

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Vitto Giancristoforo dos Santos

O REGIME DE LICITAÇÃO DO ESTATUTO DAS ESTATAIS

Porto Alegre  
2017

Vitto Giancristoforo dos Santos

## O REGIME DE LICITAÇÃO DO ESTATUTO DAS ESTATAIS

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como pré-requisito para  
obtenção do título de Especialista em  
Direito do Estado da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio Grande  
do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Maffini.

Porto Alegre  
2017

À Karla e à Laura, meus amores.

## **AGRADECIMENTOS**

Depois de muitos anos de formado, retornei à academia para a realização deste curso de especialização em Direito do Estado. Foi um ano corrido e trabalhoso, mas muito gratificante. Algumas pessoas essenciais nesse processo merecem minha gratidão.

Agradeço à minha família, Karla e Laura, pela paciência, pois perdemos nosso dia de passeio semanal – as noites de sextas-feiras, horário das aulas da pós-graduação – e alguns fins-de-semana, pois estava ocupado escrevendo este artigo.

Ainda, reconheço e sou muito grato pela ajuda da Maria Inez e do Matheus, que me ajudaram na revisão deste trabalho, tanto em conteúdo como no texto. Foi de utilíssima valia.

Lembro de meus colegas do curso, que me motivaram bastante, a quem sou bastante agradecido. Sou grato, também aos funcionários do Departamento de Direito Público e da Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS que me auxiliaram sempre que tive dúvidas.

E, por fim, agradeço ao Prof. Dr. Rafael Maffini, que foi meu orientador e quem me incentivou a analisar o Estatuto das Estatais como objeto deste trabalho, tema em que nos aventuramos a escrever mesmo com a pouca bibliografia publicada.

[...] each of the three departments has equally the right to decide for itself what is its duty under the constitution, without any regard to what the others may have decided for themselves under a similar question.

(JEFFERSON, 1819)

## RESUMO

Descreve e analisa as alterações estabelecidas pela Lei 13.303/2016 (o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais) com enfoque no regime de licitação aplicável às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. É uma revisão de bibliografia acerca da inovação trazida para o ordenamento jurídico brasileiro. Disserta sobre aspectos relevantes ao tema principal, contextualizando certos assuntos polêmicos da nova lei, bem como outros institutos que alteram substancialmente o funcionamento das empresas estatais no âmbito societário, de governança corporativa e contratos. Descreve as hipóteses de contratação direta e o procedimento de licitação em si e apresenta um reflexão acerca do sentido a ser dado à norma. Conclui que se trata de um marco de inflexão na estrutura jurídica das empresas estatais, estabelecendo meios de atuação mais ágeis, efetivos, econômicos e sustentáveis. Ressalta a brevidade da análise, bem como a prematuridade do cenário jurídico em que se insere a nova lei, que será objeto de intenso debate.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Estatuto das Empresas Estatais. Licitação.

## **ABSTRACT**

It describes and analyzes the main alterations established by the statute 13.303/2016 (the State-Owned Companies Statute) focusing on the public bidding process applicable to public companies, mixed-capital companies and their subsidiaries. It is a literature review of the innovations brought to the Brazilian legal order. It elaborates on relevant aspects to the main theme, contextualizing certain controversial issues of the new law, as well as other established institutes substantially alter the state-owned companies operation in scope of the corporate law, governance and contracts. Describe the cases in which the public bidding process isn't obligatory and the public bidding process itself and present a reflection on the meaning to be given to the norm. It concludes that this is a boundary of inflection in the legal structure of state-owned companies, establishing more agile, effective, economic and sustainable means of operation. It underscores the brevity of the analysis, as well as the legal scenario prematurity in which the new law is inserted, which will be object of intense debate.

**Key-Words:** Administrative Law. State-Owned Companies Statute. Public Bidding.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGPAR	Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Acionárias da União
CGU	Controladoria-Geral da União
LLCA	Lei de Licitações e Contratos Administrativos
NYSE	New York Stock Exchange
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
S/A	Sociedades Anônimas
SABESP	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	10
2 ASPECTOS RELEVANTES DO ESTATUTO DAS ESTATAIS.....	12
2.1 Abrangência do Estatuto das Estatais.....	12
2.2 Há Aplicação Subsidiária do Regime Geral de Licitação e Contratos?.....	19
2.3 Regras Societárias e Mecanismos de Governança Corporativa .....	22
2.3.1 As Regras Societárias Aplicáveis às Empresas Estatais .....	22
2.3.2 Mecanismos de Governança Corporativa .....	26
2.4 Inovações Em Matéria de Contratos .....	29
3 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO DIRETA.....	36
3.1 As Hipóteses de Inaplicabilidade de Licitação .....	37
3.1.1 As Contratações Relacionadas ao Objeto Social da Empresa Estatal .....	37
3.1.2 As Contratações ou Associações com Parceiros em Oportunidades de Negócio Definidas e Específicas .....	40
3.2 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação .....	44
3.2.1 Dispensa de Licitação .....	44
3.2.2 Inexigibilidade de Licitação .....	49
3.2.3 Procedimentos de Formalização da Dispensas e Inexigibilidade .....	52
4 PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO DO ESTATUTO DAS ESTATAIS .....	54
4.1 A Finalidade da Licitação.....	54
4.2 O Procedimento de Licitação .....	58
4.2.1 Diretrizes da Licitação das Empresas Estatais .....	59
4.2.2 Orçamento Sigiloso .....	63
4.2.3 Fases do Procedimento de Licitação .....	65
4.2.3.1 Fases de Preparação e de Divulgação .....	66
4.2.3.2 Fases de Disputa, Julgamento, Averiguação da Efetividade da Proposta e Negociação .....	67
4.2.3.4 Fase de Habilitação e Recursal .....	70
4.2.3.5 Fase de Adjudicação do Objeto e de Homologação ou Revogação .....	72
4.3 Os Procedimentos Auxiliares .....	74
5 CONCLUSÃO .....	77
REFERÊNCIAS .....	79

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) permite ao Estado intervir no domínio econômico, seara própria da iniciativa privada, através de entidades constituídas sob forma empresarial, conforme dispõe o seu artigo 173. O escopo de atuação da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, contudo, é excepcional, apenas para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, mediante definição de lei. A estas entidades empresariais pode-se referir coletivamente como empresas estatais. Prevê o §1º do artigo 173 da CF/88 a promulgação de um estatuto jurídico para regulamentar tais entidades.

Em 30 de junho de 2016 foi promulgada a Lei nº 13.303/16 que, com dezoito anos de lapso, cumpre com a determinação prevista na CF/88 de criar tal estatuto jurídico. Esta lei incorpora ao Direito Brasileiro certas regras para estas entidades da Administração Pública conforme lhe determina a ordem constitucional. O Estatuto das Estatais, ou simplesmente Estatuto, – denominações que se atribuem à lei para as finalidades deste artigo – é um marco legal de importante relevância no âmbito do Direito Administrativo, pois regulamenta diversos temas atinentes às empresas estatais.

Dispõe o §1º do artigo 173 da CF/88 que o estatuto jurídico deve versar sobre: a função social da empresa estatal e as formas de fiscalização pelo Estado e sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; regras de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos seus administradores. Tais matérias foram amplamente ou timidamente tratadas no Estatuto das Estatais.

As empresas estatais estavam submetidas ao regime geral de licitações estabelecido pela Lei nº 8.666/93 até a promulgação do Estatuto e, com a entrada em vigor deste, aquele regime foi substituído por um novo, próprio e especial. Propõe-se apresentar, com alguma reflexão e crítica, as novidades normativas

relevantes quanto ao regime licitatório, demonstrando que este novo sistema pode ser benéfico para atuação das estatais no cenário econômico, abarcando tanto eficiência, segurança jurídica, como sistemas de controle.

Do mesmo modo que o regime de licitações das empresas estatais não poderia ser instituído de maneira dissociada dos demais pontos essenciais exigidos constitucionalmente, sobremaneira qualquer análise deste regime licitatório especial poderia prescindir de, ao menos, citar algumas das estruturas normativas relacionadas. Portanto, apresenta-se primeiramente alguns tópicos em que a promulgação da lei inovou – e até contrariou a doutrina já existente –, mas de maneira sucinta. Isto porque, dada a novidade da legislação, vê-se que poucos doutrinadores propuseram-se a comentá-la e, menos ainda, buscaram refletir mais profundamente sobre suas originalidades. A busca de jurisprudência acerca do Estatuto, então, se tornou completamente inócua. Em sequência, se discorrerá acerca do regime de contratação direta e de licitação, apresentando e comentando os institutos estabelecidos na nova lei.

De certo modo, a justificação e maior motivação deste artigo é buscar refletir sobre tópicos nevrálgicos da lei, mesmo que brevemente, dado os seus óbvios limites. Portanto, revisando os textos, livros, artigos e documentos editados acerca do Estatuto das Estatais, buscou-se atribuir algum sentido a diversos dos dispositivos normativos que introduziu na ordem jurídica pátria, focando-se na descrição do regime licitatório que estabelece.

## 2 ASPECTOS RELEVANTES DO ESTATUTO DAS ESTATAIS

Antes de iniciar a descrever e comentar o regime de licitação estabelecido no novo Estatuto das Estatais, é necessário apresentar alguns dos debates suscitados após sua publicação. Como a promulgação da lei é bastante recente, poucos autores tem se aventurado a comentá-la. Identificamos, não obstante, alguns temas dignos de nota.

### 2.1 Abrangência do Estatuto das Estatais

Originalmente, o Decreto-Lei nº 200/67, previa que as empresas públicas e sociedades de economia mista serviriam como instrumentos estatais para a exploração de atividade econômica.<sup>1</sup> Estas entidades, submetidas ao regime de direito privado, foram criadas pelo legislador – tanto constitucional como ordinário – precipuamente para intervenção no domínio econômico pela Administração Pública, mas também são instrumentos para a consecução da obrigação estatal de prestar serviços públicos à sociedade. Caracterizam-se as empresas estatais em dois tipos fundamentais, justamente pela atividade que desempenham: de exploração de atividade econômica ou de prestação de serviços públicos.<sup>2</sup> E neste sentido, o tratamento constitucional que recebem as estatais que exploram atividade econômica e que prestam serviços públicos – pela interpretação dada pela doutrina em geral<sup>3</sup> e pela jurisprudência do STF<sup>4 5</sup> – é diverso. Aquelas – atuando em regime de franca concorrência com a iniciativa privada – tem a predominância do regime de direito privado, enquanto estas exercem atividade estatal própria, prestando serviços

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso: em 23 mar. 2017.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 203.

<sup>3</sup> COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Primeiras Questões Sobre a Lei 13.303/2016: O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 974, 2016.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 46. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1642. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 3 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548571>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

públicos ou serviços de utilidade pública – que em titularidade do Estado passam a ser considerados serviços públicos típicos.<sup>6</sup>

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98<sup>7</sup> – a emenda da reforma administrativa – as alterações promovidas nos textos do artigo 22, inciso XXVII e do §1º do artigo 173, ambos da CF/88, estabeleceu-se certa dúvida acerca de qual regime de licitações aplicável às empresas estatais. Isto porque a nova redação do inciso XXVII do artigo 22,<sup>8</sup> estabelecendo a competência da União em legislar em matérias de normas gerais de licitações, referencia especificamente o inciso III do §1º do artigo 173 da CF/88 quanto às regras aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista. Ocorre que o texto do parágrafo citado refere à lei que deve definir o regime jurídico aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica. Assim diz o §1º do artigo 173 da CF/88:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias **que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, dispondo sobre:

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;**
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (grifou-se)<sup>9</sup>

Desta leitura, portanto, extrai-se que a exceção à regra geral de licitações e contratos estabelecida no artigo 22, XXVII da CF/88 é exclusiva às estatais que

<sup>6</sup> SANTANNA, Gustavo. **Direito Administrativo**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 198.

<sup>7</sup> BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art1)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

<sup>8</sup> “XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

atuam no campo econômico em regime de concorrência com a iniciativa privada – em modo de exceção, cabe ressaltar, para atender “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. Neste sentido, Mello leciona que, dado o panorama constitucional, se torna claro que as empresas estatais que exploram atividade econômica e que prestam serviços públicos devem ter tratamentos diferentes. Assim disse:

Assim, é claro a todas as luzes que o preceito em causa não está a tratar da prestação de serviços públicos, que são atividades estatais por excelência, típicas do Poder Público, mas pelo contrário, de exploração de atividade econômica, que, inversamente, por definição constitucional, é atividade dos particulares. Tanto isto é exato que o estado só pode desenvolvê-la diretamente em hipóteses invulgares: quando acicatado por “imperativos da segurança nacional” ou por “relevante interesse coletivo” – e, ainda assim, obedecida a prévia caracterização legal daquilo que como tal se deva entender.

[...] Donde, é da mais esplendorosa obviedade que o estatuto jurídico a que se refere o preceptivo em questão é o estatuto das estatais que se ocupem da produção de bens, da comercialização de bens ou da prestação de serviços que se constituem em exploração de atividade econômica; não, portanto, daquelas outras entidades estatais que, ao contrário das mencionadas, se ocupam de atividades visceralmente distintas: serviços públicos; é dizer: atividades essencialmente da alçada do Estado.

.....  
 Não está, de conseguinte, a prever estatuto jurídico (que disponha sobre as matérias mencionadas no § 1º – e, entre elas, licitação e contratos) para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que, ao invés de explorarem atividade econômica, foram criadas para prestar serviços públicos. Por força disto, resulta que o inc. XXVII do art. 22, ao se reportar ao art. 173, § 1º, III, há de ser entendido como tendo se circunscrito às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, permitindo, assim, que venham a ser solvidas por via legislativa as dificuldades de sua má acomodação à integralidade do sistema licitatório previsto para a Administração direta e indireta – dificuldades, estas, que até então tinham que ser solutas por via de esforço doutrinário.

A se entender de outro modo – isto é, caso se pretenda que a abrangência do inc. XXVII, apesar de sua expressa remissão ao art. 173, abarca as duas espécies de empresas estatais –, será forçoso concluir que parificou ditas pessoas; ou seja: que, em despeito de estarem em causa atividades que ela própria – Constituição – considerou visceralmente distintas, como efetivamente o são (serviço público e exploração de atividade econômica), pretendeu fazer tabula rasa do sobredito *discrimen*, conquanto nele se estratifique a separação essencial entre o que é próprio do Estado e o que é próprio dos particulares, com os correlatos regimes jurídicos díspares.<sup>10</sup>

As empresas estatais criadas com a destinação de prestar serviços públicos, não obstante submetidas ao regime de direito privado pela sua natureza jurídica, tem afetação de normas de Direito Público, estas acabam tendo maior preponderância justamente nas relações mantidas com terceiros e, aí, de maneira

---

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 216-218.

relevante, a obrigação de licitar seus contratos. Isto decorre de interpretação do artigo 175 da CF/88<sup>11</sup>, que atribui ao Estado a incumbência de prestar serviços públicos. Por esse motivo, tem-se dito que as regras de licitação e contratos aplicáveis às empresas estatais prestadores de serviços públicos seriam aquelas do regime geral, implementado pela Lei nº 8.666/93.

