diretrizes para orientação de práticas de governança corporativa e controle interno" (art. 1º, inc. I, da Lei Estadual 18.875/2016),[451] o dever de editar "modelo de regulamento de licitações no prazo previsto no art. 91, da Lei Federal nº 13.303, de 2016" (art. 2º).

Ao examinar a eficácia do "modelo de regulamento" proposto pelo Conselho, o Grupo Permanente de Trabalho de Licitações e Contratos da Procuradoria Geral do Estado, com base no art. 89 da Lei 13.303/2016, opinou que:

---

[450] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. *Revista de direito administrativo*, v. 225, jul./set. 2001, p. 128.

[451] Trata-se de Conselho que parece assumir a função sugerida por Carlos Ari Sundfeld para repartição de riscos de responsabilização pelos processos de contratação adotados pelos gestores das estatais. Para o autor os Conselhos podem ter "a finalidade de fazer padronizações (de editais, de equipamentos, etc.), editar instruções, solucionar dúvidas, editar súmulas, enfim, trabalhar permanentemente na unificação de soluções, diminuindo o contencioso individual. O objetivo seria retirar de cada procedimento licitatório as questões que se repetem e trazê-las para o conselho – que poderia, inclusive, negociar mais adequadamente com os órgãos de controle (com Ministério Público e com os tribunais de conta). Assim, poderia haver um amplo processo de entendimento, não se deixando, então, o administrador público isolado ao tomar decisões diante da pressão do caso concreto" (SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar… cit., p. 27).

> (...) cada uma das empresas poderá, de acordo com a deliberação administrativa neste sentido pelo Conselho de Administração, no exercício de sua autonomia, se valer do modelo elaborado pelo CCEE como uma referência para elaboração de seu próprio regulamento interno que deverá ser ajustado e adequado às suas especificidades e particularidades, de modo a dar integral cumprimento ao dever jurídico fixado no art. 40 da referida Lei das Estatais.[452]

No caso da Companhia Paranaense de Energia (COPEL), seu regulamento interno foi aprovado por sua Diretoria, determinando, em seu item 1.3, que:

> (...) as alterações do presente Regulamento sejam coordenadas pela Diretoria Jurídica e de Relações Institucionais – DRI, com apoio da Diretoria de Gestão Empresarial – DGE e da Diretoria de Governança, Risco e Compliance – DRC, submetendo-se a novo processo de aprovação por esta Diretoria, exceto quando:
> I - se tratarem de alterações de Norma interna da Copel, sendo a aprovação, nesse caso, de responsabilidade da Diretoria de Gestão Empresarial;
> II - se tratarem de alterações das minutas padronizadas de editais e contratos referentes a procedimentos licitatórios disciplinados no presente Regulamento, sendo a aprovação, nesse caso, de responsabilidade da Diretoria Jurídica e de Relações Institucionais – DRI.[453]

O regime geral das estatais indica uma diretriz básica que faz valer a escolha pela adoção da técnica empresarial: a competência atribuída aos órgãos empresariais, que são os primeiros a terem acesso aos dados sobre a eficiência da atuação da empresa, por definir a dinâmica das contratações, considerando a missão de atingir as finalidade previstas no objeto social e na Lei que as criou.[454]

Do ponto de vista societário, pode-se considerar a força institucional da empresa e a teoria organizativa para explicar a vinculação do ato regulamentar, a relação de independência da atuação dos órgãos societários e a compatibilização de interesses na empresa.[455]

Atribuindo-se a aprovação do regulamento ao Conselho de Administração, abranda-se a interferência da vontade direta do acionista controlador na definição das diretrizes e regras que serão adotadas no âmbito das contratações. Conforme

---

[452] PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARANÁ. Protocolo n. 15.122.221-8. Parecer n.19/2018 – PGE. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/192018.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

[453] Disponível em: http://www.copel.com/hpcopel/fornecedores/sitearquivos2.nsf/arquivos/regulamento_interno_licitacoes_contratos/$FILE/Regulamento%20_Interno_Licitacoes_e_Contratos.pdf. Acesso em: 18 de set. de 2019.

[454] "(...) uma vez definidos clara e adequadamente os objetivos a serem buscados pela sociedade estatal, o Estado deve se abster de interferir nas questões operacionais da companhia, dando liberdade para os órgãos societários (...)" (FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 355).

[455] PINTO JUNIOR, Mario Engler. Op. cit., p. 297 e ss.

ensina Mario Engler Pinto Júnior, o enfoque dos administradores deve ser o "interesse da companhia", não se resumindo "ao atendimento das expectativas financeiras dos acionistas, mas inclui[ndo] a preservação da empresa enquanto unidade produtiva e o cumprimento da função social direcionada ao público relacionado".[456]

Tal tarefa recomenda a atuação processual do órgão responsável. No uso de seu poder discricionário, deve estabelecer e justificar as vantagens de se adotar determinadas regras para tornar o processo de contratação mais eficiente em prol da satisfação do interesse coletivo que justifica a própria existência da empresa estatal.[457] E isso se dá por meio de atas de reuniões, decisões motivadas com base em pareceres técnicos e outros atos societários previstos no estatuto.

4.1.2 Natureza jurídica do regulamento interno

Diante da competência atribuída aos órgãos societários para elaboração e atualização do regulamento, não se pode negar a natureza eminentemente empresarial do ato regulamentar.

Trata-se de um instrumento interno, aprovado com base em atos praticados pelos administradores (no âmbito das estatais federais, pelo Conselho de Administração), cuja finalidade é institucionalizar e especificar as orientações a serem seguidas pelos gestores das empresas estatais durante a realização das contratações e execução dos contratos.

O regulamento é uma norma autônoma, concebido por um agente submetido às normas previstas na Lei 6.404/1976 (art. 16 da Lei 13.303/2016).[458] Para Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma:

> O regulamento é, na verdade, expressão da natureza privada das estatais. Logo, ressalvadas as exceções examinadas abaixo, cuida-se de um ato interno que não tem *status* normativo em sentido próprio, mas sim representa a concretização da capacidade de as pessoas jurídicas de Direito Privado organizarem suas relações. Sua natureza é similar aos

---

[456] PINTO JUNIOR, Mario Engler. Op. cit., p. 445.

[457] Recomendando a utilização do processo, no âmbito das estatais, como técnica para concretização de "normas que veiculam conceitos jurídicos indeterminados", confira-se: Ibid., p. 283.

[458] "O administrador não é tecnicamente um representante do Estado e nem se equipara a agente público, embora possa legitimamente perseguir o interesse público em detrimento da finalidade lucrativa sem desrespeitar o dever de lealdade para com a companhia" (Ibid., p. 462).

> documentos previstos na primeira parte da Lei das Estatais, que exigem a edição de Código de Condutas e similares. Embora "regulamento" seja um termo impregnado de sentido para o Direito Administrativo, ele escapa à sua conceituação clássica. Tanto é assim que a produção do regulamento é ato puramente interno à estatal, que dispensa qualquer ingerência política da Administração direta. O tema está inserido plenamente na autonomia administrativa das estatais, o que confirma a natureza privada do regulamento previsto no art. 40. Caso se cuidasse de um ato de natureza propriamente pública, necessariamente deveria haver o concurso da autoridade da Administração direta para sua produção.[459]

A questão que deve ser aprofundada do excerto acima é se a produção do regulamento é um ato puramente interno e privado à estatal?

Em primeiro lugar, está claro que as normas previstas no regulamento incidirão em relações pré-contratuais e contratuais estabelecidas com terceiros. Portanto, há normas, definidas unilateralmente pela estatal, que transcendem e podem vir a atingir a esfera jurídica de particulares (regras sobre aceitação das propostas e habilitação dos proponentes, aplicação de sanções, disposições sobre a mutabilidade dos contratos e sobre a extinção dos contratos).[460]

Logo, há regras do regulamento que devem ser (e são também talhadas para serem) observadas por terceiros, sobretudo se assim estiver expresso no termo de adesão aos procedimentos de contratação. Isso atribui ao ato (regulamento) uma natureza pré-contratual, que se vinculará ao instrumento convocatório para formulação de propostas – quando se constatará a eficácia concreta do ato regulamentar.[461] Mais do que isso, tem-se a concepção de condições gerais de contratação que podem incidir diretamente nas relações contratuais, pela adesão do contratado, às quais o regulamento se aplicará.[462]

---

[459] GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 241. O trecho final do excerto é interessante na medida em que corrobora a ideia de que, caso o regulamento fosse produzido por uma autoridade pública (agindo de externamente à estatal), haveria maior incidência das regras de direito público quanto à produção e ao controle do ato.

[460] No âmbito do direito civil, tem-se a seguintes constatações: "As condições gerais podem ser entendidas como regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão, que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente (...) As peculiaridades das condições gerais impõem soluções que ultrapassam o âmbito de interesses do direito, de modo a controlar e inibir os abusos, refletindo a necessária coexistência entre os interesses do pública e da empresa que as utiliza" (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: Contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119-120).

[461] MELO, Diogo L. Machado de. Op. cit., p. 74.

[462] "A predisposição significa o ato de fazer existir juridicamente as cláusulas contratuais gerais e se revela de formas variadas (avisos, documentos, prospectos, regulamentos, instruções, etc.). (...) Quando se fala que as cláusulas contratuais gerais são predispostas, significa dizer que estas são organizadas ou redigidas previamente pelo proponente, a ser oferecido ao aderente, que, em momento posterior, aceitará ou não o futuro contrato. São pré-redigidas antes do consenso, fixadas com anterioridade ao começo da fase contratual. (...) as cláusulas contratuais gerais se formam e

Por fim, há de se retomar a ideia de regime das empresas estatais, que é *sui generis* por ser formado por regras e princípios que regulam tanto a atuação dos privados como da Administração Pública.[463] Dessa forma, ainda que se afirme que o regulamento interno de licitações tenha natureza privada, isso não quer dizer que sobre sua elaboração e seus efeitos não incidam normas de direito público.[464]

Daí a sujeição do ato regulamentar a um controle mais intenso do que o controle dos atos praticados por empresas privadas, sobretudo porque o regulamento das estatais deve conter previsões que conduzam ao atingimento das finalidades públicas que justificam sua existência. Se os atos praticados no regulamento extrapolam tais finalidades ou se revelam contrários às leis que conformam a atuação das estatais, podem ser objeto de controle.[465]

Assim, a Lei 13.303/2016 garante autonomia discricionária[466] necessária para que a estrutura societária da empresa estatal possa gerir a empresa.[467] Porém, as normas de direito público também incidirão sobre tais atos, admitindo-se a possibilidade de atuação dos órgãos de controle sobre o procedimento para aprovação do regulamento, considerando também os efeitos que as previsões podem gerar face aos terceiros que contratarão com as estatais.

4.1.3 Função do regulamento interno

A Constituição Federal definiu, como condição fundamental para que a técnica empresarial pelo Estado seja empreendida com eficiência, que as empresas

---

existem juridicamente em momento anterior ao futuro contrato, e sua formação não se confunde com a formação do contrato de adesão" (MELO, Diogo L. Machado de. Op. cit., p. 73).

[463] Reporta-se ao primeiro capítulo da presente dissertação sobre o regime aplicado às estatais.

[464] O tema será retomado mais adiante ao se tratar dos limites impostos ao regulamento.

[465] Que poderá ser provocado pelos privados por ocasião da publicação do instrumento convocatório ou durante a execução do contrato, quando os efeitos do regulamento se concretizam.

[466] E esse é o termo utilizado por: BINENBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na lei das estatais (Lei nº 13.303/2016). (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, ANA; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 205-233.

[467] Com a seguinte ressalva: "A posição majoritária parece se, no entanto, no sentido de entender que a Administração nunca é dotada de uma autonomia privada exatamente idêntica à dos particulares. Estando a Administração não apenas autorizada, mas verdadeiramente obrigada a prosseguir o interesse público, esse dever vincularia os entes públicos a obedecer a critérios objetivos e legais. À Administração parece, assim, caber apenas as formas jurídico-privadas e não a liberdade ou as possibilidades que a autonomia privada proporciona. A ideia da vinculação da Administração à lei impediria a existência de uma verdadeira liberdade contratual, idêntica à do Direito Privado" (ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 181).

estatais possuam mecanismos de atuar com igualdade em relação aos privados no mercado em que estão presentes. Tal condição pressupõe a possibilidade de que as empresas ajustem suas regras de governação (inclusive, de contratações) à sua realidade. [468]

Uma Lei abrangente engessa a atuação empresarial, tolhendo uma das principais virtudes da escolha da técnica empresarial para atuação da administração: a flexibilidade para adaptação aos anseios de cada um dos mercados.[469]

Por esse motivo, o regulamento, com a flexibilidade que a Lei 13.303/2016 proporciona, é fundamental. Sobretudo diante das constatações obtidas no primeiro e segundo capítulo do presente trabalho, em que se demonstrou (1) as diferentes frentes em que a técnica empresarial é utilizada; (2) as diversas contratações realizadas pelas empresas; e (3) a alternância da incidência de regras de direito público e privado em função das finalidades a serem obtidas pelas empresas estatais – circunstância que, por si só, já inviabiliza a definição de um regime único e estanque para atuação de todas as empresas estatais.[470]

O regulamento se revela como abertura para desconstrução de um modelo rígido e maximalista que impera no âmbito das contratações públicas.[471] Por outro

---

[468] Numa análise mais ampla, Vitor Rhein Schirato relata que: "A Administração Pública controladora e fiscalizadora da prestação de tais serviços por particulares passa, após os processos de privatização e remodelagem, a se deparar com uma série de novas questões, tais como o controle e disciplina da prestação concorrencial, o estabelecimento de marcos de qualidade e universalização, a existência de agentes atuantes sob regimes distintos (serviço público e atividade econômica) etc. (...) Nesta senda, com a remodelagem da prestação dos serviços públicos (de forma mais restrita) e a remodelagem da atuação do Estado no domínio econômico (de forma mais ampla, posto que passa a incluir outros setores que não apenas os setores dos serviços públicos, como o setor da indústria petrolífera, por exemplo) advém a necessidade da adoção de novos instrumentos de atuação da Administração Pública. Tais instrumentos devem ser consentâneos com a nova realidade subjacente, que passa a apresentar novas demandas e novos problemas, que devem ser solucionados pela atividade administrativa. (...) Essa conjuntura factual leva o Estado a ter que se adaptar à nova realidade, a qual passa a apresentar demandas muito mais complexas do que as anteriormente existentes. Resultados passam a ser muito mais importantes do que meios, em respeito ao princípio da eficiência, guindando a princípio constitucional, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1988" (SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. (In) ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 503).

[469] "(...) o Regulamento (...) é veículo de promoção de flexibilização das relações negociais das empresas" (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 240). E não se confunda flexibilização dos meios com a ausência de controle de resultados e de legalidade.

[470] BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 269.

[471] "(...) Com procedimentos, critérios e parâmetros bem definidos, é razoável estimar que os colaboradores das estatais se sintam mais confortáveis, mais seguros e estimulados a encarar os desafios e as novidades da Lei 13.303/16, tomando decisões libertas do velho regime

lado, tal ferramenta não abre mão de conferir segurança jurídica (1) aos gestores na escolha das decisões às contratações realizadas.[472] ; e (2) a todos que se relacionarão com a empresa estatal (inclusive, aos seus acionistas).[473]

Por isso, "a função do regulamento não é repetir, de modo estéril, as normas legais", mas "promover o efetivo ajuste entre as normas de índole geral previstas no ato normativo primário e os contratos a serem celebrados".[474] Ou seja, o regulamento "deve ser percebido como um instrumento para adequar as regras, genericamente criadas pelo legislador, às especificidades da estatal".[475]

Logo, a imposição legal às empresas do dever de editarem regulamento próprio exige que o intérprete examine o extenso rol de regras gerais sobre o processo de licitação da Lei 13.303/2016 como um verdadeiro mapa em que os administradores das estatais poderão definir previamente os caminhos mais adequados para suas empresas (incluindo-se suas subsidiárias) contratarem bens, serviços e obras.[476]

O regulamento de licitação terá papel importante no desenho de todas as fases do processo de contratação até a execução do contrato pelas estatais.[477]

---

excessivamente burocrático baseado na Lei nº 8.666/93" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 37).

[472] OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 137-138. José Calasans Junior entende que a falta de tratamento exaustivo, pela lei, sobre algumas matérias pode gerar insegurança jurídica aos interessados em contratar com as estatais. O Autor assevera que: "a possibilidade de surgimento de regras procedimentais não uniformes, ou mesmo conflitantes, o que representará insegurança para os interessados em contratar com as empresas estatais" (CALASANS JUNIOR, José. *Licitação e contratação nas empresas estatais*... cit., p. 47). Discorda-se do Autor, pois a Constituição não determina que o estatuto das estatais seja permeado de regras exaustivas a serem aplicadas indistintamente a todos os tipos de estatais. A figura do regulamento na Lei 13.303/2016 visa a abrandar o maximalismo que assolava as contratações das empresas estatais, permitindo-lhes que o processo de contratação adotado seja o mais adequado para o mercado em que ela atua e para os fins que se busca atingir por meio do referido processo.

[473] Vale aqui a relação feita entre o poder normativo das agências reguladoras e o princípio da legalidade por Vitor Rhein Schirato: "é de se asseverar que o poder normativo das agências reguladoras acaba por ser elemento essencial da previsibilidade da atuação da Administração Pública, pois, por integrar a legalidade de acordo com a noção ampla apresentada anteriormente, é fonte normativa que vincula a atuação administrativa. Considerando-se a baixa densidade normativa das leis criadoras das agências reguladoras, verifica-se enorme discricionariedade conferida às agências. Tal discricionariedade acaba por encontrar em diversas oportunidades limites nos atos normativos das agências reguladoras, o que tende a aprimorar a segurança jurídica e a confiabilidade das relações entre Administração Pública e particulares" (SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes... cit., p. 522).

[474] GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 241.

[475] BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 268.

[476] Gustavo Schiefler fala em descrição do "fluxograma procedimental" (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. As inovações do procedimento licitatório... cit., p. 178).

[477] Ibid., p. 178.

Entre o início do processo de contratação, se haverá a incidência da licitação, e a execução do contrato, questões importantes sobre a modelagem e formalização do contrato, ocorridas no Brasil ou no exterior,[478] devem ser objeto de regulamentação pelas próprias estatais – o que altera completamente o cenário normativo ao qual a maioria das empresas estatais e seus gestores estavam acostumados a lidar.[479]

Sobre a questão da incidência ou não do dever de licitação, o regulamento assumirá papel relevante em procedimentalizar tais contratações que não seguirão o procedimento previsto no art. 51 da Lei 13.303/2016. Poderá apontar soluções inclusive para o diálogo entre a estatal e terceiros que gerará a contratação. Nessa linha, cite-se a sugestão de Gustavo Henrique Schiefler a ser incorporada nos regulamentos das estatais:

> (i) a inserção do dever jurídico de registro integral de todas as comunicações, orais ou escritas, preliminares ou posteriores à instrução do processo administrativo e à decisão pela contratação direta, evitando-se a rotineira situação em que o processo administrativo é iniciado a partir de uma nota técnica ou projeto básico que já identifica o potencial contratado, como se essa informação surgisse espontaneamente a partir de uma simples pesquisa unilateral da administração pública, ou seja, como se inexistissem comunicações prévias com o referido agente econômico; (ii) a inserção do dever jurídico de anexação de um código de conduta ética ao processo administrativo, em conjunto com o encaminhamento do documento ao agente econômico em etapa preambular do diálogo público-privado e da respectiva contratação; (iii) a disponibilização voluntária, independentemente de requisição, em tempo real, da integralidade do processo administrativo na rede mundial de computadores (internet).[480]

O regulamento também poderá especificar como as funções derivadas da licitação serão toleradas ou incentivadas ao se realizar um processo de

---

[478] Sobre as contratações realizadas por subsidiárias estrangeiras no exterior, antes da Lei 13.303/2016, remete-se ao artigo de: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Op. cit., p. 24 e ss.

[479] Embora trate apenas das prorrogações, a seguinte assertiva é precisa para destacar a maior discricionariedade dos gestores das estatais: "desde o advento da Lei das Estatais, suas destinatárias passaram de um regime consideravelmente regulado/disciplinado (Lei Geral de Licitações) para um cenário amplamente aberto e, em certa medida, até desafiador, dada a oportunidade de avançarem no tema e criarem condições mais assertivas e estreitamente relacionadas àquelas situações efetivamente recorrentes na respectiva atividade, quando da regulamentação do instituto da prorrogação contratual, de forma a assegurar juízos, tanto quanto possível, mais objetivos e imparciais" (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PIOVESAN, Filipe da Silva. Sobre a prorrogação do prazo de execução contratual nos regulamentos de empresas estatais federais: uma análise comparativa entre a Lei nº 13.303/2016 e a Lei nº 8.666/1993. *Interesse Público*, ano 21, n. 116, jul./ago. 2019. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=255321. Acesso em: 27 dez. 2019).

[480] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 290-291. Ver também o Decreto Federal 10.024/2019 que trata da figura da dispensa eletrônica.

contratação.[481] O estabelecimento de regras condizentes com o incentivo ao desenvolvimento sustentável nacional deve ser arquitetado como uma forma de agregar valor à atuação da estatal, permitir que os interessados em ofertar insumos às estatais entendam seus valores, bem como que os sócios e acionistas das empresas possam também controlar a atuação dos gestores em suas compras.

Há também aspectos da modelagem contratual que podem ser objeto de regulação, ainda que se recomende que o ato não esgote a discricionariedade do gestor para realização de ajustes contratuais em cada caso concreto.

No caso das prorrogações contratuais, a Lei 13.303/2016 não estabelece regulação, muito menos a obrigação de o administrador prever tal mecanismo no contrato. Por uma questão de segurança jurídica – considerando o disposto no art. 31, § 1º, II, *d* –, e como uma forma de contenção de desequilíbrios contratuais gerados por eventos imprevistos, modificações contratuais ou compensação de inexecução de alguma obrigação contratual, a doutrina recomenda que o contrato disponha sobre as regras de eventual prorrogação do contrato.[482] A previsão em regulamento da questão pode agregar segurança às escolhas dos gestores.

Sobre as penalidades de advertência e suspensão temporária de participação de licitação, verifica-se a ausência de qualquer outra orientação na Lei sobre as condutas que ensejariam sua aplicação. Sabe-se que ambas podem ser aplicadas em caso de inexecução total ou parcial do contrato. Logo, não se aplicariam para o caso de mero atraso no cumprimento da obrigação contratada – quando o atraso não ensejar a resolução contratual.[483] A ausência de previsões específicas na Lei 13.303/2016 sobre a questão faz com que o regulamento seja

---

[481] Nesse sentido: "Os regulamentos internos de licitações e contratos são um dos instrumentos privilegiados para as estatais concretizarem as funções constitucionais às quais estão submetidas criando critérios técnicos, econômico-sociais e jurídicos que materializem e tornem rotina, em sua prática diária, os mandamentos mais amplos da Ordem Econômica" (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit., p. 137).

[482] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 273-274. Sobre o tema ver também: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva et al. Op. cit.

[483] Do ponto de vista privado, nada impede que uma empresa decida não mais contratar outra empresa, que deixou de honrar compromissos contratuais existentes entre elas. Também, não há limitação para que entes privados pactuem que em caso de descumprimento de determinadas previsões contratuais, seja possível advertir a outra parte (até como condição para a resolução do contrato). O inverso também não pode ser descartado. Privados podem decidir contratar empresas que deixaram de cumprir compromissos anteriores. Assumirão o risco, no entanto, de confiar em empresa que por incompetência não entregou objeto semelhante ao que se pretende contratar. Provavelmente, o contratante obterá preços melhores em função deste risco. Tudo está no campo da autonomia privada.

um ambiente adequado para que se especifique os critérios proporcionais para motivação das decisões que apliquem tais penalidades, incluindo-se o procedimento que será adotado.

Isto é, aqueles que participam da contratação devem estar cientes de que se sujeitarão à aplicação de determinadas penalidades contratuais caso adotem condutas consideradas reprováveis pela empresa estatal – inclusive, de que correrão o risco de não serem mais contratadas caso descumpram o contrato.[484] No caso das suspensões de licitar e impedimento de contratar, que é a penalidade mais grave prevista na Lei 13.303/2016, faz-se necessário ter prévio conhecimento sobre os elementos que constituem "prova suficiente de que não há risco efetivo de repetição da conduta no futuro".[485] Ou seja, não basta simplesmente prever que o descumprimento do contrato caracterizará de imediato hipótese de aplicação de suspensão do direito de licitar ou de contratar.

Por isso, o problema identificado acaba retornando para as discussões relacionados à legalidade estrita (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal). A doutrina continua a defender a necessidade de que uma Lei, e não o contrato, preveja a hipótese de punição do particular (quando se está diante de sanções administrativas). Trata-se de um problema que se resolve no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Constitucional – que limita o poder punitivo do Estado.[486] Na ausência de norma legal, a solução do problema está em admitir que o regulamento e os instrumentos convocatórios tipifiquem as infrações,[487]

---

[484] "(…) a questão da suspensão do direito de licitar e contratar exige um passo adiante. Cabe reconhecer que a suspensão do direito de licitar não é sanção meramente retributiva, mas medida restritiva que se destina a prevenir danos futuros para os interesses coletivos sob o cuidado da Administração" (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Sanções administrativas na lei das empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 547).

[485] Ibid., p. 548.

[486] "A doutrina reconhece que 'tanto as sanções penais quanto as sanções administrativas têm por fundamento o mesmo poder punitivo estatal'. A configuração das penalidades administrativas é similar àquela das penalidades de natureza penal, o que resulta na aplicação de regimes jurídicos semelhantes. A orientação da política do Direito Penal deve ser a mesma do Direito Punitivo em geral, em especial do Direito Administrativo Sancionador. O art. 5º, XXXIX, da CF/1998 expressamente coloca que 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'. A simples leitura do dispositivo em questão leva à inequívoca interpretação de que não pode haver sanção sem que haja específica e determinada previsão legal" (Ibid., p. 555).

[487] "(…) cabe a atos regulamentares (decretos ou resoluções de agência reguladoras por exemplo), ao ato convocatório da licitação (edital ou convite) ou, em último caso, ao próprio contrato, na forma do art. 69, IV, especificar as hipóteses de incidência das sanções e os critérios para a sua dosimetria. Com isto, preserva-se pelo menos a noção de anterioridade da norma – ainda que contratual – e

atribuindo-lhes proporcionalmente às penalidades previstas na Lei de acordo com a gravidade das condutas descritas e com a função que a pena exerce.

Afinal, conforme observado por Cesar Pereira:

> as sanções não se aplicam apenas aos contratados, nem se referem apenas ao descumprimento do contrato. Cabe compreender que se trata de sanções dirigidas aos contratados efetivos ou potenciais, ou seja, também aos licitantes por atos ilícitos praticados no curso da licitação.[488]

As penalidades da Lei 13.303/2016 visam a garantir que o processo de contratação e a execução do contrato firmado não sejam frustrados – o que é reforçado pelo disposto no art. 84 da Lei 13.303/2016.[489] O regulamento assumirá posição fundamental para graduação das penalidades existentes, não podendo aplicar outras que não estejam previstas em Lei – como a declaração de inidoneidade, por exemplo. Atribuída tal competência ao administrador responsável pela condução da licitação, a gradação das penalidades e tipificação das condutas estará sujeita ao controle pelas autoridades competentes.

Dessa forma, e por meio do regulamento, a descrição e valoração das condutas reprováveis não é realizada por quem elabora o instrumento convocatório, mas pelo órgão competente para aprovar o regulamento. Sobraria para o instrumento convocatório especificar as penalidades às condutas reprováveis que estejam relacionadas diretamente ao objeto do contrato.

Além disso, o regulamento também pode efetivar a consensualidade na execução contratual, tratando de processos negociais relativos às modificações de contrato e à apuração de indenizações (suas etapas de provocação, celebração dos aditivos e formas de pagamento do valor ou utilização do crédito), estabelecendo a possibilidade de se utilizar "via heterocompositiva de conflitos admissível"[490], inclusive por meio de arbitragem e *dispute boards* em contratos

---

relação à infração. O licitante ou contratado tem o direito insuprimível de conhecer, antes da prática da infração, o quadro normativo que rege a sua conduta" (Ibid., p. 536).

[488] Ibid., p. 546.

[489] "Tais objetivos são gerais (descritos no art. 31 da Lei 13.303/2016) e específicos (retratados no ato convocatório). A frustração de quaisquer deles por meio de ato ilícito autoriza a aplicação das sanções" (Ibid., p. 561).

[490] LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello; WLADECK, Felipe Scripes. Alteração dos contratos das empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 515. O regulamento da SABESP prevê a possibilidade de criação de "comitê técnico de prevenção e/ou solução de disputa para dirimir conflito relativo ao contrato de obras ou serviços, cujas condições específicas estejam estabelecidas no instrumento convocatório" (art. 175).

considerados mais complexos. O regulamento poderá orientar a forma com que a arbitragem deve ser instaurada e quais os critérios para padronização de cláusulas e compromissos arbitrais.

Por fim, a doutrina aponta que as definições a serem consignadas no regulamento podem "reduzir os custos de transação a que se sujeitam as estatais".[491] Essa tendência deverá ser provada a partir da utilização efetiva e da atualização constate dos regulamentos pelas estatais.

4.1.4 Limites da regulamentação impostos pela Lei 13.303/2016

Ainda em 1999, Alice Gonzalez Borges preconizava:

> (...) é preciso frisar que as normas sobre licitação dessas empresas não ficarão exclusivamente ao seu talante nos regulamentos próprios, porque o art. 22, inciso XXVII, determina, para tanto, também o estabelecimento de normas gerais, embora diferentes daquelas aplicáveis às autarquias e fundações, porque editadas, é a dicção da Emenda. "nos termos do art. 173, §1º, III".
> Daí entender CINTRA DO AMARAL, em feliz colocação de seu voto na Comissão designada MARE para a elaboração da lei que disporá sobre o estatuto jurídico das estatais, que essa lei "terá por função estabelecer uma 'ponte', entre a Constituição e os regulamentos próprios, que, assim, teriam seu fundamento de validade na lei, e não diretamente da Constituição evitando-se instituição esdrúxula no direito brasileiro, do 'regulamento autônomo'. Portanto, a aprovação, pelas empresas estatais, de seus regulamentos próprios, estará condicionada à edição da lei a que se refere o §1º do art. 173, e esta, por seu turno, deverá estipular as normas gerais que iniludivelmente, são previstas pelo art. 22, inciso XXVII da Constituição.
> (...)
> Daí a necessidade de estabelecerem-se normas gerais regedoras da espécie, as quais deverão limitar-se a servir de orientação para o conteúdo possível dos regulamentos próprios das licitações das sociedades de economia mista e empresas públicas. Nelas, deverá ficar perfeitamente definido o que pode, e o que não pode constar dos regulamentos próprios das estatais destinados a atividades de prestação de serviços públicos comerciais e industriais.[492]

---

[491] GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 241.
[492] BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98. *Revista de direito administrativo*, v. 217, jul./set. 1999, p. 11.

Apesar de menos abrangente do que a Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 é densa na parte de contratações.[493] Na escala proposta por Alexandre de Aragão, a Lei 13.303/2016 pode ser considerada como de "grande densidade normativa".[494]

A previsão de uma certa "reserva regulamentar" sobre licitações e contratos pode ser intimidada pela quantidade de normas existentes na Lei 13.303/2016. Há um excesso de regulamentação legislativa de matérias procedimentais, sendo que em alguns pontos há dificuldade para conseguir localizar algum elemento passível de ser "personalizado" pelo administrador ao regulamentar determinada matéria. Nesses casos, há que se verificar até mesmo a necessidade de se regulamentar a matéria que, por si só, já está exaustivamente tratada pela própria Lei.

Logo, o primeiro limite ao conteúdo do regulamento está no conteúdo da Lei 13.303/2016.[495]

Por outro lado, a Lei 13.303/2016 fixa os pontos dos procedimentos que carecem de regulamentação específica para cada empresa. Portanto, há períodos da Lei em que, mais do que a baixa densidade normativa, atribui-se expressamente às estatais o dever de expedir normas sobre etapas do seu processo de contratação e execução dos contratos.

Assim, o art. 40 da Lei 13.303/2016 estabelece que o gestor deve tratar das etapas do procedimento e os sujeitos competentes em executá-los, regulamentando: o glossário de expressões técnicas; o cadastro de fornecedores; as minutas-padrão de editais e contratos; os procedimentos de licitação e contratação direta; a tramitação de recursos; a formalização de contratos; a gestão

---

[493] Segundo posição de Adilson Abreu Dallari, referendando as observações de Fabrício Mota, houve frustação das expectativas quanto à regulação desse tema, pois: "a lei é demasiadamente detalhista, produzindo efeitos negativos para a eficiência e a economicidade dessas entidades" (DALLARI, Adilson Abreu. Op. cit., p. 65).

[494] A escala foi criada a partir das "situações normativas das quais podem advir os regulamentos", focando na diferença existente entre "o grau (...) com que a discricionariedade ou o poder normativo é conferido" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade... cit., p. 120). O autor entende que as Leis de grande densidade normativa se diferenciam das leis de baixa densidade normativa, pois naquelas "a lei chega a iniciar – sem pretender esgotar – a normatização da matéria de maneira bem detalhada", sendo que nesta "a lei estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser efetuada pela Administração Pública" (Ibid., p. 123).

[495] "É forçoso sustentar que, por força do princípio da legalidade e da competência constitucional reservada ao Poder Legislativo, seja no que tange à edição de normas gerais (competência privativa da União), seja quanto à competência concorrente dos demais entes federados, há limites de conteúdo para a edição dos regulamentos próprios que não podem ser ultrapassados. (...) não há autorização para legislar sobre licitação e contratos, mas há evidente espaço jurídico para a adequação da lei no plano concreto das estatais" (GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*. Cit., p. 38).

e fiscalização de contratos; a aplicação de penalidades; e o recebimento do objeto do contrato. Complementam os termos do mencionado dispositivo:

(1) O art. 8º, §2º, I, que impõe a necessidade de previsão, em Lei ou Regulamento, sobre a possibilidade de que a empresa assuma "obrigações e responsabilidades (...) em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado";[496]

(2) O §4º do art. 31, que designa ao regulamento a definição sobre as regras do procedimento de manifestação de interesse privado;

(3) O parágrafo único do art. 63, que estabelece a regulamentação dos procedimentos auxiliares de licitação;

(4) O §2º do art. 64, que permite que as estatais restrinjam "a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento";

(5) O inciso II, §2º, do art. 66, que estabelece que a seleção realizada por meio do sistema de registro de preço ocorrerá de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

(6) O parágrafo único do art. 67, que determina que o regulamento trate do catálogo eletrônico e da forma como o instrumento será utilizado em licitações; e

(7) O §5º do art. 86, prevendo que o regulamento trate dos "critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial".

As referências expressas ao termo "regulamento" não são as únicas hipóteses em que a estatal poderá especificar soluções às regras existentes na Lei 13.303/2016.[497] Ou seja, o regulamento não deve servir apenas como instrumento de procedimentalização das ferramentas previstas na Lei. Poderá, ainda, inovar, naquilo em que a Lei 13.303/2016 não se revele exaustiva, para atingimento de contratações mais eficientes e adequadas ao processo produtivo da estatal.

Como indicado acima, tal poder regulamentar está limitado aos princípios (da Administração Pública, mas também de direito privado, conforme o art. 68), diretrizes e regras específicas da Lei 13.303/2016. Delas se extraem as finalidades

---

[496] Remete-se ao primeiro capítulo que trata dos limites da utilização da função derivada das contratações.

[497] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. As inovações do procedimento licitatório... cit., p. 179; BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 268; e BINENBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações... cit., p. 231.

e os objetivos que o processo de contratação deve atingir ao ser utilizado pelas empresas estatais, de modo que o regulamento não pode impedir o atingimento dos objetivos elencados pela Lei.

Logo, a capacidade criativa das empresas estatais, que se expressa por meio de um ato regulamentar impróprio (em função de sua essência empresarial), não pode ser tolhido. Mantendo a coerência com as premissas acima assumidas, o princípio da legalidade incide de forma negativa para estatais, que poderão fazer tudo que não esteja expressamente vedado na Lei ou que só possa ser previsto por meio de um ato parlamentar (reserva legal).[498]

Porém, a incidência do princípio da legalidade aos atos dos órgãos das empresas estatais faz com que se considere também a aplicação de outras leis que regulam a atuação da administração, como as leis que tratam de processo administrativo e as leis de acesso à informação, como condicionantes do poder regulamentar das estatais.[499]

De todo modo, tais normas não podem inviabilizar a flexibilidade da atuação empresarial. Pelo contrário, devem servir como vetores para potencializar a atuação da empresa, inclusive suas relações contratuais (que, conforme defendido acima, mesmo no âmbito do direito privado ocorrem de forma processual).