Diante deste cenário doutrinário, surpresa se implantou quando sancionado o Estatuto se percebeu que o tratamento dado a ambos tipos de estatais foi o mesmo, ignorando a divisão entre atividade econômica e serviço público. E mais, a lei prevê expressamente a aplicabilidade de todas suas disposições a quaisquer empresas do governo – observada a exclusão de algumas exigências às estatais de pequeno porte, assim consideradas as que tenham receita operacional bruta aferida no exercício inferior a R\$ 90.000.000,00 – seja qual for a atividade que desenvolva, bem como às suas subsidiárias, sociedade controladas, às empresas estatais dependentes e às que integram consórcio, seja contratual ou societário, conforme estabelece o caput do artigo 1º e seus parágrafos:

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

§ 1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

§ 2º O disposto nos Capítulos I e II do Título II desta Lei aplica-se inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do inciso III do art. 2º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que explore atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

.....  
 § 5º Submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, conforme disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na condição de operadora.

Efetivamente o legislador deu conteúdo diverso à expressão “atividade econômica” do que a doutrina e jurisprudência tem abarcado ao §1º do artigo 173 da

<sup>11</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

CF/88. O Estatuto dá um sentido amplo àquela expressão, regulando, dessa maneira, tanto as estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito como as estatais que prestam serviços públicos – aí também incluídas as que exploram atividade econômica em regime de monopólio.

Dada essa mudança de paradigma, existem questionamentos acerca da constitucionalidade do Estatuto ao desconsiderar essa dicotomia, equiparando o tratamento legal a todas as estatais, independente de suas atividades. Tanto isto é verdade que em novembro de 2016 foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra alguns dos artigos do Estatuto Jurídico das Estatais, utilizado como argumento – dentre outros – a inaplicabilidade do regime jurídico estabelecido pela nova lei às empresas estatais que prestam serviços públicos ou atuam em regime de monopólio, justamente pela interpretação restritiva dada ao conceito de atividade econômica do §1º do artigo 173 da CF/88 até então atribuída pela doutrina e jurisprudência.<sup>12</sup>

Costódio Filho<sup>13</sup> procurou analisar justamente esta questão: se a abrangência do Estatuto das Estatais afeta sua validade ou sua constitucionalidade de modo negativo. Primeiramente, estabelece que existem diversas outras leis que também tratam igualmente as empresas estatais, independentemente de sua destinação, se atividade econômica em sentido estrito ou prestação de serviços públicos, e não tiveram suscitada qualquer inconstitucionalidade por este motivo, citando: a Lei da Ação Popular<sup>14</sup>, a Lei de Improbidade Administrativa<sup>15</sup>, a Lei de Licitações e

---

<sup>12</sup> Esta ADI, que recebeu o número 5.624, impetrada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro, teve pedido de medida liminar para sustar os efeitos do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, que foi negado pelo Min. Ricardo Lewandowski em fevereiro de 2017. No julgamento de cognição sumária, o Min. Relator, atendo-se a questões de risco iminente, considerou que, como a lei já vinha produzindo efeitos desde junho de 2017, não caberia sustar-lhe a eficácia liminarmente por decisão monocrática sem oitiva prévia do Congresso Nacional, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, pelo que decidiu por conduzir o processo pelo procedimento do caput do artigo 10, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

<sup>13</sup> COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Primeiras Questões Sobre a Lei 13.303/2016: O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 974, 2016. passim.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.



Contratos Administrativos (LLCA)<sup>16</sup>, a Lei de Acesso à Informação<sup>17</sup> e Lei de Conflitos de Interesse<sup>18</sup>.

Outrossim, sustenta o autor citado, que aos regimes aplicáveis às empresas estatais de exploração de atividade econômica ou de prestação de serviços públicos não se pode delimitar tal precisão conceitual ou tal rigidez de separação. É difícil atribuir “à dicotomia serviços públicos/atividades econômicas um rigor conceitual que ela não mais comporta”.<sup>19</sup> Tanto porque algumas estatais acumulam tanto a finalidade de prestar serviços públicos como exercer atividade econômica em sentido estrito, citando-se, como exemplos, a Empresa Brasileira de Correios e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária. Neste sentido, inclusive, Justen Filho comenta que algumas estatais – apesar de terem sido criadas exclusivamente para prestar serviços públicos – se estruturam e se comportam como verdadeiras empresas privadas, citando o exemplo da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP),<sup>20</sup> que é uma sociedade de economia mista que negocia suas ações na New York Stock Exchange (NYSE).<sup>21</sup>

Por óbvio que existem sistemas regulatórios ou normas não extensíveis de um tipo ao outro, com regras específicas e próprias a cada ramo das estatais. Contudo, isto não impede que o Estatuto, naquilo que normatizou, se aplique indistintamente às estatais de atividade econômica ou de prestação de serviços públicos. Conclui Costódio Filho, diante disto, que atribuir uma rigidez extravagante aos regimes aplicáveis às empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito ou que prestam serviços público, ainda mais agora em plena vigência do Estatuto das Estatais, é insustentável.<sup>22</sup> O autor, com suas próprias palavras, estabelece de maneira muito mais clara:

---

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei n. 12.813, de 16 de maio de 2013. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

<sup>19</sup> COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Primeiras Questões Sobre a Lei 13.303/2016: O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 974, 2016. p. 9.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Que Muda no Regime de Licitações das Empresas Estatais com a Lei 13.303**. 2016. Palestra realizada no IV Congresso Brasileiro das Empresas Estatais em 21. nov. 2016.

<sup>21</sup> Bolsa de Valores de Nova Iorque.

<sup>22</sup> COSTÓDIO FILHO, Ubirajara, *op. cit.*, p. 10.

Especificamente no caso da Lei 13.303/2016, como destacado no início deste artigo, ela não trata de um verdadeiro regime, um estatuto completo, mas contém regras sobre certos aspectos específicos do funcionamento das estatais e, acerca desses, não parece haver problema com o texto constitucional, sequer com as disposições do art. 173, em particular.

Portanto, pensamos não haver fundamento para afastar a aplicação integral das disposições da Lei 13.303/2016 a todas as empresas estatais, independentemente de seu objeto social ser a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público.

A circunstância de a Lei 13.303/2016 veicular regras uniformes para todas as empresas estatais não faz desaparecer do direito brasileiro aquela dicotomia, pois ela pode vigorar em harmonia com esta, como se procurou demonstrar aqui.

De todo modo, quiçá tal novo regramento provoque a revisão da própria dicotomia, cuja desatualização precisa ser enfrentada.<sup>23</sup>

No mesmo sentido, entende-se não haver qualquer vício de constitucionalidade na promulgação do Estatuto das Estatais, ao menos quanto ao regime de licitações e contratos, posto que não se pode compreender o artigo 173, §1º, inciso III, da CF/88 como exclusivo às estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito. Edgar Guimarães diz o seguinte:

Não há inconstitucionalidade nesta inclusão no que diz respeito ao regime de licitações e de contratos das estatais – que é objeto específico desta obra –, seja qual for a natureza delas. Por primeiro, percebe-se que a disposição constitucional não exige que o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista que explore atividade econômica seja versado em lei específica e exclusiva.

Desta feita, a lei de que trata a Constituição poderia mesmo incluir normas correlatas e relacionadas ao regime jurídico preceituado, como fez ao abranger as estatais prestadoras de serviços públicos [...]<sup>24</sup>

E a ambas colocações se concorda integralmente. Não há no Estatuto das Estatais regras inaplicáveis às empresas que prestem serviços públicos. É plenamente válida a abrangência dada pela lei, em face do conceito dado pelo legislador ordinário à expressão “atividade econômica” existente no comando constitucional. O Estatuto traz a “lógica econômica da eficiência, da flexibilidade e do dinamismo a todas as empresas estatais, qualquer que seja a atividade por elas exercida [...]”<sup>25</sup> Dito isto, considere-se, daqui em diante, que qualquer menção à expressão “atividade econômica” carregará o sentido amplo do conceito, salvo observação em contrário.

<sup>23</sup> COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Primeiras Questões Sobre a Lei 13.303/2016: O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 974, 2016. p. 10.

<sup>24</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 20.

<sup>25</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 178.

## 2.2 Há Aplicação Subsidiária do Regime Geral de Licitação e Contratos?

Numa análise sistemática, pode-se afirmar que o Estatuto das Estatais preza pela eficiência, agilidade e resolutividade da empresa pública e da sociedade de economia mista, justamente porque são destinadas a desempenhar atividade econômica, que é esfera de atuação própria da iniciativa privada. São verdadeiros braços do Estado que atuam excepcionalmente – impropriamente, pode-se dizer inclusive – em seara dos particulares. Aragão estabelece, resumidamente, que a função do Estatuto “no Direito Administrativo brasileiro será reforçar a lógica de agilidade e eficiência das empresas estatais de qualquer espécie, exigência prévia, de matriz constitucional.”<sup>26</sup>

Como já estabelecido, o artigo 173, §1º da CF/88 dispõe que o regime licitatório das empresas estatais deve ser definido por lei e em face da regra do artigo 22, inciso XXVII também da CF/88, depreende-se que tal regime é especial, diferenciado e próprio em relação ao regime geral de licitações e contratos. Isto dito, o questionamento que emana é: há subsidiariedade do regime geral, aplicável à Administração Pública Direta, autárquica e fundacional ao regime licitatório próprio das empresas estatais?

À leitura do Estatuto das Estatais, verifica-se que em alguns casos específicos a lei remete à normas do regime geral. Isto ocorre tanto no seu artigo 41, quanto no seu artigo 55:

Art. 41. Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 55. Em caso de empate entre 2 (duas) propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;<sup>27</sup>

<sup>26</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 178.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

De mesma maneira, em alguns outros esparsos casos, a lei prevê aplicação de leis diversas, especificamente a Lei do Pregão<sup>28</sup> e do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.<sup>29</sup> Estas referências pontuais revelam situações em que o legislador estabeleceu especificamente a aplicabilidade de regras de fora do sistema criado pelo Estatuto.

Seria desnecessária, em lógica inversa, a indicação específica destes comandos – especialmente nos artigos 41 e 55 – caso se pressupusesse uma aplicação subsidiária do regime geral de licitações. Neste cenário hipotético, tais artigos seriam efetivamente desnecessários. E como na lei não se encontram palavras inúteis,<sup>30</sup> não se sustenta esta suposta subsidiariedade.

Juntamente com a redação constitucional e as referências pontuais no Estatuto às leis anteriormente mencionadas, pode-se afirmar que o regime estabelecido pelo Estatuto das Estatais é próprio e exclusivo. Ou seja, a aplicação de demais legislações somente será admitida quando expressamente previsto.

Ainda, há de se relevar que o regime de licitação da LLCA e do Estatuto das Estatais não possuem identidade de princípios e finalidades. Os diferentes fins almejados por ambas as leis impedem a aplicação subsidiária das estruturas e mecanismos do regime geral ao regime criado para as empresas estatais.<sup>31</sup>

Justen Filho entende, no entanto, que a não-subsidiariedade não é uma regra absoluta, admitindo o uso supletivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos excepcionalmente quando “existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas.”<sup>32</sup> Mesmo raciocínio se aplica aos resultados doutrinários e jurisprudenciais que analisam fundamentos idênticos do regime geral aos existentes no regime das estatais.

Maffini leciona, ainda, que o Estatuto cria um “microssistema jurídico exclusivo”,<sup>33</sup> em que não se atribui supletividade ou subsidiariedade ao regime geral

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>30</sup> Adágio jurídico decorrente da expressão latina *verba cum effectu, sunt accipienda*, que consubstancia um instrumento basilar da hermenêutica jurídica.

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 288.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>33</sup> MAFFINI, Rafael. **Licitações e Contratos das Empresas Estatais**. 2016. Palestra realizada no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em 16 set. 2016.

de licitações e contratos para suprir as eventuais lacunas do regime estabelecido para as estatais.

Outrossim, pode-se referir Aragão, que entende não haver uma subsidiariedade necessária do regime geral de licitações às regras do Estatuto das Estatais:

[...] o Estatuto não elege a Lei 8.666/93 ou qualquer outra como sua fonte subsidiária, seja de interpretação, seja de integração. No caput do art. 28 o Estatuto deixa claro que os contratos das estatais “serão precedidos de licitação nos termos **desta** Lei”.

[...] Isso não obsta, contudo, que também devam ser interpretadas e integradas de acordo com a lógica de uma empresa exercente de atividade econômica.<sup>34</sup>

Aragão sugere, contudo, que a supletividade do regime geral ao regime do Estatuto das Estatais poderá ocorrer de maneira indireta, ao afirmar que ambos diplomas devem se complementar em “um necessário diálogo de fontes – tanto de leis de licitações entre si, como com diplomas do direito privado –, mas sem hierarquias axiológicas ou preferências.”<sup>35</sup> Aragão leciona também:

E mais, o Estatuto das Estatais [...] passa a integrar o sistema do Direito Administrativo Brasileiro como um todo. Com isso, em um diálogo de fontes, os mecanismos mais modernos adotados pelo Estatuto passam a influenciar a interpretação e aplicação de outros diplomas, ainda que sequer voltados às empresas estatais. Se não as regras, mas as axiologias dos diversos diplomas se interpenetram recíproca e constantemente.<sup>36</sup>

Justifica o jurista, portanto, uma compreensão sistemática de todo ordenamento jurídico, com intuito de alcançar às diferentes normas que lhe constituem, um sentido efetivamente coordenado, citando as ensinamentos de Lima Marques.<sup>37</sup>

Diante de todos estes argumentos, conclui-se que não se vislumbra possibilidade de aplicação subsidiária ou supletiva das regras do regime geral ao sistema estabelecido pelo Estatuto das Estatais. A lógica da redação legislativa adotada, as finalidades diversas entre as leis e a destinação constitucional às empresas públicas e sociedades de economia mista para desempenho em seara

---

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 228.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 229-230.

própria da iniciativa privada, não permitem justificar tal subsidiariedade. É necessário desvencilhar-se da mentalidade da antiga lei de licitações para que as empresas estatais atinjam sua destinação legal com efetividade e economicidade.

### **2.3 Regras Societárias e Mecanismos de Governança Corporativa**

O Estatuto das Estatais cumpre com parte do comando do §1º do artigo 173 da CF/88, estabelecendo – além do regime especial de licitações e contratos – diversas outras disposições atinentes às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Entre tais disposições estão as normas societárias próprias aplicáveis às estatais – conforme exigido pelos incisos IV e V do §1º referido – e as regras de governança corporativa, controle interno e práticas de integridade – como exigido pelo inciso I. Propõe-se, neste item, apenas descrever os principais comandos normativos acerca destas inovações legais, sem maior aprofundamento analítico.