Essa é uma premissa fundamental para interpretação da Lei 13.303/2016, caso se intente afastar a ótica burocrática que há muito pauta a interpretação da Lei 8.666/1993. Há 20 anos, já propunha Sérgio Resende de Barros:

---

[498] Aliás, mesmo a aplicação do princípio da legalidade passou a ganhar uma interpretação mais ampla no Brasil. Gustavo Binenbojm explica que: “Na doutrina e jurisprudência caminha-se em direção a uma concepção ampla de regulamentos de execução. Nesse sentido, Caio Tácito explica que ‘regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completa-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos em que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157-158). Nesse sentido, tratando do poder normativo das agências reguladoras e a conformidade dos atos ao princípio da legalidade previsto nos arts. 5º, II, e art. 37 da Constituição, Vitor Rhein Schirato entende que: “uma exigência de conformidade entre lei e ato administrativo, exceto no que concerne a aspectos formais, é inviável, uma vez que transformaria a atividade administrativa em simples verificadora da ocorrência da hipótese de incidência normativa, para desencadear a consequência jurídica prevista. Muito menos pode-se exigir conformidade com relação a atos normativos, visto que o ato deve ter conteúdo e hipóteses de incidência próprios. Da mesma forma, entendemos que não se pode equiparar a Administração Pública aos particulares, o que nos leva a rechaçar a ideia de que a legalidade administrativa pode ser satisfeita com a simples não-contrariedade da lei pela Administração Pública” (SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras... cit., p.522).

[499] Posicionamento que se revela no tratamento doutrinário sobre a regulamentação da fase de negociação da licitação, por exemplo MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Cit., p. 263.

> Lei, não para flagelar o administrador com detalhes de vinculação e castigos de prevenção que, por serem mera hipertrofia de preconceitos, são inaplicáveis na prática, como tem sido fartamente comprovado. Mas, para delimitar espaços de ação, cujas dimensões não tirem a liberdade para não tirar a responsabilidade do administrador. Lei, enfim, que não formule mais do que parâmetros de discricionariedade e responsabilidade, no bastante para marcar a via e punir o desvio.[500]

Pelo exposto, e respeitados os limites extraídos da aplicação da Lei 13.303/2016 e da Constituição, o regulamento de licitação não implica delegação indevida do poder legislativo. Por essa razão, também não se descarta a previsão de ferramentas inovadoras pelo regulamento aprovado pelo Conselho de Administração ou pela Assembleia Geral da estatal.

A implementação de outras ferramentas deve se dar de forma planejada e motivada. O regulamento, que deve ser constantemente atualizado e estar de acordo as finalidades estatutárias das estatais, revela-se como um instrumento capaz de guiar o exercício, em termos ainda mais concretos, das competências discricionárias conferidas pela Lei 13.303/2016.[501]

Por outro lado, não se pode também engessar a atuação da empresa estatal com o seu regulamento. As necessidades mais urgentes, e não captadas pelo regulamento, poderão ser resolvidas por meio de outras soluções contratuais adequadas ao caso concreto.[502] O mesmo poderá ocorrer quando a solução do regulamento não se mostrar adequada a uma situação concreta.

Nesse caso, a vantagem de se atribuir ao regulamento a natureza de um ato empresarial é a de permitir ao gestor adaptá-lo de forma mais flexível, desde que **(1)** justifique a não utilização da solução fornecida pelo regulamento; e que **(2)**

---

[500] BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 155.

[501] "Sucede que a Lei 13.303/2016 traz muitas novidades, institui nova sistemática mais moderna e menos burocrática do que a sistemática tradicional fundada na Lei 8.666/1993, em que se ampliam consideravelmente os espaços de competências discricionárias dos colaboradores das estatais. O regulamento de licitações públicas e contratos deve dispor sobre os procedimentos, competências, critérios e aspectos que devessem ser levados em consideração para o exercício de tais competências discricionárias. Sem o regulamento, essas competências discricionárias serão exercidas sem parâmetros preestabelecidos, o que tende a provocar decisões equivocadas e prejudiciais às estatais" (NIEBUHR, Joel de Menezes. O regulamento de licitações e contratos das estatais. (In) FERRAZ, Sérgio (org.). *Comentários sobre a lei das estatais (*Lei 13.303, de 30.6.2016). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 245).

[502] GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., 2019, p. 242. No mesmo sentido, Pedro Ivo Peixoto da Silva não descarta a utilização de outras fontes para previsão de inovações no processo de contratação das estatais, "por mais que as inovações nesse contexto possam ter uma sustentação jurídica menos segura" (SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Op. cit., p. 14).

demonstre que os resultados obtidos foram eficientes ou que eventual resultado negativo também seria atingido se o regulamento tivesse sido observado.

4.1.5 Atualização constante da regulamentação imposta pela Lei 13.303/2016

As experiências em contratações bem ou malsucedidas são importantes para que o regulamento seja corrigido. O regulamento tem esse benefício em relação à Lei. Pode (e deve) ser alterado mais facilmente, a partir do diálogo de pessoas realmente envolvidas no processo de contratação, preparando a estatal para novos desafios e estratégias para atingimento de suas finalidades.

Para Marçal Justen Filho: "A empresa estatal deve promover a avaliação contínua da adequação de seus procedimentos de contratação. É necessário identificar soluções mais satisfatórias e eliminar aquelas ineficientes".[503] A ideia do autor posiciona o regulamento como instrumento de flexibilidade e aprimoramento das práticas adotadas nas empresas estatais.

Registros técnicos, achados de auditorias internas e externas, precedentes gerados pelos processos de controle e artigos doutrinários[504] são fundamentais para identificar pontos nos regulamentos que devem ser aprimorados (aumentando ou diminuindo a densidade normativa), diminuindo custos de transação e implementando a eficiência nas contratações e na execução dos contratos.

4.1.6 Exame dos regulamentos apresentados pelas empresas estatais

Até o dia 30.06.2018, as estatais tiveram de instituir regulamento próprio de licitações e contratos (art. 40 da Lei 13.303/2016). Para aquelas já existentes, tratou-se de oportunidade de adaptação de seu processo de contratação aos seus demais processos de atuação.

Em 2018, Pedro Ivo Peixoto da Silva organizou pesquisa qualitativa sobre a utilização efetiva de tal oportunidade pelas empresas estatais e sobre se os regulamentos estavam servindo como "instrumentos de inovação ou repetição"?

---

[503] JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação... cit., p. 290.
[504] Como por exemplo, o exame atento sobre os regulamentos e as sugestões elaboradas para o tratamento das prorrogações contratuais, propostas por CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva et al. Op. cit.

A partir dos critérios definidos pelo autor para recortar o campo da pesquisa (nível de competição com empresas privadas e a atuação em âmbito federal, diante da aplicação mais intensa da Lei 8.666/1993), o mencionado autor selecionou para exame os regulamentos das empresas do setor financeiro e da Petrobras.

Em síntese, a pesquisa revelou que os regulamentos das estatais examinados apresentaram baixíssima propensão para inovação e adaptação aos processos específicos de cada empresa estatal. Grande parte dos dispositivos dos regulamentos eram repetições da Lei 13.303/2016 ou importações de leis de contratações que não se aplicam diretamente às empresas estatais.

Quando houve inovação, parte dela se voltava para criação de órgãos de governança ou auditoria interna – ou seja, mecanismos mais direcionados ao controle do que propriamente aos resultados da contratação. Para o autor da pesquisa, que elaborou um índice de propensão a inovações e uma matriz de inovações e repetições verificadas nos regulamentos:

> É possível dizer, diante dos resultados da pesquisa, que o contexto político pode ter exercido relevante influência no processo de elaboração dos regulamentos de licitações das estatais pesquisadas. Como destacado por AMORIM NETO (2016), o cenário político à época da edição da Lei 13.303/2016 era exatamente conturbado, e a operação Lava-Jato, um dos fatores mais potentes da crise, teve como epicentro justamente os processos de contratação de uma empresa estatal (Petrobrás). É natural que esse cenário, avesso às inovações, tenha influenciado os advogados e gestores das empresas estatais na elaboração dos seus regulamentos de licitação, gerando baixo índice de inovações.[505]

Nessa linha, o próprio histórico de controle do TCU à luz da legislação anterior e uma certa cultura "burocratizadora" podem ter potencializado o receio dos administradores em se afastar das regras já consideradas válidas – ainda que não sejam as mais eficientes. O fator tempo e a falta de interlocução entre as equipes mais técnicas e os setores jurídicos também não podem ser descartados como motivo para explicar a falta de utilização efetiva dos regulamentos.[506]

---

[505] SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Op. cit., p. 78.

[506] Trata-se de hipóteses, em alguma medida, suscitadas pelo próprio autor do estudo ora referido e por Francisco Gaetani: "O que explicaria o comportamento das estatais pesquisadas? Dentre as possíveis explicações quatro se destacam: omissão da diretoria, radicalização da aversão ao risco, déficit de capacidade de inovação e opção pelo mal conhecido" (GAETANI Francisco; SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Estatais, inovações e medo. *Valor*, São Paulo, 23 out. 2019. Disponível em: https://valor.globo.com/opiniao/coluna/estatais-inovacoes-e-medo.ghtml. Acesso em: 27 dez. 2019).

Ou seja, tem-se aqui uma primeira constatação numérica da falta de inovação dos regulamentos e ineficácia da Lei em incentivar os gestores a inovar. Tal avalição numérica está em linha com a crítica doutrinária ao modo como o dever regulamentar imposto aos gestores não está sendo devidamente observado.

José Sérgio da Silva Cristóvam e Filipe da Silva Piovesan ao examinar como as prorrogações contratuais foram tratadas nos regulamentos, constatam que:

> Como visto, a lacuna existente na Lei das Estatais não foi adequadamente preenchida (...) o que indica efetiva mudança de cenário à gestão de contratos das estatais se comparado àquele anterior da Lei Geral de Licitações: antes, um ambiente legal relativamente normatizado e vinculativo; agora, uma situação de ausência de parâmetros legais e/ou regulamentares balizadores de atuação (...)
> Embora uma das tônicas da nova legislação seja exatamente a diminuição de entraves normativos e restrições burocráticas ao seu dinâmico regime de contratação, não se pode negar que essa ampliada lacuna pode trazer indesejáveis níveis de insegurança jurídica. Ante a falta de base normativa, quais os parâmetros aplicáveis pelos agentes públicos (gestores, fiscais de contratos, advogados etc.) na decisão acerca de eventual pedido de prorrogação do prazo de execução contratual?[507]

Certamente, a intenção do regime imposto pela Constituição não era a de ampliação das lacunas em temas em que é possível que se estabeleçam previsões salutares para o processo de contratação e cumprimento do contrato.

Para tanto é essencial que se envolvam as ciências econômicas e da administração na avaliação dos procedimentos até aqui adotados e se as inovações trazidas, ainda que pequenas, surtirão efeitos na eficiência e qualidade dos processos de contratação – inclusive, verificando índices que retratem se as execuções do contrato foram efetivamente impactadas pelas novas ferramentas previstas nos regulamentos e na Lei 13.303/2016. Com base nesses estudos, os regulamentos poderão refletir processos úteis para os gestores e fornecedores na negociação dos contratos e para a definição de cláusulas efetivas para execução dos contratos.

É essencial que os órgãos de controle incentivem tal prática,[508] recomendando e avalizando alterações que tragam às empresas estatais um processo de contratação adequada à utilização da técnica empresarial para atuação do Estado.

---

[507] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva et al. Op. cit.)

[508] "A inovação é um elemento fundamental da dicotomia eficiência X controle, que merece destaque constante nos estudos sobre administração pública" (SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Op. cit., p. 13).

Alguns pontos positivos podem ser destacados quanto à inovação verificada nos regulamentos. Pedro Ivo Peixoto da Silva destaca a criação da comissão de negociação pela Petrobras para realização de contratação direta (art. 123 do Regulamento da Petrobras). A ferramenta é fundamental para procedimentalização das negociações entre as partes, efetivando a processualidade da obrigação contratada. Trata-se do tema que será abordado na sequência.

4.2 MAIOR ABERTURA PARA O DIÁLOGO NEGOCIAL NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

Além do poder atribuído às estatais de modelarem seus processos de contratação, outro aspecto que deve ser considerado para compreensão do regime de contratação das estatais é o reconhecimento expresso do legislador que aos contratos por elas celebrados aplica-se o regime de direito privado. As relações obrigacionais das estatais ocorrem em um ambiente empresarial, ainda que haja a incidência de regras de direito público sobre sua atuação.

Se o regime de execução do contrato é essencialmente privado, geralmente formado por uma relação entre empresas, tem-se que o processo anterior de negociação do contrato não pode ser um óbice à eficácia da norma que se extrai do art. 68 da Lei 13.303/2016. Para tanto, as tratativas que antecedem à contratação, realizadas por meio de licitação ou outro procedimento previsto no regulamento das estatais, devem acompanhar o regime empresarial, tornando-se ambiente para negociação[509], bem como espaço de valorização da boa-fé dos proponentes e dos benefícios do diálogo[510] para definição dos termos do contrato.

O processo de contratação não pode ser modelado desconsiderando as premissas que permearão o regime de execução do contrato. Há de se tratar o processo de contratação e execução de forma sincrética.[511] Caso contrário, o

---

[509] Segundo Luis Verde de Sousa, negociação é "interacção dialógica dos sujeitos do procedimento – entidade adjudicante, por um lado e interessado(s), candidato(s), concorrente(s) ou adjudicatários, por outro – tendo em vista a co-construção do conteúdo de um concreto projecto contratual" (SOUSA, Luís Verde de. *A negociação nos procedimentos de adjudicação*: uma análise do código dos contratos públicos. Coimbra: Almedina, 2010, p. 43)

[510] Adota-se aqui o conceito de diálogos públicos-privados como "interlocuções cujos interesses discutidos e perseguidos pelos particulares possuem um caráter eminentemente econômico" (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privado*. Cit., p. 11)

[511] Nesse sentido, defende Alexandre Santos de Aragão que: "o tratamento topograficamente separado pelo Estatuto das normas de licitações e das normas de contratos é em grande parte

produto do processo da contratação dificilmente se adaptará aos desafios que a execução do objeto contratado impõe às partes, dificultando o atingimento da principal finalidade do contrato: seu adimplemento.

Assim, faz sentido extrair, da Lei 13.303/2016, normas que permitam mais do que a predefinição pela estatal de seus próprios procedimentos de contratação. Afinal, um regime empresarial de contratação demanda alguma liberdade no processo de contratação, inclusive para que estatal trate com os particulares sobre a definição do objeto e os termos da contratação quando necessário.[512]

Dito isso, pretende-se defender que as tratativas contratuais com as empresas estatais sejam mais negociais, abrandando o caráter de mera adesão da participação do particular, que caracteriza as contratações públicas.

Daí a importância da compreensão enunciada por Egon Bockmann Moreira sobre a licitação como técnica de negociação coletiva: "processo por meio dos quais a Administração negocia simultaneamente com todos os interessados e assim escolhe a proposta mais vantajosa à respectiva contratação".[513] Assumir tal ponto de vista como premissa, inclusive com base nos pressupostos defendidos no segundo capítulo deste trabalho, abre espaço para que se elimine a rigidez inerente ao processo licitatório eminentemente público, efetivando a carga negocial que os processos de contratação no âmbito da empresas, inclusive as estatais, podem ter.

---

artificial, já que são intrinsecamente relacionadas. Assim, por exemplo, em geral modalidades contratuais mais flexíveis podem mitigar a vinculação ao instrumento convocatório" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 234).

[512] A variação da autonomia contratual da Administração, no âmbito do processo de contratação, foi percebida por José Manuel Sérvulo Correia: "Podem ser diversos os momentos em que se fazem sentir os limites da autonomia de fixação de conteúdo dos contratos administrativos: eles incidem sobre a emissão dos actos administrativos pré-contratuais e sobre a celebração do contrato. São diferentes a autonomia da Administração para a determinação do conteúdo de um certo contrato através de um procedimento contratual visto no seu conjunto e a autonomia fruída em cada fase desse procedimento pelo órgão nela chamada a intervir. O contraste é sobretudo flagrante no que concerne ao momento da celebração: se a minuta do contrato foi previamente estabelecida, órgão que outorga em nome da pessoa colectiva não dispõe de qualquer autonomia de fixação; mas mesmo que assim não seja, e a não ser nos raros casos em que o contrato não haja de ser precedido de qualquer acto administrativo, a autonomia de estipulação do órgão outorgante é não apenas cerceada pelos limites que lhe advêm da lei mas também pela fixação de conteúdo já concretizada ao longo do procedimento pré-contratual" (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.* Coimbra, Almedina, 1987, p. 705).

[513] MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública e a negociação pré-contratual – A necessidade do diálogo público-privado. *Revista de contratos públicos*, ano 2, n. 2, set. 2012 / fev. 2013, p. 62. Segundo Luis Verde de Sousa, não se pode perder de vista que "o facto de a relação jurídica existente nos procedimentos adjudicatórios se apresentar, em regra, como uma relação jurídica poligonal" (SOUSA, Luís Verde de. *A negociação nos procedimentos de adjudicação*... cit., p. 43).

Quando necessário, e quando os procedimentos previstos na Lei se mostrarem ineficientes, deve-se localizar na própria Lei 13.303/2016 modos para que a empresa estatal possa configurar seus processos, permitindo que haja a participação dos interessados na própria formulação do contrato a ser adjudicado.

Assim o é, pois o regime da execução contratual é privado e o regime das empresas estatais é *sui generis*. Tal combinação determina que a atuação da estatal tenha de absorver determinados limites impostos à atuação da Administração, mas lhe permite transitar em campos em que autonomia privada é um requisito de formação da relação jurídica.[514]

Logo, ainda que possa ser eliminada qualquer chance de reconhecer a autonomia da vontade para as empresas estatais, pode-se defender que o seu campo de discricionariedade para escolha de soluções contratuais é maior do que para Administração direta. E ainda que assim não o fosse, mesmo para a Administração, assume-se como válida a lição de Fernando Dias Menezes Almeida:

> [O legislador] optou por um regime contratual. A tendência, pois, há de se enfatizar os aspectos de produção normativa segundo o princípio da autonomia – próprios do contrato –, tratando restritivamente a incidência dos aspectos derivados do princípio da heteronomia.[515]

A Lei 8.666/1993 praticamente impede que isso ocorra,[516] não existindo espaço para que a Administração negocie os termos do contrato.

---

[514] Vale aqui citar os cenários para definição do regime contratual no âmbito do direito público e do direito privado: "No Direito Público como no Privado, o elemento decisivo para a classificação é a valoração de cada preceito. Mas se, em certas normas, a relação ancilar com um interesse público inafastável ou a ausência de uma tal relação não oferecem dúvidas, em muitas outras, a dúvida permanece e uma conclusão segura só se torna possível mediante o recurso a princípios gerais. Esse princípio é, no âmbito do Direito das Obrigações, o da *autonomia privada*. Esta implica a seletividade de todas as normas eventualmente existentes cujas estatuições caiam no seu âmbito juridicamente consagrado: as normas supletivas verificam-se nas áreas onde a autonomia privada tenha consagração. Daí que o Direito das Obrigações tenha um bloco e como regra natureza supletiva. No Direito Administrativo, a superintendência do princípio da legalidade conduz à conclusão inversa: a da presunção do caráter injuntivo das normas como critério de interpretação (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op. cit., p. 708).

[515] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo.* Cit., p. 373.