#### **2.3.1 As Regras Societárias Aplicáveis às Empresas Estatais**

As empresas estatais são reguladas por um sistema híbrido, pois constituídas e operadas precipuamente sob a égide do direito privado mas com larga afetação de princípios e regras pontuais de direito público. As regras societárias existente até a promulgação do Estatuto se encontravam parcialmente estabelecidas no Capítulo XIX da Lei das Sociedades Anônimas (Lei das S/A), nos seus artigos 236 até 240.<sup>38</sup> Outrossim, estas normas regulavam apenas alguns aspectos societários, de modo mais amplo, sendo somente aplicáveis às sociedades de economia mista. Já o Estatuto estabelece regras societárias detalhadas, determinando sobre: (i) a constituição das empresas estatais, tanto as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas; (ii) como se organizam e funcionam seus diferentes órgãos – estatutários ou não; e, (iii) como devem se relacionar as estatais com o acionista controlador e terceiros interessados.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a definição das espécies de empresas estatais não se alterou com o Estatuto. Nenhuma alteração houve nos conceitos

---

<sup>38</sup> BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2017.

jurídicos consagrados de empresa pública e sociedade de economia mista. Aquela continua sendo constituída, mediante autorização legal específica, por qualquer forma admitida no direito privado, com a integralidade do capital social detido pelo ente político da Federação que a criou ou, permanecendo o controle integralmente com este, admitir-se-á que parte minoritária de seu capital social seja de propriedade de outra pessoa jurídica de direito público ou entidade da administração indireta.<sup>39</sup> Já a sociedade de economia mista é constituída em uma sociedade anônima, por criação autorizada em lei, cujas ações com direito a voto estejam, em sua maioria, sob o controle da União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou entidade da administração indireta.<sup>40</sup>

Inova o Estatuto ao submeter qualquer empresa estatal, independente da forma jurídica sob a qual se constitui – seja empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias – às disposições da Lei das S/A, bem como às “as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão”,<sup>41</sup> conforme seu artigo 7º. Ainda, no artigo 8º, além de diversas regras transparência, obriga a adequação do estatuto social da companhia ao ato legislativo que autorizou sua criação.

Foi instituído pela lei, conforme artigo 10, a obrigatoriedade de se criar um comitê estatutário que revisará e validará todas as nomeações aos cargos de administradores – incluídos aí os membros do conselho de administração e os diretores obrigatoriamente, em restrição clara ao permissivo do §1º do artigo 138 da Lei das S/A –<sup>42</sup> e do conselho fiscal, em conformidade aos requisitos e vedações

---

<sup>39</sup> “Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>40</sup> “Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>41</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>42</sup> DE OLIVEIRA, Fernão Justen. Os administradores das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 150.

existentes nos artigos 17 e 26, conforme aplicável. O comitê estatutário, que pelo Estatuto das Estatais não recebeu qualquer denominação e foi batizado pelo seu decreto regulamentador<sup>43</sup> como comitê de elegibilidade, será responsável, ainda, por auxiliar o conselho de administração na avaliação de desempenho dos administradores e membros do conselho fiscal.

Estabelece a lei, ainda, algumas restrições de operações societárias pelas empresas públicas, conforme o artigo 11. Estas operações, obviamente, se justificam pelo risco de desnaturação da empresa pública ao tornar possível a alienação de parte de seu capital social.<sup>44</sup>

O Estatuto estabelece um conteúdo mínimo a ser observado pelas leis que autorizam a criação de empresas estatais, conforme o seu artigo 13.<sup>45</sup> Deste artigo vale se destacar: (i) as exigências de número mínimo e máximo para o conselho de administração; (ii) o prazo de gestão unificado para os administradores, com limitação do número de reconduções consecutivas possíveis; (iii) obrigatoriedade de avaliação de desempenho de todos membros estatutários; (iv) constituição de

---

<sup>43</sup> BRASIL. Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>44</sup> “Art. 11. A empresa pública não poderá:

I - lançar debêntures ou outros títulos ou valores mobiliários, conversíveis em ações;

II - emitir partes beneficiárias.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>45</sup> “Art. 13. A lei que autorizar a criação da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá dispor sobre as diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia, em especial sobre:

I - constituição e funcionamento do Conselho de Administração, observados o número mínimo de 7 (sete) e o número máximo de 11 (onze) membros;

II - requisitos específicos para o exercício do cargo de diretor, observado o número mínimo de 3 (três) diretores;

III - avaliação de desempenho, individual e coletiva, de periodicidade anual, dos administradores e dos membros de comitês, observados os seguintes quesitos mínimos:

a) exposição dos atos de gestão praticados, quanto à licitude e à eficácia da ação administrativa;

b) contribuição para o resultado do exercício;

c) consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo;

IV - constituição e funcionamento do Conselho Fiscal, que exercerá suas atribuições de modo permanente;

V - constituição e funcionamento do Comitê de Auditoria Estatutário;

VI - prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração e dos indicados para o cargo de diretor, que será unificado e não superior a 2 (dois) anos, sendo permitidas, no máximo, 3 (três) reconduções consecutivas;

VII – (VETADO);

VIII - prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal não superior a 2 (dois) anos, permitidas 2 (duas) reconduções consecutivas.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.



conselho fiscal, com funcionamento permanente e com limite de reconduções dos seus membros; e, (v) constituição de um comitê de auditoria estatutário.

Quanto à responsabilidade do acionista controlador, não se vislumbram demais inovações quanto às normas já existentes na Lei das S/A. Ressalta-se apenas o prazo prescricional ampliado – para seis anos – da ação de reparação contra o acionista controlador em caso de prática de atos com abuso de poder, conforme §2º do artigo 14.

O Estatuto estabeleceu regras estritas para a indicação de administradores no artigo 17 condicionando-a ao atendimento de requisitos mínimos de formação e experiência prévia para os cargos de membro do conselho de administração e de diretor. Denota-se preocupação clara em qualificar o quadro dos agentes públicos responsáveis pelos negócios das empresas estatais, de maneira a “diminuir ou mesmo neutralizar a influência política sobre a indicação dos conselheiros e diretores das empresas estatais.”<sup>46</sup> Outrossim, as vedações estabelecidas no §2º do artigo 17 consolidam esta intenção e impedem que agentes com eventual interesse conflitante com o da companhia exerçam cargos de gestão.<sup>47</sup> Estes requisitos e vedações, inclusive, são aplicáveis, em âmbito federal, aos membros do conselho de administração que sejam independentes – aí considerados também os eleitos pelos acionistas minoritários, em caso de voto múltiplo ser estabelecido em assembleia geral, na forma do artigo 141 da Lei das S/A – ou representantes dos empregados – eleitos conforme a Lei nº 12.353/10 – como estabelece o decreto regulamentador da lei.<sup>48</sup>

Oportuno lembrar que o Estatuto das Estatais, pelas regras do seu artigo 22, obriga que o conselho de administração seja constituído por um número mínimo de membros independentes. Estes são definidos tanto por requisitos adicionais próprios – afim de caracterizar objetivamente a sua independência – quanto por serem eleitos pelos acionistas minoritários.

A diretoria das empresas estatais também recebe tratamento específico da lei, conforme seu artigo 23, que condiciona a posse de diretores das companhias estatais a compromissos de metas e resultados – a serem aprovados e monitorados

---

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Fernão Justen de. Os administradores das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 150.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 162.

<sup>48</sup> BRASIL. Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

pelo conselho de administração – e obrigando-os a apresentarem planos de negócios de curto e longo prazos. Inclusive este artigo estabelece medidas de controle da estatal, obrigando a remessa das análises promovidas pelo conselho de administração sobre os planos dos diretores aos órgãos legislativos e tribunais de contas competentes.

Verifica-se que os mecanismos societários para as empresas estatais se desenvolveram amplamente, com adição de diversas regras específicas a serem atendidas por estas entidades. O desenvolvimento dessa matéria no Estatuto criou um ramo especial, tanto sujeito ao regime de direito privado como o de direito público. Esta associação de sistemas pode-se identificar como um regime jurídico praticamente autônomo, próprio, um verdadeiro Direito Administrativo Societário.<sup>49</sup>

### 2.3.2 Mecanismos de Governança Corporativa

Primeiramente, necessário delimitar o que se compreende por governança corporativa. Amaral a define 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 partes interessadas (*stakeholders*), dos investidores, dos empregados, do mercado e dos credores.<sup>50</sup>

De mesmo modo, há a conceituação legal do termo, conforme estatuído pelo decreto presidencial que cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR). O artigo 1º, inciso IV deste decreto define que governança corporativa é:

[...] conjunto de práticas de gestão, envolvendo, entre outros, os relacionamentos entre acionistas ou quotistas, conselhos de administração e fiscal, ou órgãos com funções equivalentes, diretoria e auditoria independente, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e proteger os direitos de todas as partes interessadas, com transparência e

<sup>49</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 303.

<sup>50</sup> AMARAL, Paulo Osternak. Lei das estatais: espectro de incidência e regras de governança. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 65-66.

equidade, com vistas a maximizar os resultados econômico-sociais da atuação das empresas estatais federais; [sic]<sup>51</sup>

O artigo 18 da lei, por exemplo, cria competências para o conselho de administração com foco em “governança corporativa, gestão de riscos, coerência de informações e avaliações dos diretores da companhia.”<sup>52</sup> Neste sentido, de forma a auxiliar o conselho de administração nestas competências, o Estatuto, no artigo 24, obriga a empresa a instituir um comitê de auditoria independente, órgão estatutário, profissional e autônomo. Isto demonstra a necessidade de maior comprometimento com a profissionalização da gestão da empresa estatal, com intuito de diminuir atos de corrupção e aumentar sua eficiência.<sup>53</sup>

Cita-se também o artigo 9º da lei, que obriga a companhia estatal a manter estruturas e práticas de conformidade e gestão de riscos corporativos, bem como instâncias próprias de controle interno.

Em matéria de governança corporativa pode-se dizer que a lei tem grande preocupação com a transparência das empresas estatais, para que se possa exercer efetivo controle sobre ela, tanto interno quanto externo. No último caso, a companhia se submete ao controle realizado pelos órgãos governamentais e legislativos – Controladoria-Geral da União (CGU) e Tribunal de Contas da União (TCU) –, pelos acionistas minoritários e pela sociedade civil. O artigo 8º enumera diversos mecanismos de transparência que devem ser adotados pela estatal, inclusive com a divulgação de repositório de dados e documentos na internet:

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

---

<sup>51</sup> BRASIL. Decreto n. 6.021, de 22 de janeiro de 2007. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6021.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Fernão Justen de; MAIA, Fernanda Caroline. O conselho de administração nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 173.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 173.

III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

§ 1º 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.

.....

§ 4º Os documentos resultantes do cumprimento dos requisitos de transparência constantes dos incisos I a IX do caput deverão ser publicamente divulgados na internet de forma permanente e cumulativa.<sup>54</sup>

Especial atenção se dá ao inciso I do artigo citado, posto que exige comprometimento e responsabilização de cada membro do conselho de administração diretamente com os resultados da companhia – não exclusivamente econômicos, posto que calcados no interesse público específico a ser atendido pela estatal – e com a demonstração clara do modo como que se alcançarão estes resultados, definindo os recursos a serem usados, os impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos e mensuração por metas e indicadores.<sup>55</sup> E esta carta anual será o balizador pelo qual será mensurado o próprio interesse público da empresa, conforme previsão do §1º do artigo 8º, anteriormente transcrito.

Vê-se que todos estes sistemas instituídos pelo Estatuto da Estatal são complementares entre si. Os mecanismos de transparência reforçam a efetividade dos controles interno e externo e, estes, aliados às exigências de gestão de riscos

<sup>54</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>55</sup> CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 102.

corporativos, fortalecem as estruturas de integridade e conformidade. Por sua vez, o sistema de *compliance* amplia o conhecimento acerca das práticas corporativas das estatais, ampliando a transparência, em círculo virtuoso que muito beneficia a sua gestão.<sup>56</sup>

## 2.4 Inovações Em Matéria de Contratos

O contrato administrativo – em que é parte a administração pública – é espécie do gênero contrato. Di Pietro sustenta nesse sentido:

O conceito de contrato não é específico do direito privado, devendo ser dado pela teoria geral do direito. Ele existe também no âmbito do direito público, compondo a espécie **contrato de direito público**, que, por sua vez, abrange contratos de direito internacional e de direito administrativo.<sup>57</sup>

Em regra, o contrato administrativo – geralmente resultante de licitação – representa um tipo de ato jurídico bilateral que depende da convergência de vontades entre a administração pública e particulares – ou, até mesmo, outro órgão ou entidade administrativa – para sua formação, mas no qual não serão coincidentes os interesses das partes envolvidas.<sup>58</sup> O contrato administrativo não se identifica integralmente com os contratos de direito privado celebrados pela administração pública, posto que detém características próprias que desequilibram a relação jurídica estabelecida entre as partes.

A caracterização do contrato administrativo decorre da existência do que se chamam de cláusulas exorbitantes. Não são cláusulas expressas no termo do contrato, mas são prerrogativas detidas pela administração pública, de natureza institucional, que não dependem da convenção entre as partes para sua aplicação, porquanto decorrem da lei e do interesse público atinente à atividade administrativa e, desse modo, são indisponíveis.<sup>59</sup> São instrumentos em que há a prevalência de regras de direito público, servindo o direito privado apenas de modo subsidiário.

<sup>56</sup> CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 98.

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 299.

<sup>58</sup> MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**: atualizado até a lei 13.303/2016 - estatuto das estatais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 193-194.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 202-203.

Este instituto do contrato administrativo era utilizado de maneira corrente pelas empresas estatais, quando contratavam suas necessidades instrumentais. Com o advento do Estatuto das Estatais este paradigma foi amplamente modificado. A partir da promulgação da nova lei, os contratos firmados pelas empresas estatais passam a ser regidos precipuamente por regras de direito privado, conforme lhe estabelece o artigo 68. Revela-se medida obviamente sã e necessária, tanto por consequência da natureza jurídica sob a qual são constituídas as empresas estatais e, mais importantemente, pelo comando constitucional estatuído no §1º do artigo 173.

Principal característica exorbitante dos contratos administrativos é a possibilidade da administração pública alterar unilateralmente os contratos em que é parte com o particular. Esta possibilidade, no Estatuto, deixa de existir. Conforme o comando do artigo 72 combinado com o do artigo 81 da lei, os contratos das empresas estatais somente poderão ser alterados em hipóteses específicas – portanto, compreendidas como uma lista taxativa da lei – e mediante “acordo entre as partes”.<sup>60</sup> Tais hipóteses são comparáveis às previstas no regime geral de contratos, com a óbvia exclusão de possibilidade de alteração unilateral. Justen Filho acredita que a menor margem de discricionariedade da empresa estatal para a gerir um contrato e alterá-lo sem anuência do particular “produz a diminuição das oportunidades para desvios éticos.”<sup>61</sup>

Cabe ressaltar que a regra do artigo 81, quando trata das hipóteses em que poderá ser alterado o contrato, refere-se especificamente ao artigo 43, incisos I a V – que trata dos contratos de obras e serviços de engenharia – e, numa leitura literal, poderia supor que se aplicariam apenas a tais tipos contratuais. No entanto, esta interpretação não se sustenta, dado que o próprio artigo refere a objetos contratuais diversos. Sugere-se que o intuito do caput do artigo 81 não foi o de limitar as regras de alteração contratual aos contratos de obras e serviços de engenharia, mas o de

---

<sup>60</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

<sup>61</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei das (antigas) Estatais. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 24 jul. 2016. Caderno Vida Pública. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/a-nova-lei-das-antigas-estatais-50zbsobbwlhhpuxzp5s2fvmdr>>. Acesso em: 24. abr. 2017.

“excluir do campo de incidência da norma as avenças celebradas sob o regime de contratação integrada, referidas no inciso VI do artigo 43 [...]”<sup>62</sup>

Não obstante essa relevante mudança de paradigma dos contratos das companhias públicas, nem todas as cláusulas exorbitantes usualmente identificadas nos contratos administrativos foram suprimidas no regime contratual do Estatuto das Estatais. A empresa pública e sociedade de economia mista deverão, por exemplo, estabelecer – através de seu regulamento interno – regras de gestão e fiscalização de contratos, conforme estabelecido no artigo 40. Cita-se, ainda, a possibilidade dos contratos das empresas estatais terem garantias vinculadas, suportadas pelo contratado, semelhantes aos moldes estabelecidos no regime geral de contratos.<sup>63</sup> Por fim – e de maneira totalmente oposta ao espírito da lei, em nossa opinião – o Estatuto estabelece a possibilidade da empresa estatal aplicar sanções administrativas ao contratado, conforme regra dos artigos 82 a 84. Os contratados portanto, são passíveis de serem punidos com advertência, multa e suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com a empresa estatal, por até dois anos.

Os contratos do regime do Estatuto das Estatais contém algumas cláusulas necessárias e se averigua que há certa similaridade com o conteúdo dos contratos administrativos do regime geral da LLCA. Estabelece o artigo 69:

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:  
 I - o objeto e seus elementos característicos;  
 II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;  
 III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;  
 IV - os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;  
 V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;  
 VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;  
 VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;  
 VIII - 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;

<sup>62</sup> LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello; WLADECK, Felipe Sripes. Alteração dos contratos das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 504.

<sup>63</sup> “Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;  
X - matriz de riscos.<sup>64</sup>

Inova o Estatuto ao atribuir ao contrato a prerrogativa de regular os casos de rescisão contratual, enquanto a própria lei silencia nesse quesito. Isto revela o afastamento de outra cláusula exorbitante fundamental dos contratos administrativos. É uma mudança basilar, pois afasta a incidência de qualquer prerrogativa ou vantagem da empresa estatal – em relação ao contratado – que afaste ou relativize a exceção do contrato não cumprido.<sup>65</sup>

Quanto ao regime de execução – que também é cláusula contratual necessária a constar dos contratos firmados pelas empresas estatais – pode-se referir ao artigo 43 do Estatuto, que repete quase que integralmente, as soluções instituídas no regime geral de licitações e no Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Estão presentes os já consagrados regimes de empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa, empreitada integral e contratação integrada, aos quais se pede escusa de não serem detalhados presentemente. Foca-se na novidade, que é o regime de contratação semi-integrada – criado no Estatuto como uma ferramenta intermediária entre a empreitada integral e a contratação integrada – para contratos de obras ou serviços de engenharia. Assim a lei define a 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 demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.<sup>66</sup>

Ela deve utilizada “quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, [...]”,<sup>67</sup> ou seja, é necessário a existência de projeto básico, mas dispensado o projeto executivo. Difere da contratação integrada, em que até o projeto básico é

<sup>64</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

<sup>65</sup> “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>66</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

<sup>67</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.



dispensável, podendo ser realizada apenas com um ante-projeto. Inclusive, o §4º do artigo 42, estabelece às empresas estatais o uso precípua do regime de contratação semi-integrada, salvo decisão motivada em sentido contrário.

Obviamente que um orçamento de valor global deverá ser estabelecido pela estatal para a contratação pelo regime semi-integrado, mesmo que sejam estimativas preliminares – que certamente serão ajustadas por ocasião da elaboração do projeto executivo.<sup>68</sup> O Estatuto permite a alteração do projeto básico – mantida a definição do objeto contratual – desde que se demonstre “superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento de qualidade, de redução de prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.”<sup>69</sup> E esta alteração do projeto – mesmo que não suponha impactos negativos financeiros ao contratado – deverá ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro, caso se demonstre que a alteração é essencial para a continuidade da obra ou por incorreção nos pressupostos técnicos do projeto básico elaborado pela estatal.<sup>70</sup>

Tal qual a solução adotada pelo RDC para a execução indireta por contratação integrada, este regime e o de contratação semi-integrada poderão adotar sistemas de remuneração variável ao contratado, por desempenho acima do minimamente estabelecido. O artigo 45 do Estatuto prevê sua utilização, sendo que Borda ensina:

Sua utilização é recomendada especialmente como forma de aprimoramento de controle de execução contratual, sobretudo em regimes contratuais cujos regimes são mais complexos e compostos pela integração de diversas obrigações. Ou seja, contratos complexos se caracterizam muito mais pela definição das finalidades almejadas pelo contratante, do que pela definição detalhada da metodologia e dos passos que devem ser seguidos pelo contratado.<sup>71</sup>

Este sistema de remuneração variável não pode ser considerado como uma medida de sanção ao contratado ao não atingir meta específica. Este sistema deve ser previamente definido com base em parâmetros úteis, mediante justificção relacionada ao produto almejado pela estatal. Quando julgando os acordos de nível

<sup>68</sup> BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de execução indireta de obras e serviços para empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 379-380.

<sup>69</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

<sup>70</sup> BORDA, Daniel Siqueira, *op. cit.*, p. 381.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 395.

de serviço, espécie de remuneração variável, o TCU já havia entendido que tais instrumentos não se confundem com medidas punitivas.<sup>72</sup> Obviamente este comentário não se refere às hipóteses do artigo 79 da lei, que trata dos descontos a incidirem sobre remuneração de contratos decorrentes de licitação por julgamento de maior retorno econômico à estatal – §6º, do artigo 54 da lei.

Merece menção, ainda, a cláusula necessária de se estabelecer nos contratos das empresas estatais uma matriz de riscos. Basicamente, a lei atribuiu a matriz de riscos aos contratos com regimes de execução semi-integrada e integrada de obras e serviços de engenharia, no entanto, nada obsta que a estatal estabeleça tais parâmetros de riscos em quaisquer objetos, posto que não é uma ferramenta exclusiva a estas espécies contratuais.<sup>73</sup> O artigo 42, inciso X do caput estabelece o conceito legal da matriz de riscos:

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.<sup>74</sup>

Guimarães e Santos definem, de modo sucinto, a finalidade de tal ferramenta contratual:

Toda atividade contratual está sujeita a sofrer influência, positiva ou negativa, decorrente de situações de fato, jurídicas, legais ou da natureza que sejam imprevisíveis ou, ainda que previsíveis, com consequências incalculáveis. A imprevisão é um elemento importante para as definições de planejamento. A matriz de riscos opera com a distribuição de riscos

<sup>72</sup> BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de execução indireta de obras e serviços para empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 395.

<sup>73</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 249.

<sup>74</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

previsíveis e de riscos imprevisíveis, que podem ou não ocorrer no curso da execução contratual, e é definidora das responsabilidades quando eventos supervenientes à contratação puderem onerar a execução do contrato.<sup>75</sup>

A matriz de riscos do contrato, portanto, estabelecerá uma relação proporcional entre a delimitação das obrigações intermediárias e o risco a ser suportado pela estatal. Ou seja, quanto mais a empresa estatal – no planejamento da contratação – pretender enrijecer a atuação do contratado para atingir à finalidade do contrato, maiores deverão ser suas responsabilidades pelo insucesso da empreitada. Sentido inverso, obviamente, haverá um impacto no preço ofertado pelo contratado quanto mais obrigações tiver que assumir conforme estabelecido na matriz de riscos.

O Estatuto das Estatais criou mudanças significativas no regime contratual a ser seguido pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, atribuindo-lhes definitivamente a qualidade preponderante de entidades regidas pelo direito privado. Tais inovações legislativas somente concretizam a agilidade necessária para atuação das empresas estatais no mercado, aproximando-as mais do que nunca, dos seus competidores privados.

---

<sup>75</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 138.

### 3 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO DIRETA

A CF/88, no inciso XXI do artigo 37,<sup>76</sup> estabelece que as contratações da Administração Pública deverão ser pactuadas mediante processo público de licitação, observadas as exceções estabelecidas pela lei. Este comando se aplica a qualquer órgão ou entidade; as empresas estatais, contudo, devem observar regras próprias, em exceção ao regime geral, conforme estabelece o artigo 173, §1º, inciso III, da CF/88.<sup>77</sup> Este capítulo comentará os procedimentos de contratação direta estabelecidos pelo Estatuto das Estatais.

Permanecem idênticos os conceitos já consagrados. Dispensa é possibilidade de contratação sem licitação em situações taxativas da lei, atribuindo-se ao juízo discricionário do agente público a realização ou não da licitação – visto que se mantém a possibilidade de competição – ao passo que a inexigibilidade se fundamenta na impossibilidade da realização da licitação, pela ausência de competição possível “porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração [...]”<sup>78</sup>

O Estatuto estabeleceu, ainda, a base legal para atuação das empresas estatais, nos seus ramos econômicos respectivos, sem a necessidade de licitação, bem como o estabelecimento de empreendimentos e negócios com parceiros específicos. A estas normas de afastamento do regramento ordinário de contratação nomear-se-á como inaplicabilidade de licitação, tal qual sugerido por Justen Filho<sup>79</sup> – o que, vale referir, se poderia definir como uma nova espécie do gênero contratação direta.

<sup>76</sup> “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>77</sup> “§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

.....  
 III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 433.

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 298.

### 3.1 As Hipóteses de Inaplicabilidade de Licitação

A norma que institui as hipóteses de inaplicabilidade de licitação afasta a própria incidência da regra constitucional do dever de licitar, posto que inaplicável na espécie, não havendo a subsunção da norma. Afastam, igualmente, qualquer dever de procedimentalizar a decisão de contratação – tal qual ocorreria com uma dispensa, por exemplo – dado que se referem diretamente à atuação da estatal no campo econômico.

#### 3.1.1 As Contratações Relacionadas ao Objeto Social da Empresa Estatal

É de longa data que a doutrina<sup>80 81 82</sup> e a jurisprudência – notadamente do TCU – validam a atuação das empresas estatais em seus propósitos econômicos, ou seja, as contratações pretendidas pela estatal prescindem de licitação, se estiverem relacionadas com o objetivo para o qual foi criada, sendo inconciliável com o regime de direito privado a que estão submetidas. São contratos praticados pela empresa estatal em atos finalísticos, relacionados com sua atividade-fim, que demandam a celeridade comumente exigida da iniciativa privada, praticada em regime de livre concorrência de mercado.<sup>83</sup> Aplicam-se as regras e procedimentos de licitação apenas aos ajustes derivados das necessidades instrumentais das estatais, aquelas demandas supridas por atuação classificada como atividades-meio. Celso Antônio Bandeira de Mello traduz de modo claro a inaplicabilidade de licitação relacionada à atividade-fim:

Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída, a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem agilidade, a rapidez, o

---

<sup>80</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 212.

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 28-30.

<sup>82</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: De acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 39.

<sup>83</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 43.

procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento de boa realização de sua finalidade.<sup>84</sup>

Como já dito, a própria jurisprudência validou este entendimento doutrinário, atribuindo as contratações realizadas no âmbito da atividade-fim da empresa estatal como exceções à observância do dever de licitar. Contudo, um requisito essencial foi estabelecido: de que a licitação prévia somente seria afastada em casos que seu uso se tornaria “óbice intransponível à sua atividade negocial”. Este precedente, que foi estabelecido no Plenário do TCU e serviu de base para todas as demais decisões posteriores deste órgão de controle, tem o seguinte sumário:

SUMÁRIO: Consulta formulada por Ministro de Estado acerca da licitude da dispensa de licitação por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica quando da contratação de bens e serviços ligados à sua atividade fim. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Conhecimento. Jurisprudência consolidada nesta Corte no sentido da possibilidade de as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica prescindirem da utilização de licitação para a contratação de bens e serviços que constituam a sua atividade-fim, enquanto não editada a lei a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, apenas nas hipóteses em que o diploma licitatório constitua óbice intransponível à sua atividade negocial. Encaminhamento de cópia desta deliberação ao consulente.<sup>85</sup>

A expressão “atividade-fim” utilizada pelo TCU em seu precedente é aberta, o que amplia o debate acerca do sentido atribuível à norma – no caso, a disciplina do §1º, do artigo 173 da CF/88. O Estatuto das Estatais confere maior estabilidade para a atuação das entidades que regula, pelo que se deve saudar a preocupação do legislador em redigir o inciso I, do §3º, do artigo 28. A situação transitória até então existente, mesmo diante da pacificação jurisprudencial e doutrinária, se resolve com a autorização de lei que valida a desnecessidade de licitar contratos decorrentes da atividade-fim das estatais, conferindo-lhes a segurança jurídica necessária para sua atuar no mercado.<sup>86</sup> Diz a regra:

<sup>84</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 559-560.

<sup>85</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consulta TC 006.244/2004-6. Acórdão n. 1.390/2004. Relator: Min. Marcos Bemquerer. Brasília, 15 set. 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20040915/TC%20006.244.doc>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

<sup>86</sup> ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. O Estatuto das Estatais (Lei 13.303/2016) e a Inaplicabilidade do Regime Licitatório nas Atividades-Fim Desempenhadas pelas Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 973, 2016.

§3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;<sup>87</sup>

Primeiro, cumpre esclarecer que as hipóteses de contratação elencadas no inciso I são exemplificativas, pois é inconcebível limitar as possíveis formas de atuação no campo econômico<sup>88</sup> – aqui compreendida a atividade econômica em sentido amplo. Veja-se, ainda, que a lei utiliza um termo diferente para definir a inaplicabilidade de licitação ora analisada, utilizando a expressão “objetos sociais”. A lei agora vincula a inaplicabilidade da licitação apenas às contratações a serem firmadas pela empresa estatal que sejam especificamente relacionadas com sua atividade social, de modo que se torna pertinente e necessário que o objeto do contrato esteja inserido no conteúdo dos seus atos constitutivos. Se a contratação pretendida não se encontra referida estritamente nos objetivos sociais formalizados no Estatuto Social da empresa, as regras de licitação se impõem. O uso do termo “especificamente” não permite ampliação de interpretação<sup>89</sup> e estabelece uma baliza concreta para definir a norma de maneira muito mais precisa do que delimitava a expressão “atividade-fim”, o que obrigou o TCU a definir o seu alcance: decidiu que a licitação somente não se impunha caso “gerasse dificuldades insuperáveis”.<sup>90</sup>

Há certa liberdade para atuação da estatal: caso o escopo do contrato não seja abarcado nos objetivos sociais da estatal, sempre é possível a alteração de seus instrumentos constitutivos afim de se adequar à realidade de mercado – respeitados, obviamente, os limites estabelecidos pela lei que autoriza sua criação.

Outro aspecto a ser salientado é que a atividade econômica da empresa estatal deve ser relevada, relacionando a inaplicabilidade de licitação diretamente com a competitividade exigida para manter-se atuando no mercado, evidenciando a necessidade de garantir vantajosidade na contratação.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 301.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 301.