[516] ZAGO, Marina Fontão. Op. cit., p. 321. Circunstância apontada pela autora como fator complicador para obtenção de finalidade derivadas por meio do poder de compra Estatal. Ou seja, em procedimentos pouco afetos à negociação "a inserção de políticas derivadas tende a causar impacto negativo na eficiência da contratação, uma vez que não há interação negociada com os atores privados (que a executarão) em relação aos seus termos. Pede-se o poder de barganha que poderia estar relacionado à função derivada, e ela tende a se tornar apenas mais uma obrigação a ser monetizada pelos interessados e repassada no preço da proposta ofertada. Além disso, o ente contratante enfrenta maior óbice em identificar de antemão a possibilidade de o mercado cumprir a função derivada" (Ibid., p. 339).

Contra tal regime, a doutrina busca identificar espaços de liberdade contratual para a Administração Pública, inclusive nos campos da definição do objeto contratual e das tratativas negociais.[517] A ideia está calcada em uma Administração Pública consensual e na compreensão do processo de licitação, desde sua fase preparatória, não como um espaço impenetrável ao diálogo com particulares,[518] mas de efetiva negociação/cooperação para a execução do contrato.

Deve-se livrar a estatal do seguinte dilema das contratações públicas:

> Se promove um procedimento de diálogo público-privado formal, oficial, procedimental, transparente e aberto à participação, os agentes econômicos ficam receosos e não participam, pois podem ser alijados da licitação pública. Se a administração pública promove um diálogo público-privado informal, não oficial, sem procedimento, sem registros fidedignos e sem ampla abertura à participação, violam-se as regras e os princípios de direito administrativo, mas há razoável probabilidade de obtenção da informação desejada e necessária à contratação.[519]

A Lei 13.303/2016 fornece fundamentos para que o intérprete fomente a negociação entre as empresas estatais e os particulares interessados em fornecer soluções adequadas a atender as necessidades para as quais as estatais precisarão contratar. Nesse sentido, entende-se haver elementos para efetivar a constatação lançada por Sérgio Resende de Barros de que:

> A concorrência deve comportar a negociação, em rodadas sucessivas, sempre abertas ao acesso e à informação de qualquer concorrente, admitindo apenas um exame prévio de capacidade jurídica, técnica, econômica, para excluir os provadamente incapazes, segundo critérios predeterminados. Sucessivamente, as propostas hão de ser pedidas, apresentadas e discutidas, repetidas e rediscutidas, até que se chegue (...) à proposta que efetivamente, é a melhor de quantas foram obtidas do mercado. Esse é procedimento da administração privada. Perfeitamente adaptável à administração pública.[520]

A alteração, promovida pela Lei 13.303/2016, da nomenclatura da "fase interna" do processo de licitação para fase de preparação é bastante relevante.

---

[517] SAAD, Amauri Feres. Op. cit., p. 339 e ss.
[518] Inclusive, porque a realidade demonstra que tal premissa acaba por prejudicar sobremaneira a qualidade dos projetos que são lançados pela Administração: "A ideia de que a 'fase interna' das licitações é uma fase secreta, em que a administração, por meio de seus técnicos infalíveis, elabora projetos também infalíveis, é uma ideia morta, que nunca chegou a se realizar. Na prática, deixando ao sabor dos ventos administrativos, os projetos normalmente possuem qualidade sofrível, quando não são completamente inviáveis, do ponto de vista técnico ou econômico-financeiro" (Ibid., p. 342).
[519] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privado*. Cit., p. 289.
[520] BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 155.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma um dos valores simbólicos da mudança é a de que o processo esteja mais afeto a absorver contribuições dos interessados em fornecer soluções para as estatais.[521]

É natural que a utilização da técnica empresarial tenha de se valer do maior contato com o mercado para atuar de modo efetivo, inclusive para incorporar soluções diferenciadas para os seus processos de produção.[522] Afinal, pressupõe-se que as empresas estatais prestarão atividades econômicas em regime empresarial, precisando negociar para sobreviver.

Reconhecer a existência de aberturas para a maior participação do privado na negociação dos contratos não significa tornar o processo de contratação das estatais ambiente propício para a prática de ilícitos ou contratações ineficazes, que prejudiquem os interesses das empresas estatais. Pelo contrário, quer-se buscar, por meio da formalização dos processos de negociação e obtenção de colaboração dos particulares, alternativas para que as estatais sejam mais eficientes.

Ter em mente que o regime de contratação se estrutura num ambiente processual, facilita que se fomente um ambiente propício para que o diálogo público-privado se dê de forma transparente. Diante desse cenário, duas técnicas podem ser implementadas pelas estatais a partir da Lei 13.303/2016:

(1) ao Processo de Manifestação de Interesse (art. 31, §4º da Lei 13.303/2016) a ser utilizado pelas estatais em momento anterior à decisão por se iniciar qualquer contratação;

(2) a utilização do regulamento para implementação de técnicas negociais no âmbito do próprio procedimento licitatório.[523]

---

[521] "A preferência pela palavra *preparação* para designar a fase interna da licitação tem um duplo valor simbólico (...) indica que esta fase é instrumental, servindo, como o próprio nome indica, à preparação da contratação pública. Por outro lado, a expressão "fase interna da licitação" reforçava a ideia subjacente ao imaginário do direito público de unilateralidade (...) Cada vez menos esta é a realidade das contratações públicas" MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Cit., p. 254.

[522] Conforme noticiado por Thiago Marrara: "O novo sistema de licitações do direito europeu tem valorizado intensamente o contato do Estado com o mercado, sobretudo com o escopo de aprimorar a modelagem dos contratos em favor da eficiência, da vantajosidade e da satisfação de demandas específicas do contratante" (MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (IV): preparação da contratação e a abertura da licitação. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 310. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-iv-preparacao-da-contratacao-e-a-abertura-da-licitacao. Acesso em: 25 de out. 2019).

[523] Ressalva-se que, diante do recorte proposto no trabalho, não se tem o objetivo de esgotar o exame das figuras. Sobre o PMI, já há uma série de trabalhos monográficos específicos sobre o tema. Já sobre o diálogo negocial, há poucos artigos sobre o tema no Brasil, eis que ainda não existe previsão legal específica que permita sua utilização – embora, exista propostas legislativas

4.2.1 O procedimento de manifestação de interesse (PMI) como instrumento de diálogo nas contratações das estatais

A Lei 13.303/2016 oportuniza às estatais lançar mão de procedimento de manifestação de interesse para obtenção de projetos que possam dar início a uma contratação. Tal procedimento permite que a estatal conceda uma autorização a um particular para que tenha acesso a informações fornecidas pelas estatais para elaboração de documentos para uma futura contratação.

A autorização concedida tem natureza de um negócio jurídico (art. 104 do Código Civil) celebrado entre a estatal e o particular para acesso a informações e requisitos, tendo como contrapartida a elaboração de um projeto que poderá ser utilizado pela empresa estatal para guiar suas contratações.[524] Esse negócio jurídico poderá ser sucedido de remuneração, contempladas determinadas condições, ser desfeito pelo não aproveitamento do projeto[525], ou ter seus efeitos cessados pelo arrependimento da empresa estatal ou mesmo do particular.

---

nesse sentido. Enfim, pretende-se tão somente identificar na Lei 13.303/2016 a possibilidade para implementação das figuras, para que sejam utilizadas de acordo com a melhor técnica a ser desenvolvida.

[524] Em dissertação sobre o tema, Maís Moreno refuta a ideia de que, no âmbito das concessões, a autorização, pelo ente estatal, para realização de estudos prévios à contratação teria a natureza regulatória ou de ato administrativo. Para a autora, a autorização tem natureza contratual atípica, em que os particulares "Buscam (...) estabelecer um vínculo especial com a Administração Pública, visando basicamente (i) ter acesso a eventuais informações necessárias ao melhor desenvolvimento destes estudos e (ii) um compromisso de que tais estudos, quando entregues serão pelo menos apreciados ou analisados pela Administração, sem, contudo, a obrigação de que serão eles acatados e se tornarão projetos do Poder Público" (MORENO, Maís. Op. cit., p. 81-82).

[525] Vale aqui a constatação feita no âmbito da contratação de projetos de parceria público-privado: "O ato decisório e final da contratação, embora mais participativo, deve continuar sendo privativo da autoridade administrativa competente, pois a processualidade administrativa na etapa pré-contratual não deve tornar o ato administrativo necessariamente dependente do consenso, mas sim deve passar a legitimá-lo por meio da participação dos interessados, como bem salienta Vasco Pereira da Silva (...)" (VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Op. cit.). No entanto, por ser uma decisão que se dá em um ambiente negocial e processual, há deveres decorrentes da boa-fé e dos princípios que regem a Administração Pública, que determinam que tal recusa se dê de forma motivada. conforme lição de Lino Torgal e Marisa Martins, citada também no artigo de Lívia Vieira e Rafael Garofano: "Cumpre, em todo caso, deixar claro que as sugestões aqui apresentadas não significam que as tarefas de análise e aprovação administrativa interna dos projetos não devam ser efetuadas no quadro de um *iter* procedimental objeto de cuidadosa e densa regulação (...) sem prejuízo da existência de uma ampla margem de livre decisão administrativa, se se pretende realmente incentivar os particulares neste âmbito e favorecer a apresentação pelos mesmos de projetos de infraestrutura, é preciso exigir à Administração que fundamente adequadamente todas as suas decisões de rejeição de projetos, detalhando com o máximo rigor possível, e com base em critérios objetivos preestabelecidos, os motivos pelos quais não considerou oportuno avançar com a análise (e eventual execução) do projeto" (TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para u m regime de contratação de concessão de obras e de serviços

É fundamental que a empresa estatal se envolva no processo, levando a sério o PMI autorizado. Aceitando iniciar o processo, cabe à estatal, diante dos termos do negócio celebrado e do dever de boa-fé objetiva, envidar esforços para viabilizar a consecução do projeto realizado pelo particular. Há perspectivas de que o particular incorra em custos,[526] que podem ser reduzidos se a estatal contribuir com o desenvolvimento do projeto.

Nesse sentido, o procedimento abranda o papel protagonista do contratante na condução de um processo de contratação, tornando mais dialogado. [527] Como vantagem, tem-se que a estatal poderá contar com a experiência dos particulares para definição daquilo que será preciso para realização de uma contratação,[528] sem alijá-los da concorrência e com a possibilidade de não utilizar os documentos apresentados, caso não sejam úteis.

Extrai-se da Lei 13.303/2016 a tentativa de resolução do problema do diálogo público-privado informal no âmbito das estatais. Isto porque, nem sempre a empresa estatal possui conhecimento suficiente para especificar todos os requisitos para iniciar seu processo de contratação.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, "os agentes estatais selecionam, muitas vezes aleatoriamente e sem qualquer justificativa, empresas que atuam no mercado para obter as informações que julgam necessárias".[529] O PMI tem a finalidade de conceber critérios objetivos para a escolha dessas empresas.

Amplia-se a abrangência da fase preparatória, criando processos formais nos quais interessados em demonstrar como contratar determinada solução,

---

públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*). (In) *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 561).

[526] Em termos gerais: "estudos preparatórios são custos" (MORENO, Maís. Op. cit., p. 54.)

[527] Daí a ressalva válida de que: "(...) embora o PMI não possa ser definido como um instrumento tipicamente consensual, entendemos que o procedimento reflete um momento de maior consensualidade entre a Administração e os administrados" (MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 64).

[528] Ou seja, a decisão sobre o que e como contratar deixa de ser tomada de forma unilateral e passa também a ser fruto do consenso, também com a finalidade de se buscar "maior legitimidade, maior eficiência – atrelada a melhor qualidade -, e maior efetividade do agir estatal, reduzindo-se eventuais discussões posteriores" (VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e de proposta não solicitada – Os riscos e os desafios da contratação na sequência da cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de infraestrutura*, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80807. Acesso em: 27 dez. 2019).

[529] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 152

competem pela oportunidade de colaborar para a concepção da contratação – sem ter a garantia de que serão compensados por isso.

O PMI permite que as empresas estatais (1) compreendam a dinâmica da execução do objeto contratual pretendido; (2) antevejam as consequências para a eficiência e os custos da contratação, a partir da ótica dos interessados na contratação, referentes às distribuições de riscos e inclusões de direitos potestativos para as partes.[530] Trata-se de oportunidade para estabelecer um vínculo efetivo entre o diálogo público-privado estabelecido na fase que inicia a preparação da contratação e a execução do contrato.

Mais do que permitir a colaboração dos particulares interessados, o art. 31, §§4º e 5º, da Lei 13.303/2016 elimina a vedação de que aquele que contribui para elaboração do instrumento convocatório e do contrato, no âmbito de um PMI, participe da licitação para execução do objeto contratado. Até então, tal mecanismo era utilizado em contratos de pareceria.[531]

Algumas iniciativas semelhantes já estavam sendo praticadas pelas estatais. Gustavo Henrique Carvalho Schiefler relata que procedimentos semelhantes ao PMI, e para contratações menos complexas, foram realizados por empresas estatais como o Banco do Brasil e a Petrobras. As empresas teriam se valido de procedimentos de diálogo com o setor privado como o *request for information* (RFI) e *request for proposal* (RFP), chancelados pelo TCU.[532]

---

[530] Nesse sentido, a recomendação para que "... o agente público exerça a sua discricionariedade sem deixar de interagir, de modo transparente – a fim de propiciar amplo controle – com os potenciais interessados em contratar; e, deste modo, forme melhor sua convicção (quanto às prerrogativas a serem adotadas, ou não) com base nas reais condições de cada negócio, avaliando impactos de sua decisão, por exemplo, nos cursos de atração de maior número de interessados em uma licitação" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Cit., p. 373).

[531] Para fins do disposto na Lei 13.334/2016, enquadram-se no conceito de contratos de parceria: "a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante".

[532] Segundo o mencionado autor: "Por intermédio do *request for information* (RFI), em regra, a administração pública estabelece alguns requisitos técnicos sobre a necessidade a ser satisfeita e envia um questionário a fornecedores previamente identificados como potenciais licitantes. No caso do *request for proposal* (RFP), além da solicitação de eventuais informações técnicas, costuma-se anexar uma minuta de projeto básico ou termo de referência, exigindo-se dos participantes uma proposta comercial para a composição do orçamento estimado, em operação que contempla a pesquisa de preços, etapa necessária em qualquer contratação pública. As respostas a esses formulários têm o objetivo de consolidar as especificações sobre as possíveis soluções para determinada necessidade da administração pública. Promove-se, na sequência, se for o caso, a

Basicamente, a Lei 13.303/2016 estabelece, ao tratar das disposições gerais da licitação, duas regras para a utilização do procedimento de manifestação de interesse pela estatal:

(1) A primeira, prevista no §4º do art. 31, define que o procedimento de manifestação de interesse privado tem como objetivo receber "propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas". Tal procedimento deve ser detalhado em regulamento próprio de cada empresa estatal.

(2) Já a segunda regra, fixada pelo §5º do art. 31 da Lei 13.303/2016, trata do dever de ressarcimento do autor ou financiador do projeto selecionado pela empresa estatal para pautar o futuro processo de contratação da solução que constituirá o objeto do contrato.

4.2.1.1 O dever de regulamentação do PMI: um mundo de possibilidades para a estatal

A Lei 13.303/2016 atribuiu às empresas estatais o dever de regulamentar o processo de manifestação de interesse. Por ser uma norma de baixa densidade, há margem discricionária para que os gestores possam definir quando o processo será utilizado,[533] as etapas e os meios pelos quais os interessados a formular projetos se relacionarão com a estatal, como os projetos serão recebidos, como serão remunerados e quando poderão ser utilizados no processo licitatório ou de contratação direta.

Além disso, o regulamento poderá permitir que o processo de apresentação de um projeto possa ser provocado por um particular e não apenas pela estatal.[534] Nesse sentido, as estatais podem regulamentar a existência de manifestações de

---

licitação pública ou até uma contratação direta" (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privado*. Cit., p. 294).

[533] Rafael Hamze Issa entende que a previsão da Lei 13.303/2016 pareceu "ter aberto demais o leque de opções do uso do expediente [PMI]", vocacionado para contratações mais complexas, já que os custos com o processo de contratação tendem a ser maiores" (ISSA, Rafael Hamze. Contratação públicas – proposta para melhorar a estruturara de contratações públicas complexas. (In) CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito, instituições e políticas públicas:* o papel do jusidealista na formação do estado. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 347-348).

[534] Diverge-se aqui da posição formulada por GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 212.

interesse privado (MIP), em que condição a autorização será concedida, o nível de publicidade da autorização e se haverá chamamento público para que outros interessados também apresentem interesse em apresentar projeto.

Sugere-se que a expressão "necessidades previamente identificadas"[535] do art. 31, §4º, abranja também as necessidades identificadas tanto pela estatal como por particulares que detenham soluções relevantes para o processo de produção da estatal.[536] Assim, previne-se que o instrumento convocatório de licitação ou a contratação direta ocorreram sem esse registro, impossibilitando o controle e criando dúvidas sobre a higidez e a validade da contratação realizada – diante da aplicação da regra de que quem elabora o projeto não pode ser contratado para a sua execução (art. 44 da Lei 13.303/2016). [537]

O importante é que a autorização concedida ao particular contemple uma solução que seja previamente identificável ao início do processo, com chances de que, no fim, tenha-se como resultado os documentos necessários para iniciar a contratação de um objeto definido para atendimento da necessidade identificada.

---

[535] Gustavo Schiefler critica a redação do art. 31, §4º, da Lei 13.303/2016 por utilizar expressão "que exclui impropriamente as ocasiões em que a própria necessidade administrativa é identificada pelo particular que, voluntariamente, então provoca a Administração Pública e apresenta espontaneamente algum projeto de contratação" (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. As inovações do procedimento licitatório... cit., p. 181).

[536] No mesmo sentido, e admitindo a atuação proativa dos particulares, Gustavo Binenbojm constata a inexistência de "óbices para que as empresas estatais regulamentem, no âmbito do espaço gerencial que lhe é conferido, o recebimento de projetos por particulares mesmo em hipóteses de solução não anteriormente identificadas pela empresa. Afinal, aplica-se aqui a lógica do regime privado, eliminando-se a racionalidade formalista da Lei nº 8.666/1993 em que caberia à Administração fazer apenas aquilo previsto expressamente em lei" (BINENBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações... cit., p. 216). A Petrobras, por exemplo, não previu tal oportunidade em seu regulamento – circunstância que gera riscos de que a apresentação de soluções por privados para a empresa ocorra por meio de diálogos informais, cujos registros não serão recuperáveis. A COPEL fez previsão simples que resolve tal questão. O item 9.6, inciso I, de seu regulamento dispõe que o PMI será aberto por chamamento público "a ser promovido de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada". Conforme pesquisa realizada por Pedro Ivo Peixoto da Silva, o BASA inovou em seu regulamento ao permitir que, no processo de pré-qualificação, a oferta de "soluções que apesar de não atenderem a especificação da relação de bens de interesse do Banco ou atenderem a especificação da relação de bens de interesse do Banco ou os requisitos da pré-qualificação, atendam a finalidade pretendida com o objeto" (SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Op. cit., p. 42).