### 3.1.2 As Contratações ou Associações com Parceiros em Oportunidades de Negócio Definidas e Específicas

O Estatuto das Estatais estabelece, de modo inovador, ainda, um critério adicional para a inaplicabilidade de licitação, relacionada com a escolha de parceiros específicos em oportunidades de negócio. Assim estabelece o inciso II, do §3º, do artigo 28 do Estatuto das Estatais:

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

.....  
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.<sup>92</sup>

Aqui tem-se uma nova regra, que é completamente inédita. Dado o pouco tempo em vigor da lei, poucos comentários jurídicos foram editados ou publicados pela doutrina, e nenhuma decisão, judicial, administrativa ou de controle, foi exarada. Não há, no momento de redação deste artigo, textos reflexivos afim de procurar depreender do que se trata este dispositivo específico do Estatuto. Isto dito, pede-se vênica para tecer algumas digressões próprias, sem muitas referências.

Primeiramente cabe citar alguns apontamentos realizados por Marçal Justen Filho, único autor tenta dar algum sentido à norma e que – como ele próprio admite<sup>93</sup> – foi uma reflexão precária e provisória. O autor ressalta a evidência do texto legal em permitir a inaplicabilidade de licitação na escolha do parceiro “para empreendimentos associativos, nas hipóteses em que os atributos pessoais apresentem relevância.”<sup>94</sup> Explica que isto significa que a opção por determinado parceiro “envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao objeto a ser executado em conjunto.”<sup>95</sup> Por fim, procura um conceito para parceria, dizendo que deve ser uma expressão compreendida amplamente

<sup>92</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Que Muda no Regime de Licitações das Empresas Estatais com a Lei 13.303**. 2016. Palestra realizada no IV Congresso Brasileiro das Empresas Estatais em 21. nov. 2016.

<sup>94</sup> *Idem*. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 302.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 302.



“para abarcar as soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária.”<sup>96</sup> Verifica-se pouca precisão no texto de maneira a atingir alguma definição semântica útil. E isto não é absolutamente nenhum demérito, dada o quão recente é esta novidade legislativa.

O Estatuto das Estatais procura definir o conceito de oportunidade de negócio, de modo a delinear o sentido da hipótese legal. Assim estabelece no §4º, do artigo 28:

§4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do §3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.<sup>97</sup>

Num primeiro momento, resta claro que as oportunidades de negócio englobam a típica atividade de investimentos em mercado de capitais, contempladas alienações e aquisições de ativos de natureza societária, bem como operações de participação societária individualmente ou através de parceiros. Dúvida paira acerca do conteúdo do termo “parcerias” utilizado na lei. A Lei das PPP’s, a Lei nº 11.079/04, conceitua a parceria público-privada, sendo uma espécie de concessão, que não serve aos propósitos presentes.

Não se pretende, de maneira alguma, superar as colocações de Justen Filho, mas sendo a norma voltada para a atuação de entidade em atividade tipicamente econômica – ainda que de entidades pertencentes à Administração Pública – parece útil olhar o que a ciência da Administração tem a oferecer.

O estabelecimento de parcerias pode ser considerado como um aliança estratégica no campo negocial, como definido por Gulati:

I define strategic alliances as voluntary arrangements between firms involving exchange, sharing, or codevelopment of products, technologies, or services. They can occur as a result of a wide range of motives and goals,

---

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 303.

<sup>97</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

take a variety of forms, and occur across vertical and horizontal boundaries.<sup>98</sup>

Gulati descreve que o processo de formação de uma aliança estratégica – parceria, no escopo da lei – envolve uma sequência de eventos que podem ser delimitados pelos seguintes acontecimentos: a decisão de formar uma parceria; a escolha apropriada de um parceiro; a escolha da estrutura da parceria; a evolução dinâmica da relação ao longo do tempo.<sup>99</sup> Diante disto, pode-se dizer que os elementos formativos de uma parceria se destacam precipuamente em espectros subjetivos, tanto por parte da necessidade da empresa estatal, pela escolha do seu parceiro e do modo de associação ou contratação entre estes.

Empresas em geral, inclusive as empresas estatais, almejam o aumento de inserção nos mercados em que atuam, enfrentando – como qualquer outra instituição em regime de livre concorrência – diferentes empecilhos para realização de determinado objetivo. Pode-se citar alguns destes obstáculos: desconhecimento das regras regulatórias de novos mercados; elevados custos de logística; falta de capacidade de produção para atendimento de demandas em curto prazo; falta de vantagens relativas específicas para a atividade pretendida; desequilíbrio de informações e conhecimentos no ramo a ser desbravado; etc. Essas limitações hipotéticas seriam possíveis de serem superadas se a empresa estatal decidir conjugar esforços com outra entidade privada. E é nessa amplitude de cenários infundáveis que se vislumbra a subsunção da norma analisada neste item.

Cabe ressaltar, por óbvio, que a delimitação e motivação para a escolha do negócio a ser firmado – mesmo que não seja especialmente processada tal qual uma contratação por dispensa – demandará que as condições subjetivas do parceiro sejam determinantes para a concretização do negócio. Isto se depreende claramente do inciso II, do §3º, citado, quando se lê que a “escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares”<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> “Eu defino alianças estratégicas como um arranjo voluntário entre empresas envolvendo a troca, compartilhamento e co-desenvolvimento de produtos, tecnologias ou serviços. Elas podem ocorrer como resultado de uma ampla variedade de motivos e objetivos, tomar uma variedade de formas e ocorrer através de limites verticais e horizontais.” GULATI, Ranjay. *Alliances and Networks*. **Strategic Management Journal**, Chicago, v. 19, 1998, p. 293-317. Disponível em: <<http://www.uark.edu/ua/yangw/network%20studies/NetworkLiterature/gulati1998.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017. (trad. nossa)

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Esta regra ainda delinea que as oportunidades de negócio devem ser "definidas e específicas"<sup>101</sup>. Alguém talvez possa sugerir que tais definições e especificações sejam estabelecidas previamente, de modo abstrato, no regulamento interno da empresa estatal. Contudo, se critica qualquer hipótese de prévia concepção de matérias, objetos ou propósitos suscetíveis de serem contratados pela estatal neste escopo. A diversidade de atuação no âmbito econômico e negocial é muito ampla e tolher e limitar a atuação da companhia dessa maneira deve ser coibida, sob pena de prejudicar sua rentabilidade, característica do regime privado a que se submete.

Entende-se que existem riscos na atuação de mercado, inerentes à exploração de atividade econômica e de má atuação dos agentes públicos responsáveis. Contudo, a lei estabelece mecanismos de controle, revisão e aprimoramento a serem implementados pela própria estatal, pelo governo e pela sociedade. A primeiro, porque além da oportunidade de negócio ser definida e específica, deverá ser justificada a inviabilidade de aplicação das regras de licitação a que se submete neste regime especial do Estatuto. A segundo, porque a lei estabelece mecanismos de governança e *compliance* internos – externos à própria estatal – não abarcando apenas critérios jurídicos, mas também avaliação das decisões comerciais e negociais praticados pela empresa. Por fim, se estabelecem novos e rígidos critérios de transparência e profissionalização dos quadros decisórios superiores, o que procura eliminar demais ingerências políticas e amadorismos atentatórios ao patrimônio da estatal.

Verifica-se que a possibilidade de atuação mercantil livre das amarras dos procedimentos licitatórios pode ser fonte de problemas futuros. Já se encontram as empresas estatais utilizando deste expediente específico do inciso II, do §3º do artigo 28 para formalização de contratos de parceria com pessoas privadas.<sup>102</sup> É de se indagar a imprudência de tais atos, dada a novidade, a falta de regulamentação específica e, sequer, maiores reflexões acerca do tema – que surpreende sobremaneira este autor. Tal hipótese de atuação fora do regime usual de contratação por licitação parece que poderá trazer debates interessantes no futuro – para não dizer situações traumáticas – especificamente relacionados à essa

---

<sup>101</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>102</sup> SÃO PAULO (Município). Despacho no Processo 8610.2016/0000108-2. **Diário Oficial da Cidade de São Paulo**, Poder Executivo. São Paulo, 21 dez. 2016. p. 26.

alternativa de não aplicabilidade de licitação, tal qual se verificou quanto ao celeuma proveniente do procedimento licitatório simplificado utilizado pela Petróleo Brasileiro S.A.<sup>103</sup>

### 3.2 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

Como já dito anteriormente, os comentários adiante sobre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas no Estatuto das Estatais serão muito mais breves, em face da pouca inovação normativa em relação ao regime geral de licitações.<sup>104</sup> Ambos conceitos estão caracterizados de modo idêntico na nova lei ao que já estabelecido anteriormente pela legislação do regime geral e pela doutrina.

#### 3.2.1 Dispensa de Licitação

Encontram-se nos incisos do artigo 29 do Estatuto das Estatais hipóteses de dispensa de licitação – em lista taxativa – que se assemelham muito às encontradas no artigo 24 da LLCA. Nem todos os casos do regime geral foram retratados na nova lei, mas os que foram sofreram pouca ou nenhuma alteração de redação. Verifica-se identidade plena entre as modalidades dos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV e XV do artigo 29 do Estatuto e incisos existentes no artigo 24, LLCA. Não serão feitos comentários em relação aos incisos identificados anteriormente. Inexiste qualquer mudança quanto aos fundamentos legais, pelo que as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já são consagradas.

Inicialmente, verifica-se a ampliação dos limites legais para a dispensa de licitação em face das chamadas contratações de pequeno valor. Os incisos I e II do artigo 29 estabelecem limites maiores para justificar a não realização de um certame público, numa avaliação puramente econômica: para obras e serviços de engenharia o limite é de cem mil reais; para outros serviços e compras o limite é de cinquenta

---

<sup>103</sup> Tal regime de licitação simplificado foi alvo de diversas denúncias de irregularidades no TCU, culminando com emblemático julgamento na Decisão nº 663/02, em que o órgão de controle federal julgou inconstitucional a regra do artigo 67, da Lei nº 9.478/97, determinando à Petrobrás a utilização das regras do regime geral de licitações da Lei nº 8.666/93, até a publicação da lei de que trata o §1º, do artigo 173, CF/88.

<sup>104</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 306.

mil reais. Ambas normas ressalvam – a já consolidada questão, tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente – do parcelamento do objeto contratual ilegalmente para se ver livre da regra de licitar. A ampliação deste limites permite às estatais terem mais agilidade em contratar, o que segue o intento geral da nova lei. É de se ressaltar que, conforme o §3º do artigo 29, há a possibilidade do Conselho de Administração da estatal atualizar os valores dos incisos I e II. Diz o texto da norma:

§3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.<sup>105</sup>

É competência da União o estabelecimento de normas acerca de licitações, conforme o artigo 22, inciso XXVII da CF/88 e, portanto, eventual ampliação dos limites estabelecidos no Estatuto das Estatais por ato interno das companhias poderia ser considerado como usurpação de competência privativa da União. Autores sugerem que esta regra não viola a Constituição, mas tais questionamentos podem ser suscitados.<sup>106</sup> <sup>107</sup> Entende-se que a possibilidade de atualização dos valores não fere a CF/88, posto que limita o conselho de administração, obrigando-o a estabelecer critérios objetivos para eventual adequação de novos patamares para as hipóteses de dispensa.

Quanto ao inciso X, da contratação de serviços públicos de concessionários e permissionários, verifica-se uma mudança relevante em face do previsto no regime geral. Neste sistema, a regra do inciso XXII, do artigo 24, LLCA previa possibilidade de dispensa exclusivamente para a contratação de serviços de energia elétrica e gás natural. Já a regra do Estatuto das Estatais não especifica qualquer objeto, atribuindo genericamente a dispensa a qualquer permissionário ou concessionário de serviços públicos. No entanto, neste cenário, a estatal há que se ater aos princípios gerais da administração pública e da licitação. No que for possível a existência de competição entre diversas sociedades privadas concessionárias de

---

<sup>105</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>106</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 308.

<sup>107</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 50.

serviços públicos, ficará prejudicada – ou ao menos demandará uma relevante justificação – a utilização da dispensa prevista neste comando. Seria o caso, por exemplo, da contratação de serviços de telefonia fixa que, apesar de ser serviço público prestado por empresa privada autorizada pelo Estado, apresenta diversos fornecedores possíveis, caso em que a licitação se imporá.<sup>108</sup>

Merece comentário, ainda, o permissivo do inciso XI,<sup>109</sup> que alterou levemente a redação existente previamente na LLCA. Este comando trata da possibilidade da companhia estatal realizar contratações com suas sociedades subsidiárias. Primeiramente nota-se a retirada do termo “controlada”, restringindo a contratação a apenas negócios a serem realizados exclusivamente entre as empresas estatais e suas respectivas subsidiárias. Mantém-se, obviamente, a necessidade de que os preços praticados por estas sejam compatíveis com os de mercado. Relevante dizer, outrossim, que a grande alteração se deu na parte final do comando normativo. A contratação da empresa subsidiária somente poderá ser dispensada se o objeto contratual estiver relacionado diretamente “com a atividade [...] prevista em seu estatuto social;”<sup>110</sup> o que efetivamente delimita a atuação das estatais. Esta previsão da nova lei vem ao encontro da jurisprudência já pacificada do TCU, que exige, conforme sua Súmula nº 265, pertinência entre o objeto do contrato e estatuto social das entidades subsidiárias.<sup>111</sup>

O inciso IV do artigo 24 da LLCA é o fundamento para a administração pública de realizar contratação direta por fatos decorrentes de situações de urgência ou calamidade pública. Regra idêntica se encontra no inciso XV do artigo 29 do Estatuto das Estatais, o que não permite maiores comentários. Contudo, acrescentou-se uma regra relacionada, no §2º deste artigo, que obriga a responsabilização – inclusive nas esferas administrativa e cível estabelecidas pela

---

<sup>108</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 313.

<sup>109</sup> “XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>110</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>111</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 265. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/265/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Lei de Improbidade Administrativa<sup>112</sup> – de quem tenha dado causa à situação de urgência por atos que tenha praticado ou que deveria ter praticado.<sup>113</sup> Esta norma estabelecida no Estatuto pretende proteger as empresas estatais da chamada “emergência fabricada”<sup>114</sup> e consolida, em lei, o entendimento já pacificado pela jurisprudência do TCU.<sup>115</sup>

Especial atenção se deve aos comandos dos incisos XVI e XVII, porquanto tratam da alienação de bens de propriedade da empresa estatal, não obstante manterem redações muito semelhantes à do artigo 17, da LLCA. Oportuno, de modo preliminar, citar a regra do §2º do artigo 8º do Estatuto das Estatais, que trata da obrigação do ente controlador de, mediante lei ou decreto, pactuar detalhadamente quaisquer obrigações ou responsabilidades a serem assumidas pela companhia estatal em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado, discriminando os custos decorrentes e sua apropriada contabilização, de maneira a proteger os interesses da própria empresa e de seus investidores minoritários.<sup>116</sup> Esta norma tem pertinência aos comentários que se seguem.

<sup>112</sup> BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

<sup>113</sup> “§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>114</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 314.

<sup>115</sup> “RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. QUESTÕES RELACIONADAS A LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSAS FUNDAMENTADAS EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO APRESENTADO PELO ADMINISTRADOR. NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO APRESENTADO PELA EMPRESA.

1. A situação prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas TC-008.403/1999-6. Acórdão n. 1.876/2007. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 12 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070913/TC-008-403-1999-6.doc>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

<sup>116</sup> “§ 2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão:

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

II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Cabe ressaltar, em tempo, que os bens de titularidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, em regra, não são bens públicos, mas bens sujeitos ao regime de direito privado. A alienação e oneração de tais bens, contudo, dependem de licitação.

O inciso XVI trata de hipótese de se dispensar o certame público em caso de alienação de bens a órgãos ou entidades da Administração Pública, inclusive sob permuta. Entretanto, entende-se que esta dispensa não pode acarretar ônus desproporcional à empresa estatal, ainda mais no caso de ser uma sociedade de economia mista, em que há a presença de sócios minoritários. Como diz Justen Filho:

Como regra, o relacionamento instaurado entre a empresa estatal e outras entidades da Administração Pública é regido pelo postulado da comutatividade. Não existe fundamento jurídico que autorize operações negociais que acarretem prejuízo à empresa estatal. A previsão legal ora examinada não significa, portanto, que a empresa estatal poderia ceder ou adquirir bens em condições desvantajosas, simplesmente pela circunstância de que a contraparte seria uma entidade integrante da Administração Pública.<sup>117</sup>

Quanto ao inciso XVII – que trata da doação de bens de interesse social – aplica-se raciocínio idêntico ao exposto no parágrafo anterior. Não é prerrogativa da empresa estatal efetivar políticas públicas – no caso, de cunho social – em detrimento de seu patrimônio. A doação de bens para fins e uso de interesse social não pode ser realizada em uma operação deficitária para a companhia, devendo haver um equilíbrio entre o benefício a ser alcançado e o impacto que causará no seu patrimônio.<sup>118</sup> Inclusive, caso haja possibilidade de haver alguma disputa entre pessoas privadas interessadas nos bens da empresa estatal, um procedimento isonômico para a escolha do beneficiário deverá ser estabelecido, afim de evitar o favorecimento ilícito, sob pena de punição do agente público responsável.<sup>119</sup>

Por fim, merece comentário o inciso XVIII, do artigo 29, que trata da dispensa “na compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.”<sup>120</sup> A parte final da norma exemplifica como há atecnia da lei em

<sup>117</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 315.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>119</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 76-77.

<sup>120</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.



sua redação, o que pode – como neste caso – causar até efeitos indesejados inicialmente. Óbvio que bens que sejam produzidos ou comercializados pela estatal são diretamente relacionados com sua destinação social, ou seja, são produtos de sua atividade-fim. Está-se diante de evidente antinomia legal, posto que uma regra se refere à inaplicabilidade de licitação e outra à dispensa. Nesta hipótese se pressupõe um procedimento prévio com devida motivação, ainda que sumário em face de uma licitação; já naquela hipótese são inaplicáveis quaisquer exigências atinentes à eventual procedimentalização para a contratação.

Ora, se buscando uma compreensão sistemática do Estatuto, verifica-se evidentemente que qualquer exigência burocrática – rigorosa ou não – para o exercício das atividades econômicas finalísticas da estatal, a tornaria completamente impedida de concorrer plenamente no seu ramo de mercado respectivo. Esta seria sobrecarregada com ônus que são inexistentes para as suas empresas competidoras, de capital privado. Diante disto, entende-se que a compra e venda de bens produzidos ou comercializados pela companhia estatal, se subsume à regra do artigo 28, inciso I, em detrimento ao inciso XVIII do artigo 29.

### 3.2.2 Inexigibilidade de Licitação

O caput do artigo 30 do Estatuto traz, novamente, uma redação que não é exatamente muito precisa, aludindo que os casos em que há inviabilidade de competição seriam denominados de contratação direta, termo utilizado pela doutrina para delimitar o gênero que abarca tanto a inexigibilidade como a dispensa. Não obstante, verifica-se que a própria lei utiliza do termo “inexigibilidade” diversas vezes<sup>121</sup>, pelo que se recomenda a manutenção do termo já consagrado no direito brasileiro.<sup>122</sup>

Como já dito o conceito de inexigibilidade não se alterou e poucas modificações tiveram as redações dos incisos I e II do artigo 30. Contudo, as alterações providenciadas pelo legislador em comparação com o previsto no artigo 25 da LLCA, merecem destaque. Cumpre esclarecer, primeiramente, que as hipóteses descritas nos incisos do artigo 30 não são exaustivas, como não são no

<sup>121</sup> O termo é encontrado: (i) na denominação da Seção I, do Capítulo I do Título II; (ii) no inciso II, do caput do próprio artigo 30; (iii) no artigo 50; e, (iv) no artigo 75.

<sup>122</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 316.

regime geral de licitações. São infindáveis as possibilidades factuais em que a competição se tornará impossível, seja por características objetivas da contratação ou características subjetivas da pessoa ou entidade a ser contratada.<sup>123</sup> Auxilia esta interpretação, outrossim, a parte final do caput do artigo, em que se lê “[...] em especial na hipótese de: [...]”<sup>124</sup>

O inciso I do artigo 30 caracteriza a aquisição de bens fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. É típica hipótese de inviabilidade de licitar por características objetivas, ou seja, justifica-se por parâmetros próprios ao objeto do contrato. Este caso de inexigibilidade atrai um ônus para a estatal, porquanto, para a escolha de determinada solução devem ser cotejadas as opções existentes no mercado, demonstrando, objetivamente, que a necessidade somente pode ser satisfeita por determinado bem.<sup>125</sup> Este entendimento decorre de interpretações realizadas pelo TCU, no âmbito da LLCA, mas plenamente válidas no presente caso.

Se vislumbra que o Estatuto silencia quanto à forma de comprovação da exclusividade, deixando as empresas estatais mais livres para regulamentarem internamente tais aspectos.<sup>126</sup> Justen Filho sempre foi muito crítico do formalismo burocrático estatuído no inciso I do artigo 25 da LLCA.<sup>127</sup> E de maneira coerente, saúda a liberdade estabelecida no comando da nova lei sob análise.<sup>128</sup> As possibilidades fáticas da ocorrência de exclusividade no fornecimento de determinado bem ou serviço podem ser inúmeras. Atestados ou declarações de terceiros, dissociados e apartados da realidade do mercado, não podem suprir a comprovação necessária para autorizar a utilização desta inexigibilidade.

Como último comentário, ressalte-se que se manteve a falta de técnica na redação do Estatuto das Estatais quanto à hipótese do inciso I em comento. Vê-se que ele cita apenas a possibilidade de aquisição de bens de fornecedores exclusivos, no entanto – em face da própria característica exemplificativa do artigo

<sup>123</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 316.

<sup>124</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>125</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 81.

<sup>126</sup> Este é uma compreensão que se pode afirmar da leitura do artigo 40 do Estatuto das Estatais.

<sup>127</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. 17. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 584-585.

<sup>128</sup> *Idem*. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 318.

30 – não se vislumbra qualquer problema em se utilizar tal permissivo também para a contratação de serviços.<sup>129</sup>

O inciso II do artigo 30 do Estatuto das Estatais trata da contratação por inexigibilidade de serviços profissionais especializados. Assim se lê da norma:

- II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
  - b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
  - c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
  - d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
  - e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
  - f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
  - g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.<sup>130</sup>

Denota-se imediatamente a supressão do termo “singular” do comando do inciso, que existia na regra estabelecida no regime geral. No entanto, a ausência do termo pouco importa para o sentido da norma, “[...] pois não se pode admitir que em todo e qualquer serviço técnico profissional especializado existiria inviabilidade de competição.”<sup>131</sup> Evidente que deve haver uma estrita vinculação entre o objeto a ser contratado e especialização notória do profissional proponente. Admitir o contrário seria permitir toda a sorte de desvios de finalidade, ignorando princípios basilares do direito administrativo.

Por último, outro ponto a se comentar é que o artigo 30 estabelece de modo expresso o que deve ser entendido como notória especialização, por força do seu §1º.<sup>132</sup> Justen Filho critica o uso da expressão superlativa “indiscutivelmente o mais adequado”, posto que atribui um sentido absoluto que é impossível de ser atingido, dada a realidade do mercado.<sup>133</sup> Contribui-se, ainda, com a perspectiva de que o

<sup>129</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 81.

<sup>130</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>131</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 319.

<sup>132</sup> “§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>133</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 321.

próprio objeto contratual se traduza em uma obrigação de meio, sem compromisso de resultados finais. Suponha-se que, neste cenário, ao não alcançar os resultados almejados na contratação – mantido que o sentido incondicional da norma – poderia evidenciar-se alguma impropriedade na inexigibilidade? Obviamente que não, pois mesmo o trabalho “indiscutivelmente o mais adequado” poderia resultar em insucesso, frente ao resultado possível.

### 3.2.3 Procedimentos de Formalização da Dispensas e Inexigibilidade

Verifica-se que os §§ 2º e 3º do artigo 30 do Estatuto, apesar de estarem inculpidos no artigo que trata especificamente da inexigibilidade de licitação trazem regras aplicáveis também às dispensas. Isto demonstra novamente a falta de técnica na redação da lei – ignorando os comandos do artigo 11, inciso III, da Lei Complementar nº 95/1998 –, mas que não atrai grandes dificuldades para o cumprimento dos comandos presentemente analisados.

O §2º trata da responsabilização do agente público que decidir pela contratação e do fornecedor contratado, mediante processo de dispensa ou inexigibilidade, pelos danos causados pela pactuação de aquisição ou serviço com preços excessivos, seja por sobrepreço ou superfaturamento – conforme definição já estabelecida no Estatuto. Esta responsabilização se configura de modo solidário entre ambos os responsáveis referidos. Obviamente que se deve ter cautela na aplicação e interpretação deste dispositivo.<sup>134</sup> Se o agente público ou o fornecedor tiverem, cada um, culpa exclusiva no dano resultante da contratação com sobrepreço ou superfaturamento, não caberia o direcionamento de eventual ação de ressarcimento contra a parte inocente.

Finalmente, o §3º do artigo 30, trata de requisitos mínimos a serem observados no procedimento prévio a ser instrumentalizado para devidamente motivar a realização da dispensa ou inexigibilidade. Estabelece três requisitos, mínimos, naquilo que couberem em cada caso, para o processo: (i) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa; (ii) motivação da escolha do fornecedor a ser contratado; e, (iii) justificativa do preço. Não há

---

<sup>134</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: \_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 325.

inovação pertinente a ser apontada neste específico, pois são requisitos semelhantes aos já estabelecidos no regime geral de licitações da LLCA.

Identifica-se uma relevante diferença entre os diplomas: não há mais a exceção de observância dos requisitos procedimentais para as dispensas fundamentadas na pequena relevância econômica, devendo haver a plena instrução de procedimento até para estas hipóteses de dispensa – até porque tiveram seus limites ampliados consideravelmente em relação aos do regime geral. Outrossim, o Estatuto das Estatais não mais exige expressamente que o processo de dispensa ou inexigibilidade seja ratificado por autoridade competente para que seja eficaz. Contudo, continua sendo necessário um ato administrativo por agente competente para autorizar a contratação, pelo que a omissão não modifica o procedimento já adotado pelas estatais sob a égide do regime geral de contratação.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 89.

## 4 PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO DO ESTATUTO DAS ESTATAIS

Como integrantes da administração pública, as empresas estatais tem a obrigação de licitar todas as contratações para suprir suas necessidades instrumentais. Até o advento do Estatuto, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias eram obrigadas a utilizar as disposições da LLCA – que estabelece o regime geral de licitações – e que continha algumas regras aplicáveis somente às empresas estatais.

Na nova lei encontram-se novos mecanismos e procedimentos – mais ágeis e menos burocráticos – para atender à exigência constitucional do inciso XXI, do artigo 37, sem comprometer o desempenho da empresa estatal. Entre os aspectos mais relevantes acerca da licitação destas entidades, destaca-se alteração na finalidade do processo licitatório, com estabelecimento de diretrizes a serem observadas pelos agentes públicos responsáveis. De nota, também, é a ausência de diferentes modalidades, com a utilização de apenas uma espécie de procedimento, muito inspirado no RDC. A lei estabelece, ainda, diferentes procedimentos auxiliares para tornar o procedimento licitatório mais ágil e efetivo. Estes são os pontos que serão objeto de descrição e análise neste capítulo.

### 4.1 A Finalidade da Licitação

O regime geral de licitações e contratos e o Estatuto das Estatais se direcionam para fins distintos, ou seja, tem finalidades próprias que não se identificam integralmente. A LLCA, no seu artigo 3º, estabelece as finalidades da licitação como sendo: a garantia da isonomia; a seleção da proposta mais vantajosa; e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.<sup>136</sup> Já o Estatuto estabelece no artigo 31 como objetivos finais da licitação a seleção da proposta mais vantajosa, bem como proibir a realização de operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento. Assim diz o artigo 31:

---

<sup>136</sup> “Art. 3º A licitação destina-se a **garantir** a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (grifou-se) BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista **destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento**, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.” (grifou-se)<sup>137</sup>

Certo que há uma certa zona comum nos princípios a serem seguidos nas licitações em ambas as leis, mas merece destaque naquilo que diferem. Todo o regime licitatório do Estatuto das Estatais – que será mais apropriadamente descrito no ponto seguinte – tem características de maior agilidade e resolutividade, o que claramente destaca a intenção da nova lei para que as companhias estatais se tornem mais competitivas, no que concerne à sua atuação no mercado.<sup>138</sup> Obviamente que esta maior liberdade de atuação se vê vinculada com diversas ferramentas de controle e fiscalização, com uma severa marca no reforço da transparência de atuação destas entidades.<sup>139</sup>

A primeira finalidade da licitação no Estatuto das Estatais é a seleção da proposta mais vantajosa, considerando-se aquela em que se verifica, inclusive, a avaliação do ciclo de vida do objeto. A proposta mais vantajosa não é, simplesmente, a contratação de menor valor e maior qualidade. Deve ser considerada, no planejamento da licitação e no seu julgamento, a proposta que apresentar maior durabilidade do bem, produzir maior economia e reduzir eventual custo ambiental – considerando-se, aí, tanto as etapas de desenvolvimento, produção e destinação final de dado produto.<sup>140</sup>

Em seguida, a lei determina, como fim, que a licitação deve “evitar operações em que se caracterize sobrepreço e superfaturamento.”<sup>141</sup> A lei, no §1º do artigo 31, define sobrepreço e superfaturamento – atribuindo-lhes conceitos distintos – como

---

<sup>137</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>138</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 230.

<sup>139</sup> FORTINI, Cristina; SHERMAN, Ariane. Governança corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na administração pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, ano 2, v. 1, n. 2, 2016.

<sup>140</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 92.

<sup>141</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

parâmetros que devem ser evitados, com o intuito de ampliar o controle sobre as empresas estatais.<sup>142</sup> Verifica-se que sobrepreço ocorre quando há a contratação – tanto de serviços, obras ou aquisições – em patamares superiores aos referenciais obtidos na fase de planejamento da licitação:

§1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:  
I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;<sup>143</sup>

A avaliação da existência de sobrepreço exige um esforço da estatal em conhecer plenamente “[...] o mercado em que se insere o objeto do contrato [...]”<sup>144</sup> ao que se pode dizer que a inexistência de um referencial de preço fidedigno levará a estatal à falta de “[...] condições de aferir sobrepreço.”<sup>145</sup> E, normalmente, este é o maior problema no planejamento das licitações por qualquer órgão ou entidade pública.