[537] Essa é a advertência de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler: "evitar que diálogos público-privados informais, em etapa preliminar à licitação pública, sejam responsáveis por eleger previamente o futuro contratado. Essa função não pode ser retirada da licitação pública, que é o procedimento administrativo competente para tanto, desde que o objeto não se enquadre nas ressalvas legais da dispensa ou da inexigibilidade de licitação. Aliás, mesmo no caso de contratação direta, as tratativas prévias devem ser integralmente formalizadas, em ambiente de plena visibilidade" (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privado*. Op. cit., p. 286).

Caso contrário, não faria sentido autorizar um privado a ter acesso a informações relevantes das estatais.

Enfim, o importante é que o gestor tenha ciência dos potenciais da ferramenta e possa implementar previsões regulamentares para que a ferramenta gere a realização de contratações eficientes.

4.2.1.2 A possibilidade de negociação da remuneração pelo resultado apresentado pelo particular

A regulamentação sobre o relacionamento entre a empresa estatal e os privados que participam do PMI deve abranger também a forma de remuneração pelos estudos apresentados, cujos direitos autorais deverão ser cedidos e que poderão ser aproveitados para a contratação a ser realizada.[538] Aqui, o objetivo não é apenas evitar o enriquecimento ilícito das estatais, mas também incentivar o mercado a fornecer soluções úteis às estatais.

Embora o texto de lei utilize a expressão "custos", claro está que não se pode excluir da expressão os lucros ou benefícios (não pecuniários) que o particular, empenhado em apresentar soluções para as estatais, visa a obter.

Dessa forma, não se pode excluir que a contraprestação pelo projeto cedido se dê por outro meio de contraprestação, que não a financeira. Mas também, não se pode excluir de que os privados estejam dispostos a doar projetos – procedimento que também pode ser objeto de regulamentação pela estatal.

A Lei 13.303/2016 não estabelece limites máximos e mínimos a respeito dos valores que poderão ser pagos pelo aproveitamento do projeto. O único dever imposto pelo art. 31, §5º ao gestor é de que a remuneração ocorra caso haja a cessão dos direitos autorais do projeto selecionado.

O caminho entre a apresentação do projeto e cessão dos direitos autorais certamente será, nos casos concretos, permeado de interesses contrapostos entre as empresas estatais e os privados. A negociação de vantagens é essencial para que os privados tenham ainda mais interesse em cooperar com as estatais.

---

[538] Conforme estudo de Pedro Ivo Texeira da Silva, o BASA prevê em seu regulamento possibilidade expressa de remuneração "simbólica" do projeto selecionado, mesmo que ele não tenha sido utilizado na contratação (SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Op. cit., p. 43).'

Por essa razão, os regulamentos e editais de PMI das estatais devem contemplar procedimento que mantenha a flexibilidade inerente à negociação de valores, considerando as expectativas de retorno (financeiras ou em algum outro tipo de vantagem) que o projeto gerará para a empresa ao longo do futuro processo de contratação e da execução contratual.

Nesse sentido, Pedro Ivo Peixoto da Silva, identifica como uma inovação do regulamento editado pelo BASA, a previsão do art. 135, §3º, de que no caso de aprovação parcial do projeto apresentado, o valor de remuneração poderá ser negociado. Segundo o mencionado autor, trata-se de novidade, pois a regulamentação geral da matéria previa apenas a possibilidade de o privado recusar o valor.[539]

Lívia Vieira e Rafael Garofano, com base na experiência internacional, identificam quatro formas de incentivo/contraprestação pela participação efetiva no procedimento: *Bonus, Swiss Challenge, Best and final offer Reimbursement System*.[540]

Considerando isso, três hipóteses devem ser ponderadas pelo regulamento:

(1) O particular que apresenta o projeto não participará do processo de contratação, revelando isso desde o momento em que recebe a autorização para realizar os estudos;

(2) O particular apresenta o projeto, participa do processo de contratação, mas não é contratado; ou

(3) O particular apresenta o projeto, participa do processo de contratação e é contratado.

---

[539] SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Op. cit., p. 43.

[540] Vale-se aqui das seguintes definições obtidas em estudo produzido pelos mencionados autores: "*Bonus System*: atribui vantagem ao primeiro proponente, como a contabilização de um valor adicional na pontuação global final de sua proposta. (...) *Swiss Challenge System*: possibilidade de exercício pelo primeiro proponente de um direito de preferência na adjudicação e celebração do contrato, assim 'desafinado' a melhor proposta apresentada no procedimento (...) *Best and Final Offer System*: confere ao primeiro proponente um direito de acesso imediato à fase final do procedimento adjudicatório. (...) *Reimbursement System*: limita-se a impor o pagamento ao primeiro proponente de uma compensação pelos custos comprovadamente incorridos com o estudo." (VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Op. cit., nota de rodapé 30). Considerando o recorte proposto pelo presente trabalho, a análise sobre a melhor forma de remuneração de um projeto de PMI deve ser feita em outro momento. Trata-se de análise que desvirtua a finalidade do presente trabalho, que é de analisar as normas que permitem maior abertura para negociação entre as estatais e os particulares ao longo do processo de contratação.

Os dois primeiros cenários estabelecem um corte entre a fase de preparação da contratação e a execução do contrato. Nesses casos, o valor relativo à remuneração deve retratar os esforços do particular (que geralmente será apresentado pelo próprio particular ao requerer a autorização) e os benefícios estimados que o projeto gerará para a estatal. Tal valor deve internalizar o orçamento do processo de contratação, compondo os custos da proposta apresentada pelo particular que se sagrar vencedor.

Na primeira hipótese, caso o processo de contratação não seja concluído, caberá a própria estatal arcar com os custos da elaboração do projeto, levando em consideração que o próprio projeto, provavelmente, acabou por ser a causa do seu insucesso. Se for essa a hipótese, a remuneração deve ser proporcionalmente negociada pelas partes – cujos parâmetros deverão constar no termo de autorização celebrado entre a estatal e o particular autorizado.

O cenário "3" é o mais interessante de ser comentado. Diversamente do que ocorre no âmbito das concessões, em que representantes dos usuários ou entidades sem fins lucrativos que representam interesses difusos beneficiados pela concessão de um serviço ou um bem público também poderiam se organizar para apresentar projetos à Administração Pública, no âmbito das empresas estatais, é esperado que os maiores interessados em cumprir tal função sejam os próprios fornecedores ou empresas projetistas.[541]

Nessa hipótese, há de se cogitar que o particular que entrega o projeto no PMI poderá ser (e até espera ser) recompensado por meio de outras vantagens, não necessariamente relacionadas ao reembolso dos custos incorridos. Existe um benefício intrínseco ao fato de o autor conhecer a solução e acreditar na perspectiva de retorno financeiro caso o projeto seja por ele executado. Tal vantagem pode fazer com que o particular, autor do projeto, permita reduzir sua

---

[541] Nesse sentido, posicionou-se Maís Moreno: "O PMI não foi concebido na legislação como um procedimento precipuamente vocacionado a fomentar o mercado de consultoria, embora isto possa se dar por via reflexa. Consultores podem ser contratados pelo Poder Público por meio de licitação, dispensa ou inexigibilidade. Podem firmar contratos, convênios, acordos de cooperação. A opção por um PMI deveria se dar quando o objetivo é conectar duas pontas – o Poder Concedente e os futuros licitantes – numa mesa de diálogo antes da contratação, posto que naquele foro existem interesses comuns a serem analisados. A opção por um PMI não deveria ser orientada pelo fomento ao mercado de consultoria, e sim o fomento ao diálogo entre os setores público e privado – esta constatação coloca o foco da questão onde ele deve estar para bem conduzir os debates em torno do PMI" (MORENO, Maís. Op. cit., p. 144).

expectativa de lucro (e consequentemente o custo que será pago pela estatal) pela simples realização do projeto, contando com o lucro que será obtido pela execução do projeto.

Dessa forma, propõe-se que o "ressarcimento"[542] previsto no §5º, que não se limita aos custos – mas também engloba as vantagens esperadas pelo particular que propõe uma solução para a empresa estatal –, seja efetuado por qualquer modalidade de pagamento que seja considerada proporcional à expectativa do particular, inclusive vantagens concorrenciais expressamente previstas no negócio jurídico que autoriza a realização do projeto.

Ou seja, não necessariamente tal ressarcimento deve ser feito por meio de pagamento de valor em dinheiro. Não há vedação, inclusive, para que o particular, ao demonstrar interesse em propor a solução (antes da outorga da autorização) sugira qual a vantagem esperada ao longo do processo de contratação, caso seu projeto venha ser acatado pela estatal e ele venha a ser contratado.

4.2.2 Necessidade de diálogo negocial na fase de seleção das propostas

Definido o projeto pelo(s) particular(es) que participou(aram) do PMI, a estatal lançará o instrumento convocatório para realização da contratação.

O PMI sem dúvida estabelece um maior campo de diálogo e participação dos particulares na concepção do contrato. Possibilita, inclusive, a criação de registros para o controle da própria execução do contrato, o que está em linha com a ideia de tomar a obrigação como um processo.

---

[542] Para Lívia Vieira e Rafael Garofano, o sistema de remuneração possui as seguintes vantagens e desvantagens em PMI realizado no âmbito de parcerias público-privados: "Vantagens -1. Respeito à propriedade intelectual dos autores do projeto, que são essenciais para sustentar o desenvolvimento do setor privado; 2. O reembolso mantém o setor privado interessado na fase de desenvolvimento do projeto; 3. As ideias de PPP não ficam limitadas apenas às grandes companhias que possuem grande capacidade de investimento; 4. O montante de compensação financeira para o custo de desenvolvimento dos projetos pode ser determinado no estudo de viabilidade proposto ou por auditoria independente; 5. Os desenvolvedores alocarão os recursos necessários para garantir que o projeto seja desenvolvido de forma profissional; 6. O reembolso encoraja a inovação. Desvantagens: 1. O número de projetos frágeis pode ser aumentado por causa da intenção de alguns interessados de não participar da licitação, mas apenas fornecer os estudos de projeto; 2. Os proponentes do projeto podem eventualmente exagerar nos custos do projeto para desencorajar concorrentes a participarem da futura licitação; 3 A concorrência futura será lançada com desvantagem financeira porque o reembolso será adicionado aos custos para efeito de cálculo de tarifa; 4. O governo deverá alocar recursos adicionais para determinar se o requerimento de reembolso tem fundamento (VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Op. cit., nota de rodapé 44).

No entanto, vale aqui o registro de Amauri Feres Saad, no sentido de incentivar que as negociações em contratos realizados com a Administração sejam ampliadas para a fase de avaliação das propostas até a adjudicação do contrato:

> Embora bem-vindos, tais procedimentos [como o PMI] representam avanços tímidos, porque assinalam um comportamento passivo à administração: quando e se provocada pela iniciativa privada, ela poderá admitir o processamento da MIP ou PMI, e, eventualmente, aproveitar os estudos apresentados pelos particulares. O que se demanda de uma administração eficiente é que ela abandone as posturas de arrogante autossuficiência ou de passividade burocrática, ambas nefastas, que normalmente a impregnam, e procure, junto à iniciativa privada, as melhores soluções para os inúmeros problemas da coletividade.[543]

Inserir o diálogo negocial no processo de contratação visa a incrementar as ferramentas da estatal para melhorar sua compreensão técnica e econômica e permitir a modelagem dos termos do contrato e das condições de sua execução.

Na realidade, é assim que as impugnações e recursos interpostos pelos proponentes já devem ser tratados no contexto do diálogo processual gerado pela competição (que também é um meio de obtenção da melhor contratação). As impugnações ao instrumento convocatório e os recursos contra a proposta dos outros concorrentes servem de registro das posições assumidas por cada contratante, antecipando e sugerindo modificações para contenção de riscos ao sucesso da execução do objeto contratado ou a revelação de outras formas mais eficientes de obter esse resultado.

Ao criticar a tendência do pregão por fomentar a “seleção adversa”, Marçal Justen Filho sugere:

> Há uma única alternativa para resolver o problema da licitação: ampliar a competição. Isso envolve não apenas alterar radicalmente a disciplina da habilitação (que se encontra onde, mesmo? Na 8.666). É necessário consagrar o chamado “diálogo competitivo”, permitindo que os competidores se controlem entre si. Nessa linha, os recursos e as impugnações dos competidores não são um problema, são a solução. As críticas da Administração aos recursos e impugnações refletem a postura equivocada em face da sociedade.
> Por isso, o recurso administrativo é tão importante. É uma oportunidade para os particulares demonstrarem que a proposta escolhida pela Administração não é a mais vantajosa. São um instrumento para evidenciar equívocos praticados. O problema é que a Administração parece tomar o recurso como um desrespeito, uma espécie de insulto: como o particular ousa insurgir-se contra a decisão da autoridade? Ao ver da Administração, o recorrente deveria ser punido por sua ousadia.

---

[543] SAAD, Amauri Feres. Op. cit., p. 339.

> É necessário superar a arrogância estatal. Especialmente em temas econômicos, o governo sabe muito menos do que o particular. Ou se instaura uma colaboração efetiva entre o Estado e os particulares ou o resultado continuará a ser a permanente repetição do fracasso. Então, falar ou não falar da 8.666 não fará diferença.[544]

Data de 1995, a existência de crítica veemente à forma como o processo licitatório se afasta da realidade do mercado, sendo ineficiente e aprisionando a Administração. Para tanto Sério Resende de Barros sugeria:

> Licitação diálogo(...) isto é: *dialicitação*. Essa expressão atenta para o futuro. Cunha-se aqui para designar uma nova modalidade de licitação, em que serão admitidas conversações informais entre administradores e licitantes para a melhoria técnica e financeira das propostas. Abertamente travado, em sessão ou audiência pública, esse diálogo-negociação em meio à licitação trará significativas vantagens para a administração pública. Em futuro próximo, o próprio dinamismo e imprevisibilidade do mercado, assim como a pluralidade e intercomplementariedade das soluções que tecnologia já oferece para os problemas vividos pela administração pública, exigirão a dialicitação, irrecusavelmente.
> De fato, forcejada pelas pautas de evolução, a licitação no Brasil – senão no mundo das leis administrativas, pelo menos no mundo dos fatos administrativos – vai deixando de ser uma disputa cega, para ser um diálogo esclarecido. Obviamente, diálogo no bom sentido: esclarecido à luz do interesse das partes, como não poderia deixar de ser em qualquer contrato, mas com foco no interesse público. Nesse sentido, a prática administrativa brasileira caminha para a licitação-diálogo. A dialicitação é uma tendência da prática, porque é uma exigência da história. Dessa tendência-exigência dos tempos atuais, são testemunhas os que têm vivência da administração pública em funções executivas.[545]

Daí Thiago Marrara considerar que as modalidades dialógicas tem “impactos transformadores sobre o modelo tradicional de contratação pública por adesão (...)”.[546] Tal transformação também é relevante para que a técnica empresarial seja efetivamente aplicada pelo Estado.

---

[544] JUSTEN FILHO, Marçal. *Mas temos muito ainda a falar sobre licitação*. 2015. Disponível em: http://justenfilho.com.br/tags/dialogo-competitivo/. Acesso em: 26 out. 2019.
[545] BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato:* a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995, p. 185.
[546] MARRARA, Thiago. O diálogo competitivo como modalidade licitatória e seus impactos. Revista Consultor Jurídico, disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria, acesso em: 25 de out. de 2019.

4.2.3 Instauração de "modalidades dialógicas" por meio dos regulamentos das estatais

A ideia de modalidades negociais dialógicas[547] no âmbito dos processos de contratação pública, que já são adotadas em outros países,[548] pode garantir a flexibilidade necessária para que as empresas estatais não percam em eficiência quando comparadas com os resultados obtidos por empresas privadas.

4.2.3.1 Natureza jurídica das modalidades dialógicas

Lino Torgal ensina que as modalidades dialógicas de contratação constituem via de acesso transparente para fomentar a concorrência, sendo "fruto de um compromisso entre a rigidez que caracteriza os procedimentos concursais e a flexibilidade que pauta o procedimento de negociação.[549]

---

[547] Termo cunhado em MARRARA, Thiago. O diálogo competitivo como modalidade licitatória e seus impactos. Revista Consultor Jurídico, disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria, acesso em: 25 de out. de 2019.

[548] Na Europa, tal método de contratação está previsto desde 2004 no âmbito da União Europeia (Diretiva 18/CE). Teve por inspiração o procedimento utilizado pelo Reino Unido em projetos complexos. Tratando do *Private Finance Initiative* (PFI), Lino Torgal relata que: "Segundo esse modelo, o adjudicatário é escolhido a cabo de um procedimento que, num primeiro estágio, envolve várias subfases ou rondas sucessivas, só apresentando proposta completa, em vista sobretudo do tempo e do custo da respectiva elaboração, quem for selecionado para essa fase final (*preferred bidder*). A vantagem desse procedimento é o de permitir escolher o *preferred bidder* quando, segundo o julgamento das entidades adjudicantes, já existe suficiente certeza quanto aos elementos-chave da proposta vencedora (*key elements of the winning bid*), mesmo se subsiste, ainda, suficientemente margem para a concretização posterior de alguns elementos do contrato. Os participantes preteridos são pois dispensados dos custos – designadamente com consultores – com a elaboração das propostas e as entidades adjudicantes, por seu turno, podem focar-se na negociação de uma só proposta, tendente a ajustá-la às suas necessidades, em vez de continuar a negociar com vários candidatos depois da fase do *financial close*" (*Desafíos del derecho administrativo contemporáneo.* Tomo II. Caracas: Paredes, 2009, p. 1002).

[549] Ibid., p. 998. No trecho mencionado, o autor está a tratar da figura do diálogo concorrencial (equivalente à figura do diálogo competitivo existente no projeto de Lei 1292/1995).

Em termos gerais, pode-se tratar as modalidades dialógicas como uma modalidade de licitação, tal qual o Projeto de Lei 1.292/1995[550] pretende regula-las, abordando uma de suas espécies.[551]

No âmbito das estatais, o mecanismo poderia ser inserido durante as etapas previstas no procedimento geral previsto na Lei 13.303/2016,[552] por exemplo nas fases de apresentação e exame de propostas, verificação de efetividade dos lances e da negociação prevista no art. 57 da Lei 13.303/2016.

Nesse sentido, é possível organizar o processo de licitação de modo a viabilizar a discussão e modelagem das propostas apresentadas, dos termos do contrato ou de outros aspectos que sejam essenciais para a execução do objeto.