A regra de definição de sobrepreço soluciona certos óbices encontrados pelos órgãos de controle ao analisar os atos praticados por agentes públicos em licitações em que se identificam indícios de sua ocorrência, pois define de maneira clara que a avaliação do sobrepreço ocorrerá exclusivamente no valor unitário, em caso de licitação por itens, ou no valor global, quando a licitação for por julgamento global da proposta.<sup>146</sup> Não é mais possível aos órgãos de controle abrirem as propostas globais item a item para verificar excessos em cada parte da proposta, posto que a avaliação do sobrepreço em licitações por julgamento global deve ser verificada na proposta como um todo. A contratação por solução global é plenamente justificável, pois se relaciona com a obtenção de uma proposta economicamente mais vantajosa, considerada a economia de escala, característica própria das aquisições em grandes volumes.

<sup>142</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 339.

<sup>143</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>144</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 95.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>146</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães, *op. cit.*, p. 340.



Superfaturamento, por sua vez, é entendido como o resultado de uma ocorrência que acarrete dano ao patrimônio da empresa estatal. O inciso II do §1º do artigo 31 do Estatuto assim diz:

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

.....  
 II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:  
 a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;  
 b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;  
 c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;  
 d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.<sup>147</sup>

Primeiramente há de se verificar, logicamente, que a lista de ocorrências estabelecida é meramente exemplificativa. Diversas e variadas podem ser as atividades decorrentes de relações contratuais que resultem em danos para a empresa estatal, no entanto, deve-se atentar que apenas os fatos consequentes de atos ilícitos ou que resultem em ilícitos administrativos serão censuráveis.<sup>148</sup> Ora, o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor do contratado, se decorrente de situações legítimas, justificadas técnica ou economicamente, obviamente não se subsume à hipótese de superfaturamento, em face de específica possibilidade de alteração contratual com este fundamento, conforme o inciso VI do artigo 81 da lei.<sup>149</sup>

Outrossim, uma interpretação sistemática do Estatuto permite defender que o mero dano potencial ou jurídico é suficiente para caracterização do superfaturamento. Neste sentido, se manifestam Pereira e Santos:

<sup>147</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>148</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 96.

<sup>149</sup> “VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

O superfaturamento se inclui no plano das infrações de mera conduta, não demandando resultado concreto para que se evidencie. Alguns dos tipos legais exemplificativos de superfaturamento denotam conduta evidentemente ilícita, como a de medir ou cobrar por quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas quando da execução contratual. As falhas na execução de obras ou serviços de engenharia; e recebimentos antecipados, e irregularidades no tocante ao cronograma físico-financeiro, prorrogações contratuais sem justificativa legítima ou reajuste irregular de preços também configuram evidente ilícito administrativo.<sup>150</sup>

Digno de nota é que o Estatuto não instituiu nenhum padrão ou metodologia para encontrar o referencial de preço a ser utilizado no julgamento de propostas na licitação para contratação de serviços ou aquisição de bens, salvo para contratos de obras de engenharia, conforme §§ 2º e 3º do artigo 31.<sup>151</sup> Este parâmetro é necessário para se cumprir com a proibição de contratar com sobrepreço ou superfaturamento. Certamente cada companhia estatal deverá estabelecer seus próprios métodos e procedimentos para aferir o referencial de preço, por meio de seu regulamento interno, exigido no artigo 40 do Estatuto.

Por fim, vê-se que todos os princípios insculpidos no caput do artigo 31 da lei já estavam presentes no ordenamento jurídico pátrio pelo comando do artigo 3º da LLCA. Pouco importa que alguns conceitos foram tratados como princípios no Estatuto enquanto no regime geral são descritos como finalidades da licitação – tal qual ocorre com o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

No que toca às finalidades da licitação, percebe-se que o legislador atribuiu ao Estatuto garantir a competitividade das empresas estatais, bem como proteger os patrimônios das companhias de contratações e operações que pudessem lhe causar prejuízos ou danos. Tal preocupação denota – juntamente com todo resto do texto legal – a intenção de tornar ágeis e econômicas as empresas estatais, para que atuem no mesmo ritmo que a iniciativa privada, com quem concorrem.

## 4.2 O Procedimento de Licitação

O Estatuto das Estatais criou um procedimento de licitação único a ser utilizado pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas

---

<sup>150</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 96.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 97.

subsidiárias. Este procedimento de licitação, que não tem modalidades diferentes, segue os parâmetros estabelecidos no RDC, pelo que a comparação de ambos procedimentos são inevitáveis. Há similaridades nas diretrizes da licitação, modos de disputa a serem adotados, critérios de julgamento, verificação de efetividade das propostas, negociação, habilitação, fase recursal única e adjudicação e homologação.

#### 4.2.1 Diretrizes da Licitação das Empresas Estatais

Primeiramente vale analisar as diretrizes das licitações e contratos estabelecidas no artigo 32 do Estatuto – que corporificam alguns dos valores protegidos pela lei – e são comparáveis às do RDC.<sup>152</sup> Deste comando emanam algumas das orientações a serem seguidas pelos agentes públicos das estatais responsáveis pelo planejamento e execução dos processos de licitação e de contratação.<sup>153</sup> Assim estabelece o caput do artigo 32 citado:

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas;

II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, 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;

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

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;

V - observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.<sup>154</sup>

Primeiro inciso retrata uma preocupação na agilidade e economicidade de atuação da empresa estatal. As condutas tomadas no processamento de licitação e

<sup>152</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 341.

<sup>153</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 99.

<sup>154</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

de contratação deverão encontrar, no regulamento interno da estatal, clara uniformização e padronização, afim de estabelecer previsibilidade de atuação nessa esfera instrumental da empresa.<sup>155</sup>

O próximo inciso, segundo, estabelece uma diretriz que consubstancia um dos objetivos últimos da lei que é de priorizar a atuação eficiente da empresa estatal, que deve se apresentar e comportar como verdadeiro *player* de mercado. As ações e condutas nas licitações e contratos devem buscar a maior economicidade e efetividade possível, considerando-se quaisquer custos e benefícios incidentes, tanto de natureza econômica, como social e ambiental, ou seja, devem almejar à sustentabilidade em suas três principais facetas. Obviamente que avaliar e analisar qual solução ou proposta será mais vantajosa, dentro do panorama exigido pela norma, é tarefa difícil,<sup>156</sup> diante disso a própria lei estabelece, exemplificativamente, três referenciais a serem utilizados pelo agente responsável nessa incumbência: primeiro, os custos de manutenção incidentes sobre a solução proposta, que podem ser bastante elevados em relação ao seu preço de contratação; segundo, os custos decorrentes do desfazimento dos bens e os resíduos por estes gerados, que se relacionam à avaliação do ciclo de vida do bem ou serviço – já referido anteriormente; e, por último, as taxas de depreciação econômica ou índices similares, ou seja, o custo do desgaste natural do bem e a análise de sua vida útil devem ser relevados na avaliação da contratação.<sup>157</sup> Dentro deste escopo, o §1º do artigo 32 do Estatuto estabelece algumas regras para a empresa estatal efetivar objetivamente a sustentabilidade ambiental e social em suas contratações.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 341.

<sup>156</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 101.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>158</sup> “§ 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;  
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.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

O terceiro inciso se refere à disposição já existente no regime geral de licitações. Trata-se de dispositivo que pretende aumentar a participação e competitividade na licitação, tanto quanto possível, sem comprometimento do próprio objeto contratual e da economicidade característica das compras de grande volume, seguindo na linha da jurisprudência construída pelo TCU.<sup>159</sup> O Estatuto das Estatais cuida, ainda, em estabelecer regra específica acerca da ilicitude do parcelamento indevido da licitação para atingir artificialmente os limites de dispensa por pequena relevância econômica.

A adoção do pregão foi estabelecida no inciso IV, seguindo as determinações usuais da lei própria, a Lei do Pregão.<sup>160</sup> Essa modalidade é estabelecida preferencialmente para as aquisições de bens e serviços comuns, como já usualmente adotado no regime licitatório geral, não havendo grandes inovações neste sentido.<sup>161</sup> Vale observar que é possível que o regime de sanções da Lei do Pregão não se aplique aos contratos decorrentes do Estatuto das Estatais,<sup>162</sup> porquanto ao estabelecer um regime especial não se aplica subsidiariamente as regras do regime geral.

Por fim, no último inciso, tem-se novamente uma diretriz consolidando intenções legislativas dispersas por todo Estatuto das Estatais. A licitação deve se guiar pelas políticas de integridade – *compliance* no termo consagrado internacionalmente – da estatal que, por outros comandos normativos, se baseia nas melhores práticas de mercado. Há claro intuito de se estabelecer padrões de correção e retidão na conduta corporativa das companhias estatais, o que se denota de suas próprias estruturas e normas, dos debates durante sua tramitação no Senado,<sup>163</sup> bem como da situação social existente à época de sua promulgação.<sup>164</sup> Os mecanismos e estruturas de integridade ou conformidade são exigíveis das empresas privadas – altamente recomendáveis e quase que obrigatórias, diga-se –

---

<sup>159</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 247. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/247/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

<sup>160</sup> BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm)>. Acesso em: 17. abr. 2017.

<sup>161</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 342.

<sup>162</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 104.

<sup>163</sup> BRASIL. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, ano 51, n. 90, 22 jun. 2016. passim.

<sup>164</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 175.

por força da Lei Anticorrupção.<sup>165</sup> Esta legislação criou um marco regulatório de grande relevância no Brasil, como sustenta Costódio Filho, porquanto pretende conformar padrões mais éticos nas negociações, contratações e relacionamentos das empresas brasileiras no mercado, tanto brasileiro quanto estrangeiro, reduzindo – ou eliminando, até – práticas de corrupção que prejudicam o país ambientalmente, socialmente e economicamente.<sup>166</sup>

Obviamente que as exigências das diretrizes do artigo 32 do Estatuto das Estatais não a direcionam exclusivamente para a redução de custos, numa análise estritamente econômica. As exigências de sustentabilidade e integridade carecem de investimentos e de esforços que nem sempre resultarão na proposta mais barata, analisando-se o viés puramente econômico.<sup>167</sup> Contudo, isto se encaixa perfeitamente nos valores insculpidos na lei, seja pela finalidade almejada na licitação ou pela função social atribuída às empresas estatais. Oportunamente, cabe dizer que a função social da empresa estatal é definida, em parâmetros gerais, pela vinculação da sua atividade econômica ao ato legislativo que autorizou sua criação, garantindo que a realização do interesse coletivo que deve almejar não ocorra às expensas da sustentabilidade do negócio da companhia, busque maximizar o alcance dos resultados de sua atividade e fomenta a inovação de tecnologias nacionais.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

<sup>166</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 20-21.

<sup>167</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 343.

<sup>168</sup> “Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

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

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

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

#### 4.2.2 Orçamento Sigiloso

Uma regra similar ao RDC é a do artigo 34 do Estatuto, que trata do sigilo do referencial de preço para julgamento das propostas na licitação. Assim lê-se do artigo 34:

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado.<sup>169</sup>

O orçamento da licitação nas estatais será, por regra, sigiloso, sendo facultado sua publicidade apenas em casos justificados. Quando da promulgação deste mecanismo, na Lei do RDC, foi suscitada a inconstitucionalidade do dispositivo em face do princípio da publicidade. Contudo, não há qualquer invalidade da regra, pois o sigilo atribuído ao valor estimado do contrato não é absoluto.<sup>170</sup>

O sistema de sigilo do orçamento, no entanto, não foi plenamente regulado pelo Estatuto, dado que não há previsão clara de quando o sigilo deverá ser levantado, tornando-se público o referencial de preço do contrato. Isto porque o §4º do artigo 34 foi objeto de veto presidencial quando da sanção da lei, mantido pelo Congresso Nacional. Este dispositivo previa claramente que a informação do valor de referência para a licitação seria tornada pública após a adjudicação do objeto licitatório. A mensagem presidencial justifica o veto fundamentando que a divulgação do orçamento “poderia acarretar consequências indesejáveis para a formação de

<sup>169</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>170</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 115.

preços e a adequada competição em processos licitatórios posteriores, para objetos similares [...].”<sup>171</sup>

Foi vetada outra regra, sob mesmas razões, que tratava da abertura do sigilo durante a fase de negociação, a do §2º do artigo 57. Justen Filho defende – ao comentar o procedimento do RDC – que o sigilo do valor de referência do contrato deve ser levantado quando encerrada a fase de disputa.<sup>172</sup> É oportuno e pertinente citar Pereira quanto à inutilidade do sigilo do orçamento durante a fase de negociação:

A manutenção do sigilo nesta fase pode conduzir a uma negociação complexa e ineficiente em que a Administração busca induzir o particular a reduzir o seu preço até o montante suficiente para enquadrar-se nos limites do orçamento, sem no entanto, revelar que limite é este.

.....  
A abertura do orçamento [...] elimina uma distorção frequentemente verificada na prática. A Administração exige do licitante uma redução do preço sob o pressuposto de ser necessário atingir o limite máximo do orçamento. No entanto, o orçamento não é conhecido. Com isto, o licitante não tem condições plenas de demonstrar a impossibilidade de se atingir a redução pretendida – até mesmo, por vezes, em função de defeitos no orçamento. Segue-se uma discussão infrutífera, em que o licitante tem o ônus de demonstrar às cegas os defeitos do parâmetro adotado pela Administração para a rejeição de sua proposta.<sup>173</sup>

No entanto, entende-se que os vetos a estes dispositivos referidos foram inócuos, posto que existe autorização legal para a Estatal divulgar o conteúdo do orçamento, mediante motivação, a ser exarada na fase interna de planejamento. A regra do caput do artigo 34 não estabelece que a divulgação do orçamento será feita obrigatoriamente na publicação do edital da licitação. Pode a estatal estabelecer que a abertura do sigilo se dará tanto ao final do processo de licitação quanto durante a fase de negociação, tanto para atender ao princípio constitucional da publicidade quanto para tornar efetiva a negociação com o licitante particular, respectivamente.

<sup>171</sup> BRASIL. Mensagem n. 359, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-359.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-359.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>172</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 122.

<sup>173</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 345.



#### 4.2.3 Fases do Procedimento de Licitação

Denota-se que, tal como no RDC, o Estatuto das Estatais estabeleceu apenas um único procedimento de licitação, não existindo a subdivisão em diferentes modalidades como no regime geral. Considerando a previsão de utilização do pregão – que usualmente atende a grande maioria das demandas de contratação da administração pública – pode-se dizer que as empresas estatais terão à sua disposição duas modalidades de licitação.

O procedimento de licitação do Estatuto das Estatais é composto de dez fases, conforme estabelece o seu artigo 51:

Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:

I - preparação;

II - divulgação;

III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;

IV - julgamento;

V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;

VI - negociação;

VII - habilitação;

VIII - interposição de recursos;

IX - adjudicação do objeto;

X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.