Assim, tal modalidade se difere do PMI, pois este "é um procedimento que possui por finalidade gerar estudos a embasar uma futura licitação".[553]

4.2.3.2 Possibilidade de implementação de modalidades dialógicas nos processos de contratação das estatais

Modalidades dialógicas são aplicadas em fase mais evoluída da preparação da licitação, quando a empresa estatal já deve ter compreensão um pouco mais

---

[550] Para um exame crítico do projeto de lei, inclusive sobre a confusão com procedimento concorrencial com negociação, reporta-se a: OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro*. 2017. Disponível em: http://licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em: 26 de out. 2019. Para um estudo sobre a efetividade do modelo na Europa e de que forma ele está sendo recepcionado no Brasil, ver: AFONSO NETO, Celso de Almeida. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. (In) MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito.* Curitiba: Ithala, 2019, p. 349-366. O recorte da dissertação não permite exames ou críticas ao modelo que será implementado para as contratações públicas em geral.

[551] Thiago Marrara explica a diferença das espécies, previstas na Diretiva 24/2014/CE, enquadradas como modalidades dialógicas, da seguinte forma: "Enquanto no procedimento negociado o ente contratante debate o conteúdo da proposta com os licitantes, no chamado '*diálogo concorrencial*' ou '*competitive dialogue procedure'*, o intuito é discutir o próprio objeto da licitação e então escolher a proposta comercial nele baseada. Ao longo do procedimento, as autoridades desenvolvem com os participantes selecionados um 'diálogo que terá por objetivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades'. Isso significa que 'podem debater com os participantes selecionados todos os aspectos' da licitação, respeitando-se as regras de proteção e divulgação de informações semelhantes às dos procedimentos anteriores (MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias. *Direito do estado*, Ano 2016, n. 94. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias. Acesso em: 25 de out. de 2019).

[552] Analise semelhante é feita por Rafael Sérgio de Lima de Oliveira ao abordar o art. 30º da Diretiva 24/2014/CE, "que traz regras sobre a tramitação do processo diálogo competitivo, definindo três fases para o procedimento: a) qualificação; b) o diálogo; c) o julgamento das propostas. Retirada a etapa de diálogo, o instituo em estudo se assemelha substancialmente Às modalidades tradicionais" (OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Op. cit.).

[553] ISSA, Rafael Hamze. Op. cit., p. 349.

definida sobre sua necessidade e condições de ponderar eventuais dificuldades para definição dos projetos que servirão para satisfazê-la.

Nesse cenário, poderá a estatal se valer do processo concorrencial de contratação para que os interessados possam lhe revelar informações importantes para aparar os pontos duvidosos e alterar, de forma negociada com os proponentes, os termos do contrato antes da sua adjudicação.

Para contratações mais simples, em que as soluções e o estado da arte são dominados pela empresa estatal, a tendência é que a padronização (que está prevista como diretriz no art. 32, I, da Lei 13.303/2016) e a própria *expertise* da equipe da estatal responsável pela contratação eliminem os custos advindos do estabelecimento de um procedimento dialogado, que tende a ser mais oneroso em função das etapas e os cuidados exigidos dos gestores.[554] O atingimento de tal estágio pela estatal dependerá da frequência das contratações e da qualificação de sua equipe, que obviamente se valerá da experiência que será adquirida.

Não sendo este o caso, tem-se na Lei 13.303/2016 as seguintes aberturas para regulação desses mecanismos de negociação dialogada:

(1) A constatação de Alexandre Santos de Aragão, que ao anotar 34 destaques referentes à Lei 13.303/2016, apontou que a fase de negociação (art. 51) pode ser interpretada de forma "extensiva e potencializadora da possibilidade de negociação".[555]

(2) Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr reconheceram, a partir da leitura do art. 40, IV, da Lei 13.303/2016, que "o regulamento das estatais pode perfeitamente prever outros mecanismos de diálogo com a inciativa privada".[556]

(3) A incorporação de modalidades dialógicas na fase pré-contratual pode ocorrer na modalidade de contratação semi-integrada. Conforme se extrai do art. 42 da Lei 13.303/2016:

> V - contratação semi-integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as

---

[554] Lino Torgal registra constatação de Steen Treumer de que "Participar de um diálogo concorrencial pode ser muito caro e, por isso, o Autor acentua que os participantes serão renitentes em investir muito – indo para além de uma solução preliminar – se não tiverem uma garantia razoável de que serão convidados a apresentar uma proposta final" (TORGAL, Lino. Diálogo Concurrencial. Cit., p. 1015.

[555] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 241-242.

[556] NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 153.

> demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º e 3º deste artigo;[557]

No §1º, inc. IV, dispositivo, prescreve-se que, nessa modalidade de execução contratual, "o projeto básico poderá ser 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".

A interpretação de Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr para a contratação semi-integrada permite que se estabeleça um procedimento de efetivo diálogo entre os proponentes, não apenas em relação a valores, mas também quanto às técnicas utilizadas e às modificações propostas no projeto elaborado pela estatal. Para os autores, a contratação semi-integrada significa uma abertura à negociação[558] não somente dos valores para a contratação, mas principalmente à possibilidade de que os licitantes ofertem maneiras diversas de concepção (mais do que execução, portanto) do objeto contratado e da finalidade a ser atingida com a contratação.[559]

Durante o processo de contratação, com base no art. 42, §1º, inc. IV, da Lei 13.303/2016, a estatal poderá receber propostas dos licitantes que alterem o projeto básico, estando tal sugestão submetida às impugnações dos outros licitantes concorrentes. Isso porque, na fase recursal (ou em outro momento a ser definido pela estatal), os licitantes preteridos poderão demonstrar que a proposta de alteração do projeto básico é inconsistente ou insegura.

Uma solução que poderia ser adotada para potencializar o procedimento de contratação na modalidade semi-integrada, e garantir a isonomia[560] entre os seus

---

[557] Sobre o tema, reporta-se a BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de execução indireta... cit., p. 367-399.

[558] "O modelo, em tese, é excelente, é moderno, abre uma nova perspectiva para a licitação, dentro de uma Administração consensual dialógica, que não atua apenas unilateralmente, mas que conversa, tem a humildade de ouvir e aprender com a expertise dos licitantes" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 133)

[559] "Com a contratação semi-integrada, os licitantes podem interferir no objeto da licitação (…) Então, a disputa diante da contratação semi-integrada, também passa pela definição do objeto da futura contratação, que pode contar com a contribuição dos licitantes. A disputa não é mais somente de preço, mas também de inteligência de engenharia" (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos*... cit., p. 133).

[560] A preocupação é externada, quando se analisa o momento em que a alteração no projeto poderá ser realizada: "A melhor resposta parece ser que o projeto não pode ser alterado durante a licitação, mas apenas durante a execução. Isso porque a apresentação do projeto básico é elementar à estruturação da disputa e sua alteração criaria parâmetros díspares de comparação. Assim, se houver a necessidade de alterar o projeto básico por meio de licitação (ainda que para torná-lo mais eficiente) deve-se reabrir a disputa" (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho

participantes, seria inserir uma terceira etapa no processo em que, a partir das propostas aceitas de alteração do projeto básico licitado, a estatal divulgará um novo projeto para a fase de lances finais – atribuindo alguma vantagem para aqueles que efetivamente contribuírem para a concepção do projeto que será objeto da fase de lances ou eliminando os concorrentes que não apresentarem propostas condizentes com a solução pretendida. Trata-se da lógica do diálogo competitivo.

(4) Por fim, e considerando que as modalidades dialógicas ocorrem na fase de exame e avaliação das propostas, em que a estatal já delimitou os termos da contratação (por meio de anteprojeto ou de projeto básico), não se aplica a vedação prevista no art. 44 da Lei 13.303/2016 às alterações propostas. Afinal, o legislador não proibiu alterações realizadas de forma negociada (dialogada com os proponentes) na concepção do projeto durante o processo de contratação. Como o projeto licitado será concebido pela própria estatal, e alterado a partir de sugestões por ela acolhidas, afasta-se qualquer possibilidade de aplicação do art. 44 para inviabilizar a participação dos proponentes, que contribuíram para alteração do projeto licitado.

4.2.3.3 Limites à utilização da técnica de diálogo

As modalidades dialogadas não devem ter a finalidade de correção de propostas mal elaboradas. Jamais servirão para obter outras vantagens, senão a de que a empresa estatal contratante e os proponentes interessados na contratação possam afinar os termos do contrato para obtenção de um contrato mais eficiente, considerando os requisitos mínimos que justificam a contratação.[561]

---

et al. Cit., p. 260). Os mencionados autores entendem que as alterações no projeto, no caso da contratação semi-integrada, devem ser realizadas apenas após a adjudicação do contrato pelo proponente vencedor. Seja como for, os próprios autores reconhecem que que o instrumento é uma das "ferramentas modernas de contratação, capazes de mitigar os riscos inerentes aos processos de escolha (...) de modo a permitir um certo diálogo público-privado" (Ibid., p. 170).

[561] Luís Verde de Sousa explica que a alteração empreendida pela Diretiva 2014/24/UE fez com que o diálogo concorrencial deixasse de servir como instrumento a adaptar o edital e seus documentos para servir como momento para "melhoria do conteúdo das propostas". Para o mencionado autor, o diálogo terá como fim otimizar as condições da proposta e adequar o teor da proposta às necessidades da autoridade contratante. Conclui o autor que: "a flexibilidade inerente a um diálogo negocial não deve ser confundida com falta de rigor ou permissividade. O sucesso dos procedimentos de carácter negocial dependerá da imagem de transparência, isenção e exigência transmitida pelas entidades adjudicantes" (SOUSA, Luís Verde de. Novidades em matéria de

Nessa linha, ensina Lino Torgal que:

> (...) a autonomia administrativa é, apesar da latitude dos dizeres da lei, limitada. É necessário que a *debilidade informativa* em que a Administração se encontra não possa, segundo padrões de normalidade, ser suprida com o recurso a instrumentos razoavelmente ao seu alcance. Se, usando da diligência normal, certa entidade adjudicante puder munir-se dos *procuremet skills* necessários à identificação e definição dos meios adequados à satisfação das suas necessidades, será ilegítimo recorrer ao diálogo concorrencial, que obviamente não serve para a Administração se demitir de fazer o que, por lei, tem a obrigação realizar nem para adquirir, sem mais a título gratuito, o *design* aos participantes no projecto.[562]

Assim, o gestor não pode utilizar as modalidades dialogadas ou o modelo de contratação semi-integrada para se livrar da responsabilidade (1) de planejar suas contratações, inclusive se informando sobre a melhor forma de execução do objeto pretendido; (2) de arcar com os prejuízos inerentes às suas escolhas e definições ao longo do processo de contratação.

4.2.3.4 Aspectos que devem ser regulamentados para efetividade da ferramenta

Assim como no procedimento de manifestação de interesse, a devida procedimentalização das modalidades dialogadas tem o condão de atribuir segurança à utilização da ferramenta pela empresa estatal.

A procedimentalização deve mirar transparência e previsibilidade de resultados ao diálogo realizado na fase das negociações. Os proponentes devem compreender de que forma poderão efetivamente contribuir, e quais as vantagens que serão obtidas, para revelar soluções que efetivamente servirão para o *design* do contrato que será adjudicado e executado.

No mais, deve servir para garantir que as negociações não violem os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. A isonomia será respeitada a partir da definição das regras no regulamento e no instrumento convocatório sobre os momentos das alterações no projeto licitado, possibilitando

---

negociação de propostas na nova directiva europeia da contratação pública. *Revista de contratos públicos*, ano 6, n. 10, set./fev. 2017, p. 154).

[562] TORGAL, Lino. Diálogo Concurrencial. Cit., p. 1006. Nesse sentido, comentando as normas de contratação de obras e serviços da Lei 13.303/2016: “A simples intenção de não fazer o projeto básico não é elemento idôneo para afastar a contratação semi-integrada. Enfim, a liberdade de escolha serve para lidar com as dificuldades inerentes à implementação de projetos complexos. Ela não é uma válvula de escape para que as estatais não precisem ser diligentes com suas contratações” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho et al. Cit., p. 264).

que os proponentes possam estimar os riscos e as vantagens de participar do procedimento.

Deve-se também buscar resolver o problema da “barganha unilateral”, que surge do art. 57 da Lei 13.303/2016.[563] Quer-se extrair do art. 57, por meio de sua regulamentação, a possibilidade de que a negociação sirva para obter resultados mais profícuos que o atingimento do preço do orçamento estimado.

A rigor, tal processo que será previsto no regulamento e amparado pelo edital do processo de contratação (em vista das peculiaridades do objeto a ser contratado) deve efetivar, além de estar em linha com as regras de *compliance* das estatais, bem como com as normas que regem o processo administrativo.

Sugere-se que os regulamentos tragam as seguintes balizas, incorporando as experiências internacionais sobre o tema, para elaboração de instrumentos convocatórios de concorrências dialogadas:

(1) O modo de composição da comissão responsável pelo diálogo, com a possibilidade, inclusive, de contratação de consultoria especializada para tanto;

(2) As etapas para admissão e o limite de proponentes que participarão do diálogo, inclusive considerando os procedimentos pré-concorrenciais e auxiliares[564] – a limitação é válida para evitar que o diálogo se disperse ou que os proponentes deixem de revelar todas as informações necessárias, com receio de que tais dados sejam utilizados pelos seus concorrentes;

(3) As fases de discussão e os limites dos termos do contrato que poderão ser objeto de sugestões e modificações (encargos das partes, método de execução, matriz de risco etc.:);

---

[563] A crítica à pobreza da Lei 13.303/2016 por prever apenas a possibilidade de negociação nos termos do art. 57 é feita por Gustavo Schiefler. Para o autor: “a licitação pública ainda permanece uma arena avessa à prática da livre negociação, em razão do princípio da vinculação ao edital e da isonomia. Embora exista a possibilidade fática de se promover um alinhamento maior de interesses durante a negociação, permitindo-se concessões em favor do particular, essa operação, em regra, ferirá o princípio da vinculação ao edital e, assim, a isonomia entre os licitantes. Não se ignora a possibilidade de que, eventualmente, até seja possível promove-la legitimamente em benefício de ambas as partes, mas o que se verifica é uma grande dificuldade teórica e prática para que isso aconteça” (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. As inovações do procedimento licitatório... cit., p. 201.

[564] Nesse ponto, adere-se à preocupação relativa ao projeto de lei que versa sobre as contratações públicas. Rafael Sérgio Lima de Oliveira sugere que o projeto detalhe a questão da qualificação para participação no diálogo, considerando também a fase de habilitação dos proponentes. Para o autor há risco de que as figuras sejam confundidas. Ver: OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Op. cit.

(4) A forma de definição e o conteúdo dos termos de referência comuns, a partir das propostas iniciais apresentadas durante a fase dialogada, para formulação das propostas definitivas;

(5) As ferramentas para proteção da confidencialidade e proteção das informações reveladas pelos proponentes;

(6) Os métodos de definição da proposta vencedora; e

(7) Eventuais formas de remuneração ou prêmios aos participantes em caso de utilização de informações concedidas e efetivamente utilizadas, mesmo quando tal participante não venha a ser contratado pela estatal.[565]

Quanto ao item 3, vale abordar novamente o art. 57 da Lei 13.303/2016, que trata da possibilidade de negociação do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento. Tal previsão não inviabiliza a regulamentação do procedimento dialogado, pois apenas tem como foco a garantia de que a proposta vencedora será contratada de acordo com o orçamento estimado.

No mais, a menção ao orçamento estimado como parâmetro de negociação do art. 57 não interdita a alternativa de que, além do preço, outras condições do termo de referência da contratação (inclusive a eventual minuta do contrato concebido pela empresa estatal para realização da contratação) sejam revistos. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma:

> A Lei das Empresas Estatais não especifica ou limita a negociação: é importante não confundir *parâmetro* de negociação, que pode ser a redução do preço, mas não somente. Isso porque a licitante pode se comprometer a dotar procedimentos, comportamentos e obrigações que podem ter implicação econômica. Ao assumir obrigações de investimento ou procedimentos de facilitação da fiscalização da contratante, há evidente redução do preço. A negociação pode ser um *efetivo compromisso* entre empresa estatal e licitante; trata-se de um *acordo integrativo* ou, no jargão mais usual, uma negociação com vistas à formalização de um *contrato condicionado*. Não por outra razão a Lei das Empresas Estatais faz referência às "condições" mais efetivas.[566]

---

[565] Vale aqui a anotação de Rafael Sérgio Lima de Oliveira sobre o tratamento europeu da matéria: "É possível que o vencedor do procedimento, aquele a quem o contrato for adjudicado, não seja o autor da solução adotada pela Administração. É de se imaginar que essa situação é bastante desestimulante para os concorrentes. Imaginar que irão trabalhar para construir uma solução e não se beneficiarem do seu labor é um fator desestimulante para o operador econômico. Pensando nisso, a Diretiva (24/2014/CE) abre a possibilidade de minimizar o risco do autor da solução, admitindo que autoridade administrativa preveja o prêmio ou pagamento para aqueles que participarem do diálogo" (Ibid.).

[566] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Cit., p. 264.

Temas importantes, que podem efetivamente impactar a distribuição de encargos no contrato e que devem ser abordados pelas empresas, referem-se à distribuição de obrigações para entrega do objeto e a elaboração da matriz de risco. A negociação (e não a imposição) de cláusulas de responsabilização por determinados riscos, a partir da experiência do sujeito que fornece o objeto do contrato, é fundamental para elaboração de contratos seguros para as partes.

4.2.4 Conclusão do tópico: a possibilidade jurídica de customização dos procedimentos de contratação

As estatais estão autorizadas a implementar procedimentos que visam a abrandar o caráter menos negocial (para não falar de adesão) atribuído às contratações públicas. O estabelecimento de diálogo com os interessados em fornecer soluções às necessidades das estatais, em um processo devidamente formalizado (mas não engessado), deve permitir que as contratações tenham maior probabilidade de serem eficientes.[567]

A maior participação do futuro contratado, na formação do contrato, também serve para dar segurança às partes, na medida em que as posições assumidas e os interesses a serem tutelados estarão registrados.

A distribuição de responsabilidades por eventuais ineficiências, na execução do contrato, poderá ser melhor identificada, evitando-se que os contratados imputem à alea extraordinária as causas de insucesso da inexecução contratual.

Além disso, a formalização das etapas de diálogo serve de acervo para interpretação do contrato, facilitando seu controle ou mesmo eventual resolução de conflitos surgidos na execução do contrato.

Por fim, tem-se que o controle da escolha dos procedimentos de formalização dos diálogos tem o caráter "negativo".[568] Não caberá aos órgãos de

---

[567] "Esta máxima pode decompor-se em três postulados essenciais: (i) o objeto da procura deve responder, de forma óptima, às necessidades da entidade adjudicante; (ii) o contrato deve prever as melhores condições possíveis para Administração (...); (iii) e o adjudicatário deve ser capaz de cumprir plenamente as obrigações que assumiu" (SOUSA, Luís Verde de. *A negociação nos procedimentos de adjudicação*... cit., p. 66).

[568] O controle das escolhas das estatais afasta-se da presente dissertação, por envolver uma análise sobre os limites e consequência da invalidade do ato. De todo modo, vale aqui da experiência portuguesa ainda à luz do Decreto 2004/18/CE (substituído pelo Decreto 2014/24/CE). Lino Torgal salienta que: "um tribunal pode controlar a decisão administrativa de recorrer ao diálogo concorrencial, como pode controlar qualquer decisão discricionária. Cumprir-lhe-á verificar, por

controle apontar a melhor solução para se estabelecer o processo de contratação, mas verificar se a escolha foi desproporcional ou manifestamente ilegal (inclusive, à luz dos procedimentos fixados nos regulamentos das estatais).

4.3 HÁ UM REGIME ÚNICO DE CONTRATAÇÃO PARA AS ESTATAIS?

A partir das possibilidades, garantidas pela própria Lei 13.303/2016, de construção de regimes diversos licitatórios, tem-se que não há motivos para que não se considere a existência de regimes próprios de cada empresa estatal dentro de um regime mais amplo que regula de forma geral as contratações das estatais.

Os regulamentos são fontes de regras sobre contratação que devem estar diretamente vinculados às finalidades estatutárias das empresas estatais e principalmente adequados ao mercado em que atuam.

Ou seja, o regime de contratação de cada empresa estatal seguirá princípios, diretrizes e regras gerais, que permitem que a matéria de contratação nas estatais seja introduzida com alguma unidade lógica. Porém, para aplicação e compreensão de cada contratação há de se ter em conta diferenças específicas de acordo com modelo e o mercado em que atua cada empresa estatal, que deverão estar refletidas em seu regulamento e na modelagem do processo de contratação.

É dessa forma que o operador do direito deverá se acostumar a lidar com as questões atinentes às estatais. O exame do regime de licitação das estatais não se pauta apenas numa norma geral de contratação, mas volta-se para as regras específicas de cada estatal e de cada contratação.[569]

---

exemplo, se, num certo caso, a decisão de contratar por recurso ao diálogo concorrencial se ficou, ou não, a dever a um défice de diligência censurável da entidade adjudicante, ou seja, se aquela decisão era ou não *necessária*, sendo que, se concluir que a entidade adjudicante que recorreu ao procedimento do diálogo concorrencial tinha, sem que isso implicasse para si um esforço desproporcionado, as capacidades necessárias para identificar e definir os meios adequados à satisfação de uma sua necessidade, invalidá-la-á, já que, no caso concreto, deveria ter sido promovido um procedimento adjudicatório alternativo. (...) além das hipóteses em que a medida questionada não é manifestamente adequada ou necessária para atingir um determinado desiderato jurídico-administrativo, o juízo de ilegalidade por violação do princípio da proporcionalidade deve ficar reservado para os casos em que se conclua que *as vantagens intentadas com a mutação da ordem jurídica introduzida estão em notória desproporção com os custos adveniente da frustração das expectativas criadas*" (TORGAL, Lino. Diálogo Concurrencial. Cit., p. 1006-1007).

[569] Em termos mais gerais: "mesmo falando de um regime híbrido e atípico das empresas estatais brasileiras, esse regime sequer é uniforme para todas elas, possuindo variações bem importantes de acordo, por exemplo, com a natureza da atividade econômica exercida e com a maior ou menor dependência das verbas do orçamento público. (...) Mesmo após a edição do Estatuto das Estatais, há quase tantos regimes jurídicos quanto empresas públicas e sociedade de economia mis existentes" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*… cit., p. 171).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho explorou as normas que regem as contratações realizadas pelas estatais de bens, obras e serviços. Buscou-se compreender se é possível interpretar os princípios e regras que tratam do processo de contratação das estatais de forma diversa do regime geral de contratação pública. As estatais tem possibilidade de contratar de maneira diversa da forma prevista na Lei 8.666/1993?

O desafio foi o de fornecer soluções jurídicas para que se extraia das normas existentes regimes de atuação contratual que possam ser, quando conveniente, consensuais e negociais, valendo-se, quando possível, dos espaços de discricionariedade criados pela Lei 13.303/2016 para implementação de ferramentas de diálogo para modelagem do contrato.

Almejando ter atingindo os objetivos propostos, eis as considerações finais resultantes dos quatro capítulos da presente dissertação:

(1) A realidade revela que o Estado adota a técnica empresarial para atividades bastante diversas, tornando o exame da atuação empresarial estatal muito mais complexa do que o texto da Constituição pressupõe;

(2) A Lei de criação da empresa estatal e seu estatuto são fundamentais para concretização das atividades e verificação do respeito aos limites impostos pela Constituição para utilização da técnica empresarial. A Lei 13.303/2016 reforça a exigência de que o objeto da estatal esteja bem delimitado e seja observado, a fim de que dele se crie um regime específico para atuação da empresa estatal;

(3) Considerando o caminho estabelecido pela Constituição e pelo art. 2º, §1º, da Lei 13.303/2016, de concretização da técnica empresarial pelo Estado, o art. 27 da Lei 13.303/2016 deve ser interpretado de forma a efetivar a função social da empresa por meio e para o desenvolvimento de seu próprio objeto social. As funções derivadas previstas no art. 27 da Lei 13.303/2016 conformam a atividade prevista pela estatal, na medida em que integram a Administração Pública, devendo adotar uma postura responsável com o desenvolvimento sustentável nacional. Mesmo das empresas

privadas, o mercado vem exigindo maior compromisso com questões sociais e ambientais. Logo, as empresas estatais não podem ser utilizadas para a concretização de políticas públicas desvinculadas de seu objeto social e que atrapalhem o atingimento eficiente dos objetos estipulados para realização de suas atividades. Tal diretriz determina inclusive que a empresa estatal seja lucrativa, como indicativo econômico e financeiro de sua viabilidade e conveniência;

(4) No cenário descrito no item 3, deve ser compreendida a função da contratação de bens, obras e serviços fornecidos por terceiros para as estatais. Trata-se de meio para obtenção de insumos necessários, e que não são produzidos pela própria empresa estatal, para consecução de seus objetivos. Sendo assim, o processo de contratação tem como função precípua a obtenção de bens, obras e serviços da forma mais vantajosa possível. Isso faz com que as funções derivadas da contratação sejam limitadas pela necessidade de que o processo de contratação seja eficiente para a própria empresa estatal, e não para atendimento de outras finalidades públicas. Obviamente, isso não impede que outros valores possam ser considerados, tutelados e até fomentados por meio da contratação das estatais, desde que seja possível que se gerem externalidades positivas para a própria empresa por meio de sua valorização ou de seus produtos, assim como seja respeitada a regra do art. 8º, §2º da Lei 13.303/2016;

(5) O objeto da contratação das estatais sempre estará atrelado a uma necessidade identificada pela estatal que não pode ser atendida pela sua própria estrutura. Classificar esse objeto como vinculado a uma atividade-fim ou meio da estatal para definição do regime de contratação a ser aplicado não se demonstra adequado, pois a realidade não permite classificações estanques. Uma mesma contratação pode ser relacionada ou não ao objeto social da empresa, a depender das circunstâncias;

(6) As contratações realizadas pelas estatais devem ser compreendidas a partir da complexidade de definição do seu regime geral. O art. 173 da Constituição permite que o Estado utilize a técnica empresarial

para intervir na economia, a partir de um regime diferenciado de atuação que mescla normas de direito privado e normas que guiam a atuação da Administração (inclusive dos agentes que compõem o quadro das estatais). Ou seja, tem-se um regime *sui generis* de atuação das estatais que pode ser mais ou menos público ou privado a depender do objeto e dos sujeitos com o qual a estatal está a se relacionar. Portanto, a definição do regime a ser aplicado às estatais não constitui uma tarefa simples – o que muitas vezes determinará a necessidade de se extrair das regras e princípios que lhe são aplicáveis normas de contratação específicas para cada empresa estatal (não exatamente iguais às que são aplicadas às empresas privadas ou à Administração);

(7) As contratações realizadas pelas estatais também devem ser compreendidas a partir da complexidade da própria contratação realizada pelo Estado. A realidade dificulta que se sustente a existência de um regime único tanto pré-contratual como contratual a reger todas as relações obrigacionais em que a Administração é parte. Isso limita as escolhas dos administradores e a efetiva negociação entre as partes contratantes – o que gera resultados adversos para o adimplemento do contrato e para o próprio desenvolvimento da atividade empresarial. Mesmo de forma mais ampla, a doutrina, ao criticar a corrente maximalista da licitação, vem propondo a interpretação das regras existentes e incentivando a concepção de novas normas que permitam a regulação específica de cada contrato, a partir de seu objeto e suas finalidades. Tem-se que um regime exorbitante e que limita a criatividade da Administração é ineficiente, pois não inibe a corrupção e dificulta o adimplemento pleno dos contratos. A Lei 13.303/2016 revela regras e princípios gerais que permitem a concepção de regimes específicos contratuais para cada empresa estatal;

(8) Independentemente do regime, tem-se que o adimplemento da obrigação depende de todos os atos que antecedem a contratação. Por isso, no âmbito das estatais é essencial que se compreenda a contratação como um verdadeiro processo que vai da fase

preparatória até a execução do contrato. Forma-se uma relação processual entre a empresa estatal e o futuro contratado para constituição de uma relação obrigacional. As regras e princípios aplicados a esse processo e à formação da relação obrigacional determinam o regime a ser observado pelas estatais. Propõe-se, então, considerar a constituição das obrigações como um processo, em que o adimplemento do contrato pelas partes polariza todo o tratamento da relação que será trilhada em conjunto pela estatal e o contratado. Trata-se de estrutura que facilita o controle da relação obrigacional, permitindo a compreensão sobre as posições jurídicas assumidas ao longo da fase pré-negocial, fundamental para interpretação e execução do contrato;

(9) No caso das estatais, conclui-se que a Lei 13.303/2016 projeta um processo de formação do contrato até o seu cumprimento. Para além das regras existentes na Lei, o regime próprio das estatais, formado pelos princípios que regem a Administração Pública e pelas regras de governança empresarial, determina que as decisões tomadas pelas empresas estatais também se deem em um ambiente processualizado (com base em atos motivados, transparentes e que respeitem a boa-fé dos envolvidos);

(10) A obrigação como processo realça a confiança gerada entre as partes nas negociações e os deveres inerentes da boa-fé objetiva, que vão além do mero adimplemento das cláusulas contratuais, exigindo que as partes ajam de forma leal e busquem atender às necessidades que se quer satisfazer por meio do contrato;

(11) A menor incidência das regras de direito público sobre a atividade contratual das estatais, num ambiente processualizado, faz com que o processo de contratação seja uma etapa que envolve muita responsabilidade das estatais, sobretudo (1) por ser envolta por regras de implantação de governança (*compliance* e transparência); (2) por não contar com um regime de prerrogativas exorbitantes que admita a alteração e resolução unilateral dos contratos; e (3) por não ser o patrimônio da estatal protegido pelas regras de execução contra a Fazenda, estando sujeito à penhora em caso de inadimplemento

contratual. Logo, o adimplemento do contrato é o objetivo do processo de contratação que o antecede;

(12) Ao tratar as obrigações contratadas pelas estatais como um processo, é possível atribuir à fase pré-negocial a função geral de: (1) legitimar o contrato por meio da obtenção de consenso; e, mais especificamente, (2) garantir a formação mais vantajosa do contrato, estimular a competição entre os interessados em executar o contrato, controlar os gastos e prevenir o sobrepreço e superfaturamento, tutelar a livre concorrência e evitar a corrupção do poder de compra das estatais, estabelecer o parâmetro e estratégias para o acompanhamento e cumprimento do processo de execução do contrato, e verificar se as contratações realizadas estão adequadas ao plano de negócios e às estratégias de longo prazo das estatais;

(13) A partir do art. 22, XXVII, e do art. 173 da Constituição, a Lei 13.303/2016 cria um regime próprio de contratações para as estatais. Antes, havia um amplo debate doutrinário e jurisprudencial a respeito da incidência do mesmo regime de contratação da Administração Pública direta às estatais. A ausência de uma lei específica fazia com que as posições assumidas sobre o tema divergissem quanto à (im)possibilidade de as estatais editarem seus próprios regimes de contratação a partir da previsão do art. 173, §1º, da Constituição. Tal discussão perdeu o sentido com a publicação da Lei 13.303/2016, que submete todas as empresas estatais (prestadoras ou não de serviço público, dependentes ou não da Administração) às suas regras, diretrizes e princípios;

(14) A Lei 13.303/2016 foi promulgada em um contexto de graves revelações de corrupção e desvios de finalidades envolvendo processos de contratação das estatais. Tal cenário freou a criatividade do legislador na elaboração de um estatuto das estatais mais enxuto, que se limitasse a estabelecer regras de governança e atribuísse ao próprio gestor das estatais a responsabilidade pela modelagem dos processos de contratação, de acordo com as necessidades de contratação para realização das atividades empresariais. A Lei 13.303/2016 importou inovações que vêm sendo

aplicadas ao regime das contratações públicas (*i.e.,* RDC, Pregão) que, mesmo caminhando para ampliar a discricionariedade dos administradores, ainda não implementa um ambiente processual pré-negocial menos rígido, que seja mais negocial e que produza efetivo consenso entre as partes contratantes;

(15) A importância de se tratar de forma mais ampla de um processo de contratação está no fato de o §3º do art. 28 da Lei 13.303/2016 ter afastado a incidência do processo licitatório para os casos em que a contratação é direta e especificamente vinculada à realização do objeto social da empresa estatal – independentemente de a licitação se revelar óbice ou não de atuação da estatal no mercado (esse já não é mais um critério a ser considerado pelos órgãos de controle). Ou seja, a tendência é de que boa parte das contratações realizadas pelas estatais não necessite ser realizada por licitação, pois se presume que terão sempre vínculo direto com o objeto social da empresa. Contratação de necessidades gerais e para o exercício de funções derivadas devem ser precedidas de licitação;

(16) A não incidência de licitação para as contratações significa a eliminação de formalidades que supostamente visam a garantir a competição entre interessados e a lisura da contratação. Isso não significa a ausência do dever das estatais de se valerem da competição inerente ao mercado para obtenção de contratações mais vantajosas. Porém, tal competição não ocorrerá em um ambiente criado pela estatal, mas se dará no próprio mercado;

(17) A não incidência de licitação para realização de contratações não dispensa as estatais de tomar suas decisões por meio dos processos ditados pela sua governança e pelos processos impostos pelo mercado. Em outros termos, toda a contratação deve ser precedida por uma fase preparatória (de planejamento e concepção do contrato) e de efetiva negociação com os interessados. Todas as finalidades e todos os princípios previstos no art. 31 da Lei 13.303/2016 devem ser observados e ponderados, levando-se em conta que a não incidência das regras licitatórias determinam a diminuição da formalidade a ser exigida dos gestores. A não incidência da licitação libera a estatal da

observância de preferências impostas pela lei, formalidades relacionadas à habilitação, impugnações de interessados, diminuição da incidência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como gera o dever de observância dos compromissos assumidos ao longo da negociação. Por fim, verifica-se também a maior liberdade para modelagem do processo de negociação;

(18) Havendo a incidência do dever de licitar, cabe ao gestor verificar se a contratação a ser realizada se enquadra em alguma hipótese de dispensa ou inexigibilidade do processo. A rigor, tem-se que as hipóteses em que a licitação poderá ser afastada pelo gestor não divergem daquelas já previstas nas contratações públicas em geral, revelando a mesma tendência de fuga do processo licitatório que ocorre em relação às contratações públicas;

(19) A Lei 13.303/2016 pode ser interpretada de modo a gerar um ambiente menos maximalista do que o criado pela Lei 8.666/1993. Apesar de extensa, a Lei 13.303/2016 é muito mais enxuta do que a Lei 8.666/1993. Suas diretrizes, princípios e fases processuais foram trazidas basicamente do RDC e da Lei 10.520/2002, que ampliaram o poder discricionário dos Administradores para modelagem do processo de contratação. O procedimento não é o do pregão, mas deve seguir sua linha, ocorrer em ambiente eletrônico e em dez fases que vão da preparação até a homologação do contrato;

(20) Se não modulado pelos regulamentos, o processo de licitação em geral não é afeto a negociações e ao diálogo entre os participantes. Sua estrutura possui apenas uma fase de negociação. O diálogo entre os proponentes com a estatal ocorre, quando se segue o procedimento ordinário previsto na Lei, na fase de impugnação ao instrumento convocatório e de interposição recursal – o que não configura uma efetiva negociação entre as partes;

(21) A Lei 13.303/2016 atribui responsabilidade aos gestores das estatais em identificar os critérios para habilitação dos proponentes – o que atenua a crítica pelas formalidades impostas pela Lei 8.666/1993 aos licitantes nas contratações públicas em geral;

(22) As fases da licitação devem ser realizadas a partir da perspectiva de que o contrato das estatais será executado em regime essencialmente privado. Tal constatação determina que os gestores evitem a inclusão, sem a devida justificativa, de cláusulas que posicionem a empresa estatal em patamar extremamente favorável em relação aos proponentes, dificultando a execução do contrato por impor ao contratado prestações extremamente onerosas. Por isso, a fase de preparação da licitação, que contempla a modelagem do contrato, deve ser permeada pela distribuição adequada de riscos, responsabilidades e mecanismos de sancionamento contratual em caso de inadimplemento (inclusive contra a estatal);

(23) As regras de licitação devem ser utilizadas valendo-se das ferramentas auxiliares ao processo, que permitem ao gestor padronizar exigências – desde que tal padronização diminua os custos e melhore as contratações, além de economizar tempo para realização de cadastramento de fornecedores e produtos para contratações futuras. A prática e os estudos empíricos sobre os processos auxiliares serão úteis para comprovação de sua utilidade e efetivação das ferramentas;

(24) Tem-se como resultado da dissertação a constatação de que a Lei 13.303/2016 é menos maximalista que a Lei 8.666/1993, ampliando o campo de atuação dos gestores para modelagem do processo de contratação. Porém, há sempre o risco cultural de que os órgãos de controle e as estatais interpretem a Lei 13.303/2016 de forma mais rígida e formalista – e até mesmo contrária ao modo que se espera que uma empresa atue (de forma negocial e criativa). Mais do que isso, é preciso que o gestor considere o fato de que o regime de seus contratos é essencialmente privado, o que impacta diretamente o processo de contratação. Por isso, e conforme indicado acima, a modelagem do contrato deve evitar a inserção de previsões exorbitantes ou distribuição de riscos a gerar onerosidade excessiva para execução do contrato. Cláusulas desse tipo se mostram ilegais perante o regime da Lei 13.303/2016;

(25) A Lei 13.303/2016 possui espaço para que dela se extraiam normas que formem um regime minimalista, aberto à efetiva negociação entre as partes contratantes. Primeiro, porque deposita no regulamento das estatais, a ser aprovado pelos órgãos das estatais e cuja natureza é essencialmente empresarial (não totalmente, pois a ele aplicam-se regras que conformam a atuação de todo agente do Estado), o tratamento de aspectos relevantes para modelagem do processo de contratação e do próprio contrato. Segundo, porque estabelece mecanismos (sobretudo o PMI) que permitem a participação efetiva de interessados na modelagem do contrato, estabelecendo uma relação mais negocial e consensual entre a estatal e o seu futuro contratado. Cabe às estatais a utilização efetiva desses instrumentos, o que depende de como os gestores encaram seus processos de contratação – *i.e.* se como formalidades que garantem a isenção de qualquer responsabilidade, ou como um processo essencial para o adimplemento contratual.

A possibilidade de customização dos processos de contratação por meio do regulamento faz com que o intérprete da Lei 13.303/2016 lide com diversos regimes de contratação extraíveis de um único estatuto, afastando-se do modelo geral e rígido imposto pela Lei 8.666/1993. Tal interpretação é condizente com a ideia de que a aplicação efetiva da técnica empresarial pelo Estado demanda o emprego de instrumentos mais afetos ao mercado. A implementação de regulamentos que representem e tratem dos desafios enfrentados para contratação de bens, obras e serviços essenciais para a realização de seus objetivos estatutários pode ser a virada de chave de um processo de contratação extremamente rígido, ao qual as estatais estavam submetidas, para um processo mais negocial, transparente e que poderá se mostrar mais eficiente (ao menos do ponto de vista jurídico) para fins de adimplemento da obrigação contratada.

Enfim, tem-se como contribuição a sugestão de interpretação da Lei 13.303/2016 de modo a conferir mais autonomia aos gestores das empresas que estarão submetidas aos controles derivados da governança que deve ser implementada pela estatal. Trata-se de uma forma de se atribuir segurança e incentivar o gestor a implementar medidas que tragam resultados positivos nas

contratações realizadas e auxiliem o atingimento das finalidades para as quais a estatal existe.

Por força da Constituição e do art. 68 da Lei 13.303/2016, tem-se como necessário que os gestores e órgão de controle afastem das empresas estatais formalidades excessivas,[570] mas que não são verificadas nas contratações privadas. A eficiência da estatal também dependerá de uma contratação eficiente de acordo com a régua que o mercado (consumidores, usuários, fornecedores, etc.), no qual a empresa estatal atua, impõe a todos que nele querem atuar.

---

[570] "(...) as instâncias de controle passaram a consolidar entendimentos jurídicos bastante rígidos e restritivos relativamente a temas importantes do dia-a-dia da Administração, como a contratação direta e o controle de preços na contratação administrativa, para ficar apenas em alguns exemplos" (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle, *Direito do Estado*, n. 71. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 27 dez. 2019).

REFERÊNCIAS

AFONSO NETO, Celso de Almeida. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. (In) MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Ithala, 2019, p. 349-366.

AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The quarterly journal of economics*, vol. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 333-349.

AMARAL, Paulo Osternak. Lei das estatais: espectro de incidência e regras de governança. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 59-70.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. *Revista de direito administrativo*, v. 225, p. 109-129, jul./set. 2001.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contratação*: a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de direito público da economia,* ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006.

BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na lei das estatais (Lei nº 13.303/2016). (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 205-233.

_____. Regulamento simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. *Fórum de contratações e gestão pública*, ano 6, n. 68, ago. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=46766. Acesso em: 7 set. 2009.

_____. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de execução indireta de obras e serviços para empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 367-399.

_____; TONIN, Mayara Gasparoto. Differential public procurement regime (RDC): main characteristics. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; Cesar Pereira; ROST, Maria Augusta (org.). *Brazil Infrastructure*. Haia: Eleven, 2016, p. 299-318.

BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98. *Revista de direito administrativo*, v. 217, p. 1-12, jul./set. 1999.

BRAGA, André de Castro P. *Compliance em contratações públicas*: qual caminho o TCU escolherá? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/compliance-em-contratacoes-publicas-qual-caminho-o-tcu-escolhera-12062019. Acesso em: 1º de set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Emenda n. 1 ao PL 555/2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159063&ts=1548945163936&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Emenda n. 38 ao PL 555/2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159090&ts=1548945164073&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Emenda n. 68 ao PL 555/2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159027&ts=1548945163748&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Emenda n. 74 ao PL 555/2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-

getter/documento?dm=4159099&ts=1548945164134&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Emenda n. 93 ao PL 555/2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159117&ts=1548945164223&disposition=inline Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Emenda ao PL 555/2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159036&ts=1548945163797&disposition=inline). Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Parecer*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4694548&ts=1548956745073&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Parecer n. 1.188/2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159126&ts=1548945164285&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Projeto de Lei do Senado de 2015* - Complementar. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=581925&ts=1548954278550&disposition=inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. _____. *Relatório PL* (Dispõe sobre a responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas públicas que especifica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e sobre seu estatuto jurídico). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4158982&ts=1548945163488&disposition =inline. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. Ministério da Economia. *Boletim das empresas estatais federais.* Disponível em: www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais. Acesso em: 27 dez. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). *Revista de direito administrativo*, v. 214, p. 69-98, out./dez. 1998.

CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. *Revista de direito administrativo,* v. 214, p. 107-114, out./dez. 1998.

_____. *Licitação e contratação nas empresas estatais*: anotações críticas sobre a lei nº 13.303, de 30 de junho 2016 (estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista). Rio de Janeiro: Synergia, 2017.

CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. O lucro nas empresas estatais. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 10, n. 37, p. 9-18, abr./jun. 2012.

_____. *O Mito das cláusulas exorbitantes*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019. Acesso em: 13 dez. 2019.

CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: regime instituído pela Lei 13.303/2016. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 95-119.

CARANTA, Roberto. Clausole sociale e ambientali e rispetto del principio di concorrenza. (In) MARZUOLI, Carlo; TORRICELLI, Simone (coord.). *La dimensione sociale dela contrattazione pubblica*: disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. Napoli: Scientifica, 2017, p. 127-145.

CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper a dicotomia? *Interesse Público*, n. 117, p. 55-80, set./out. 2019.

CORDEIRO, António Menezes. *Contratos públicos:* subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.* Coimbra, Almedina, 1987.

COUTINHO, Diogo R; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. *Revista de direito GV,* v. 15, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1808-24322019000100200&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 11 jan. 2020.

COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo*, v. 277, p. 163-171, jul./set. 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PIOVESAN, Filipe da Silva. Sobre a prorrogação do prazo de execução contratual nos regulamentos de empresas estatais federais: uma análise comparativa entre a Lei nº 13.303/2016 e a Lei nº 8.666/1993. *Interesse Público*, ano 21, n. 116, p. 87-104, jul./ago. 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Uma visão crítica sobre a lei das estatais. (In) FERRAZ, Sérgio (org.). *Comentários sobre a lei das estatais (*Lei 13.303, de 30.6.2016). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 60-67.

DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. Novo estatuto das empresas estatais: obrigatoriedade de licitação e hipóteses de contratação direta. (In) (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 183-204.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma administrativa: a emenda nº 19/98. *Revista de direito administrativo,* v. 213, p. 133-139, jul./set. 1998.

DRAGOS, Dacian C; NEAMTU, Bogdana. Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union. (In) SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja. *Sustainable public procurement under EU law*: new perspective on the State as Stakeholder. Cambridge: Cambridge, 2016, p. 114-137.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento da licitação da Lei 13.303/2016. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 443-462.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário:* das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais:* teoria geral e aplicação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Obrigações administrativas*. Curitiba: Genesis, 1994.

FRAZÃO, Ana. O abuso de poder de controle na lei das estatais. (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 107-140.

GABARDO, Emerson. *O Jardim e a praça para além do bem e do mal*: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 396, 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*: casos e polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GETANI Francisco; SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. Estatais, inovações e medo. *Valor*, São Paulo, 23 out. 2019. Disponível em: https://valor.globo.com/opiniao/coluna/estatais-inovacoes-e-medo.ghtml. Acesso em: 27 dez. 2019.

GOMES, Gabriel Jamur. Relações contratuais de comercialização na regulação jurídica do mercado brasileiro de energia elétrica. Dissertação (mestrado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 282, 2013.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Credenciamento e contratos da administração*: uma alternativa virtuosa. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/credenciamento-e-contratos-da-administracao-uma-alternativa-virtuosa. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

_____; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella, PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comentários à lei das estatais (Lei 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUIMARÃES, Edgar. *Responsabilidade da administração pública pelo desfazimento da licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle, *Direito do Estado*, n. 71. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 27 dez. 2019.

ISSA, Rafael Hamze. Contratação públicas – proposta para melhorar a estruturara de contratações públicas complexas. (In) CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito, instituições e políticas públicas:* o papel do jusidealista na formação do estado. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 337-354.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Notas sobre contratação públicas na Lei das Estatais*. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/noticias/notas-sobre-contratacoes-publicas-na-lei-das-estatais. Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresarias”. *Revista Eletrônica da PGE RJ,* v.1, n. 2, 2018, disponível em: http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/a-constitucionalidade-da-lei-13-3032016-a-distincao-entre-sociedades-estatais-empresarias-e-nao-empresarias, acesso em 20 de janeiro de 2018.

_____. A contratação sem licitação nas empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal. (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 283-326.

_____. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. (In) JUSTEN FILHO, Marçal. (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 39-57.

_____. *A tecnologia realizará a promessa que o Direito Administrativo não cumpriu*? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-tecnologia-realizara-a-promessa-que-o-direito-administrativo-nao-cumpriu-26112019. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 4 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

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

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: lei 8.666/1993. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Curso de direito administrativo.* 13 ed. São Paulo: RT, 2018.

_____. *Mas temos muito ainda a falar sobre licitação*. 2015. Disponível em: http://justenfilho.com.br/tags/dialogo-competitivo/. Acesso em: 26 out. 2019.

_____. Procedimentos Auxiliares das licitações e a pré-qualificação. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord). *O regime diferenciado de contratações púbicas.* 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 331-358.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello; WLADECK, Felipe Scripes. Alteração dos contratos das empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 503-524.

LIMA, José Carlos de Souza. *Um estudo de caso sobre a reconfiguração da função de compras em empresas do setor automotivo.* 2004. Tese (Doutorado em Direito em Engenharia) – Universidade de São Paulo*,* p. 172, 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito civil:* obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias. *Direito do estado*, Ano 2016, n. 94. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias. Acesso em: 25 de out. de 2019.

_____. Licitações na União Europeia (IV): preparação da contratação e a abertura da licitação. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 310. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-iv-preparacao-da-contratacao-e-a-abertura-da-licitacao. Acesso em: 25 de out. 2019.

_____. O diálogo competitivo como modalidade licitatória e seus impactos. *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria, acesso em: 25 de out. de 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. (In) OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.) *Direito administrativo* – estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 575-604.

_____. *Bens públicos*: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do advogado*, n. 107, p. 74-82, dez./2009.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na lei das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016). (In) NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 245-270.

_____; ZAGO, Marina Fontão. Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades. *Revista de direito público da economia,* ano 13, n. 49, p. 79-94, jan./mar. 2015.

MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio económico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. *Revista de Contratos Públicos*, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80268. Acesso em: 15 dez. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre Administração e os Particulares. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, v. 22, p. 228-257, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MELO, Diogo L. Machado de. Contrato de adesão em relação de não consumo: lógica econômica e balizas para o ativismo jurisdicional. *Revista do advogado,* n. 116, p. 70-76, jul./2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Dissertação (mestrado em ciências jurídico-políticas) – Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 215. 2011.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação*: repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico:* a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública e a negociação pré-contratual – A necessidade do diálogo público-privado. *Revista de contratos públicos*, ano 2, n. 2, p. 61-74, set. 2012 / fev. 2013.

_____. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. *Revista de direito público da economia*, ano 5, n 20, out./dez. 2007. Disponível em: www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831. Acesso em: 3 dez. 2017.

_____. *Súmula 473:* é hora de dizer adeus. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sumula-473-e-hora-de-dizer-adeus-01102019. Acesso em: 15 de dezembro de 2019.

_____; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. (In) ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 586-592.

_____; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de direito administrativo*, v. 236, p.215-261, abr./jun. 2004.

MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP.* Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. *Reinventando o capitalismo de estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

MUKAI, Toshio. Licitações e contratos na emenda constitucional 19/98. *Revista de direito administrativo,* v. 216, p. 51-56, abr./jun. 1999.

NAPOLITANO, Guilio. *La logica del diritto amministrativo.* 2 ed. Bologna: Il Mulino, 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O regulamento de licitações e contratos das estatais. (In) FERRAZ, Sérgio (org.). *Comentários sobre a lei das estatais (*Lei 13.303, de 30.6.2016). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 236-246.

_____; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessão de serviço público e PPPs. *Revista brasileira de direito público*, ano 7, n. 25, p. 81-97, abr./jun. 2009.

_____. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=66032. Acesso em: 13 dez. 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Natureza Jurídica (In) NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de direito administrativo*: licitações e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41-43 (Tratado de direito administrativo, v. 6 /coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: RT, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro*. 2017. Disponível em: http://licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em: 26 de out. 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. (In) SUNDFELD, Carlos Ari; e JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 80-113.

PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro. *Revista dos tribunais,* v. 953, p. 51-74, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. V. 3. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 327-365.

_____. Sanções administrativas na lei das empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 525-564.

PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. (In) MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011, p. 263-273.

_____. Obrigações administrativas. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra (Org.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 484-516.

_____. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Belo Horizonte: 2006.

PETIAN, Angélica. Dispensa e inexigibilidade de licitações nas empresas estatais. FERRAZ, Sérgio (org.). *Comentários sobre a lei das estatais (*Lei 13.303, de 30.6.2016). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 209-217.

PETRONECT. Disponível em: https://www.petronect.com.br/irj/portal/anonymous/pt. Acesso em: 1º de abril de 2019.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal*: função econômica e dilema societários. São Paulo: Altas, 2013.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARANÁ. Protocolo n. 15.122.221-8. Parecer n.19/2018 – PGE. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/192018.pdf. http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Parecer/2018/192018.pdf. Acesso em: 18 de set. de 2019.

RACCA, Grabriella M. La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale. (In) MARZUOLI, Carlo; TORRICELLI, Simone (coord.). *La dimensione sociale dela contrattazione pubblica*: disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. Napoli: Scientifica, 2017, p. 171-193.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Instrumentos para gestão e controle das empresas estatais. (In) JUSTEN FILHO, Marçal. (org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 217-229.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato e nula perante a Lei 8.666/93*. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/-atribuicao-aocontratado-daadministrac ao -publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nulaperante-a-lei-8-666-93. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de contratos de concessão e PPP no interesse da Administração Pública problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais. *Revista de contratos públicos*, ano 2, n. 2, p. 103-135, set. 2012/ fev./2013.

RODRIGUES, Larissa. Exceção virou regra: governo federal faz 53% das compras sem licitação. *Metrópoles*. Disponível em: https://www.metropoles.com/brasil/excecao-virou-regra-governo-federal-faz-53-das-compras-sem-licitacao. Acesso em: 09 nov. 2019

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

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

GEBRIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU? *Revista de direito público e economia,* ano 13, n. 50, abr./jun. 2015. Disponível em: www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236530. Acesso em: 27 mar. 2019.

SAAD, Amauri Feres. Liberdade das formas na contratação pública. (In) FERRAZ, Sérgio (coord.). *Direito e liberdade*: conservadorismo, progressismo e o Estado de Direito. São Paulo: IASP, 2017, p. 283-349.

SAMPAIO, Alexandre Santos. *A não incidência da licitação nas empresas estatais*: o embate entre a liberdade empresarial e a licitação pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. As inovações do procedimento licitatório na lei federal 13.303/2016. (In) FERRAZ, Sérgio (org.). *Comentários sobre a lei das estatais (*Lei 13.303, de 30.6.2016). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 174-217.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. (In) ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 469-537.

_____. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Atuais rumos do processo administrativo. São Paulo: RT, 2010, p. 9-52.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O estado acionista:* empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017.

SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Regulamento de licitações editados sob a lei 13.303/*2016: instrumentos de inovação ou de repetição? 2018. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido.* Coimbra: Almedina, 1995.

SOUSA, Luís Verde de. *A negociação nos procedimentos de adjudicação*: uma análise do código dos contratos públicos. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Novidades em matéria de negociação de propostas na nova directiva europeia da contratação pública. *Revista de contratos públicos*, ano 6, n. 10, p.139-157, set./fev. 2017.

STEINER, Renata C. Relação jurídica de concessão como processo e a situação patológica de descumprimento. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 36, p. 205-237, 2011.

_____. Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações. *Interesse Público*, ano 11, n. 54, p. 19-28, mar./abr. 2009.

_____; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Revista de direito administrativo,* v. 245, p. 13-30, 2007.

_____. Os contratos de concessão e sua anulação. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, n. 7, jul./ago./set. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=125. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

TÁCITO, Caio. A reforma do estado e a modernidade administrativa. *Revista de direito administrativo,* v. 215, p. 1-7, jan./mar. 1999.

TALAMINI, Eduardo. O STF, os precatórios e a Administração Pública indireta, *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 45, jun./2011, disponível em http://www.justen.com.br/informativo, acesso em 11 abril 2019.

TONIN, Mayara Gasparoto. *Sociedades de economia mista e acionistas minoritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TORGAL, Lino. Diálogo Concurrencial. (In) Victor Hernández-Mendible (coord.). *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo.* Tomo II. Caracas: Paredes, 2009, p. 997-1024.

_____; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para u m regime de contratação de concessão de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*). (In) *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 523-571.

TORRES JUNIOR, Jessé Pereira. Repercussão da emenda constitucional nº 19 sobre o regime jurídico das licitações. *Revista de direito administrativo,* v. 213, p.1-9, jul./set. 1998.

TORRICELLI, Simone. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. (In) MARZUOLI, Carlo; TORRICELLI, Simone (coord.). *La dimensione sociale dela*

contrattazione pubblica: disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili. Napoli: Scientifica, 2017, p. 7-25.

VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e de proposta não solicitada – Os riscos e os desafios da contratação na sequência da cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de infraestrutura*, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas*: o uso derivado da contratação. 2017. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 373, 2017.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos públicos e direito privado: interpretação, princípios e inadimplemento*. São Paulo: Almedina, 2016.

ZYMLER, Benjamin; BAETA, André Pachioni; SILVA, André Vilanova da; MOREIRA, Daniel Miranda Barros; BISPO, Fernanda Schreiber; ALVES, Francisco Sérgio Maia; MACHADO, Karine Lílian de Sousa Costa; DIOS, Laureano Canabarro. *Novo regime jurídico de licitações e contratos nas empresas estatais*: uma análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2018.