§ 1º A fase de que trata o inciso VII do caput poderá, excepcionalmente, anteceder as referidas nos incisos III a VI do caput, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

§ 2º Os atos e procedimentos decorrentes das fases enumeradas no caput praticados por empresas públicas, por sociedades de economia mista e por licitantes serão efetivados preferencialmente por meio eletrônico, nos termos definidos pelo instrumento convocatório, devendo os avisos contendo os resumos dos editais das licitações e contratos abrangidos por esta Lei ser previamente publicados no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município e na internet.<sup>174</sup>

Preliminarmente, se verifica que o procedimento de licitação do Estatuto prevê que a habilitação será realizada, em regra, posteriormente à disputa e negociação – tal qual ocorre no RDC e no pregão – o que torna o certame mais ágil.<sup>175</sup> Mas vê-se que o §1º permite que a habilitação anteceda a disputa pública entre as licitantes, em casos excepcionais e mediante previsão editalícia específica.

<sup>174</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>175</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento de licitação da lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 444.

Ainda, a lei atribui preferência para a realização da licitação por meio eletrônico, de modo a atingir o maior número de licitantes, ampliando a competição. No entanto, esta não é uma obrigação e a realização de licitação presencial permanece sendo possível, contudo, mediante motivação necessária, posto que será a exceção.

#### 4.2.3.1 Fases de Preparação e de Divulgação

Quanto à fase de preparação, o Estatuto não estabeleceu regras específicas. Cada empresa deverá realizar os procedimentos de planejamento da licitação com base na sua realidade corporativa, considerando as necessidades a serem atendidas, o mercado em que está inserido o objeto contratual e as devidas cautelas para garantir a efetividade e sustentabilidade – tanto econômica, ambiental e social – da contratação. As lições doutrinárias existentes quanto à fase interna do regime geral – excetuadas as óbvias incompatibilidades – servem como referencial para compreender a licitação das empresas estatais. Como exemplo cita-se a definição da fase interna dada por Maffini:

Corresponde a todos os atos administrativos que devem ser seguidos antes da divulgação do instrumento convocatório. Trata-se de uma fase preparatória, necessária para, dentre outras providências, promover:

1. delimitação do objeto;
2. elaboração do projeto básico, quando necessário;
3. estimativa de valor;
4. análise da viabilidade da competição;
5. escolha do tipo e da modalidade;
6. estipulação do cronograma;
7. portaria de instauração: a portaria de instauração do procedimento licitatório é o último ato da fase interna, sendo composto por duas providências principais:
  - a. constituição da comissão de julgamento [...];
  - b. determinação da divulgação do instrumento convocatório, iniciando a fase interna.<sup>176</sup>

Ainda, neste assunto pontual, pode-se referir que a empresa estatal tem certa liberdade para explorar o modo como irá planejar suas licitações. Sugere-se, contudo, que alguns dos requisitos consagrados pela doutrina sejam estabelecidos por norma interna da empresa, onde constem os procedimentos que a estatal definir como necessários para essa fase prévia. Esta, inclusive, é uma obrigação

<sup>176</sup> MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**: atualizado até a lei 13.303/2016 - estatuto das estatais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 170-171.

estabelecida pelo Estatuto: as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias devem implementar um regulamento interno de licitação e contratos, que versará sobre diversos aspectos relativos a estes assuntos, conforme a determinação do artigo 40 da lei.<sup>177</sup>

A fase de divulgação não merece demais comentários, versando especificamente sobre a publicação do instrumento convocatório da licitação. O Estatuto das Estatais estabelece no artigo 39 prazos mínimos para a abertura da licitação, a depender da natureza do objeto a ser contratado conjugado com diferentes critérios de julgamento. Ressalta-se apenas que os editais de licitação das companhias públicas deverão ser divulgados em portal próprio mantido pela empresa na internet, além da publicação em diário oficial.

#### 4.2.3.2 Fases de Disputa, Julgamento, Averiguação da Efetividade da Proposta e Negociação

Seguindo na análise do procedimento de licitação, pode-se citar que o Estatuto repetiu os modos de disputa já estabelecidos no RDC. Em verdade, as disposições legais se resumem aos artigos 52 e 53 da lei e estabelecem regras sucintas, que deverão ser complementadas pelo regulamento interno de cada estatal.<sup>178</sup>

Os modos de disputa admitidos são o aberto e o fechado ou uma combinação de ambos, em caso de haver o parcelamento do objeto da licitação, respeitado o inciso III do artigo 32 da lei. A combinação que é permitida pelo Estatuto não se trata do modo de disputa misto do RDC. O que é permitido é a disputa diferente em lotes

---

<sup>177</sup> “Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

I - glossário de expressões técnicas;

II - cadastro de fornecedores;

III - minutas-padrão de editais e contratos;

IV - procedimentos de licitação e contratação direta;

V - tramitação de recursos;

VI - formalização de contratos;

VII - gestão e fiscalização de contratos;

VIII - aplicação de penalidades;

IX - recebimento do objeto do contrato.” BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

<sup>178</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento de licitação da lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 445.

ou itens individuais – daí se referir a lei nesta hipótese ao parcelamento do objeto: um lote será disputado por modo aberto e outro será por modo fechado.<sup>179</sup>

Os conceitos de modo aberto ou fechado, em relação ao já estabelecido, não se modificaram. Feijó os conceitua e analisa da seguinte maneira:

No modo aberto, os licitantes deverão apresentar lances públicos e sucessivos, que poderão ser crescentes ou decrescentes conforme o critério de julgamento. Inicialmente são feitas propostas públicas, depois há uma fase de competição entre os licitantes, na qual são realizados lances sucessivos. Todos os lances são de conhecimento público.

.....  
A maior vantagem do modelo aberto é a *dinâmica competitiva*, pois permite que os licitantes melhorem suas propostas, o que certamente aumenta a vantagem da contratação para as empresas estatais.

.....  
No modo de disputa fechado, as propostas serão sigilosas até a data e a hora designadas para sua divulgação. Os licitantes realizam apenas uma proposta e não várias, sucessivamente, como ocorre no modo de disputa aberto.

.....  
O modo fechado é mais adequado para contratos com objetos complexos, que demandam maior segurança do contratante quanto à qualidade do objeto licitado.<sup>180</sup>

Já quanto aos critérios de julgamento, não há muita inovação quanto ao já existente, tanto no regime geral da LLCA quanto no RDC. O Estatuto das Estatais estabelece no artigo 54 os critérios de julgamento possíveis de serem utilizados no seu procedimento de licitação. Assim determina o artigo citado:

Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

- 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.<sup>181</sup>

O Estatuto das Estatais estabelece nos parágrafos do artigo 54 algumas normas quanto à utilização dos critérios de julgamento que especifica. Obriga a previsão expressa no edital da licitação de qual critério será utilizado, bem como o quais parâmetros objetivos serão utilizados para mensurar a proposta, de maneira a

<sup>179</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 180.

<sup>180</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula, *op. cit.*, p. 446-447.

<sup>181</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 23. abr. 2017.

limitar subjetividade no julgamento – especificamente para os critérios dos incisos III, IV, V e VII. Vê-se pouca regulamentação legal acerca dos critérios de julgamento, pelo que se percebe ampla liberdade às empresas estatais para que “regulem o procedimento licitatório como for melhor para elas, seja na elaboração do Regulamento Interno da empresa, seja na elaboração do instrumento convocatório.”<sup>182</sup>

Quase todos os critérios de julgamento são idênticos aos já estabelecidos em regimes licitatórios anteriores, como dito, e merecem poucos comentários. Contudo, verifica-se uma inovação: o critério de melhor destinação dos bens alienados, do inciso VIII. Este critério novo é regulado pelo texto dos §§ 7º e 8º do artigo 54:

§ 7º Na implementação do critério previsto no inciso VIII do caput deste artigo, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente.

§ 8º O descumprimento da finalidade a que se refere o § 7º deste artigo resultará na imediata restituição do bem alcançado ao acervo patrimonial da empresa pública ou da sociedade de economia mista, vedado, nessa hipótese, o pagamento de indenização em favor do adquirente.<sup>183</sup>

Neste critério de julgamento de propostas a estatal deverá levar em consideração mais que o retorno puramente econômico na alienação de bens. Feijó estabelece de modo claro:

O instrumento convocatório poderá estabelecer parâmetros objetivos [...] de modo a privilegiar valores jurídico-constitucionais, como a sustentabilidade ambiental ou social, privilégio de categorias menos favorecidas da sociedade, redução das desigualdades regionais ou sociais ou qualquer destinação que melhor atenda ao cumprimento da função social da empresa pública e da sociedade de economia mista.<sup>184</sup>

Verifica-se, outrossim, comando legal que resulta em sanção administrativa ao particular que descumprir com a sua proposta na licitação. A estatal poderá reaver o bem – em caso de destinação diversa àquela que estava o adquirente contratualmente vinculado – sem obrigação de indenizar o particular inadimplente.

<sup>182</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento de licitação da lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 451.

<sup>183</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 23. abr. 2017.

<sup>184</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 188.

O artigo 56 e seus parágrafos estabelecem requisitos objetivos para avaliar a efetividade da proposta apresentada pelo particular vencedor da disputa. Nessa fase a contribuição do RDC é óbvia. Não há qualquer novidade em relação àquele regime, que albergou os critérios já estabelecidos pelo regime geral de licitações com a incorporação de desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.<sup>185</sup>

Por fim, haverá uma fase de negociação, a ser realizada unicamente com o licitante declarado vencedor. Avaliada a efetividade da proposta, a negociação é fase obrigatória, um dever da empresa pública e sociedade de economia mista. Esta é uma inovação em relação aos regimes do Pregão e do RDC, em que a negociação é facultativa. Cautelas devem ser observadas pela estatal neste momento processual, posto que não pode a negociação ser efetivada sob ameaça de revogação da licitação – o que configura evidente desvio de finalidade do ato – bem como não poderá causar a inexecutabilidade da proposta – ao reduzi-la de modo a ferir a qualidade do objeto do contrato, durante sua execução.<sup>186</sup>

#### 4.3.2.4 Fase de Habilitação e Recursal

Declarada a proposta vencedora, ocorrerá – em caso de não inversão das fases da licitação – a avaliação subjetiva do licitante, através de critérios estabelecidos no instrumento convocatório. O texto do Estatuto das Estatais estabelece critérios de habilitação de maneira muito mais aberta e ampla em relação aos existentes no regime da LLCA e do RDC. Isto demonstra, novamente, a intenção de não se uniformizar a licitação das empresas estatais, atribuindo a estas a obrigação de personalizar, mediante regulamentação interna, os procedimentos de contratação. Alerta-se, obviamente, que esta liberdade dada pela lei deve ser utilizada de modo a não prejudicar a competitividade da licitação.<sup>187</sup> O artigo 58 trata das regras de habilitação:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

---

<sup>185</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento de licitação da lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 452.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 455

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 457.

- I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;
- II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;
- III - capacidade econômica e financeira;
- IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.<sup>188</sup>

Primeiramente, observa-se que o Estatuto delimita taxativamente os critérios que podem ser adotados pelas empresas estatais, ao utilizar do termo “exclusivamente”. Parte destes critérios são similares aos estabelecidos na LLCA, como os critérios de qualificação jurídica, técnica e econômica e devem estar vinculados, necessariamente, ao objeto da licitação, conforme comando constitucional do artigo 37, inciso XXI. No entanto, deixam aberto à estatal delimitar os documentos que deverão ser apresentados pelos licitantes para atingir tal comprovação. Recomendável, por exemplo, que se exija do proponente vencedor, quando se tratar da exigência do inciso I, a comprovação do registro da licitante no órgão competente, em caso de pessoa jurídica, bem como o registro no cadastro de contribuintes respectivo.<sup>189</sup>

De modo diverso em relação ao regime geral, considerando a inexistência de subsidiariedade já sustentada anteriormente, não podem as estatais exigir dos licitantes critérios de habilitação fiscal e trabalhista,<sup>190</sup> com algumas observações. Quanto à qualificação fiscal, devem as estatais, por comando constitucional específico, exigir a certidão negativa de débitos com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.<sup>191</sup> Ainda, Guimarães e Santos sustentam que a empresa estatal poderá exigir negativa fiscal “em relação à Fazenda Pública à qual está inserida organicamente [...], em homenagem ao princípio da moralidade administrativa e ao princípio da isonomia.”<sup>192</sup>

Cumprido referir, ainda, que os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira serão dispensáveis no caso de licitação por julgamento de maior oferta de preço, conforme §1º do artigo 58. Por fim, o §2º do mesmo artigo estabelece que a

<sup>188</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 23. abr. 2017.

<sup>189</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 203.

<sup>190</sup> Critérios adotados no regime geral de licitação nos artigos 27, IV e 29 da LLCA.

<sup>191</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, *op. cit.*, p. 203.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 204.

quantia antecipada à empresa estatal, como critério de habilitação específico para licitações de alienação de bens por julgamento de maior oferta de preço, será revertida em seu favor em caso o vencedor não efetue os pagamentos nos prazos estipulados em contrato. Obviamente que o valor antecipado deve ser limitar a quantia razoável que não configure enriquecimento ilícito da estatal em sua execução, bem como somente será retido após o devido processo administrativo.<sup>193</sup> Comparativamente, o RDC estabelece em regulamento o limite de cinco por cento.

Por oportuno, cabe comentar que a habilitação dos proponentes na licitação poderá ser aferida por cadastro mantido pela própria estatal, criado mediante procedimento de pré-qualificação permanente, conforme artigo 63 combinado com artigo 64, inciso I, ambos da lei.

Quanto à fase recursal, pouco inovou o Estatuto. Em seguida à habilitação é oportunizado às licitantes apresentarem recursos ao julgamento proferido pela estatal. Conforme o artigo 59 da lei, tal qual no Pregão, esta fase é única, aberta a todos licitantes credenciados, com prazo de 5 (cinco) dias para interposição de recurso. Não há previsão da possibilidade das licitantes apresentarem contrarrazões aos recursos interpostos, mas como medida de garantir-se o contraditório, sugere-se a inclusão desse direito em regulamento.

Quando a habilitação ocorrer anteriormente às fases de apresentação de propostas, existirá possibilidade de recurso, específico ao julgamento da habilitação dos licitantes, e outra fase recursal após a verificação da efetividade das propostas.

#### 4.3.2.5 Fase de Adjudicação do Objeto e de Homologação ou Revogação

Ao final do processo de licitação, ocorrerá a adjudicação da proposta, momento em que o agente público da estatal responsável por instruir e decidir a licitação declarará que a proposta é válida conveniente. Silencia o Estatuto em como este processo ocorrerá, pelo que se entende competência do regulamento interno sua normatização.<sup>194</sup>

Adjudicado o objeto da licitação, a autoridade competente – definida também em regulamento interno da estatal – proferirá decisão homologando ou não a

<sup>193</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 201.

<sup>194</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento de licitação da lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 459.



licitação. A homologação declara válida e perfeita a licitação, validando e consolidando todos os atos praticados até aquele momento, criando para o licitante vencedor direito subjetivo à contratação, conforme o artigo 60 do Estatuto. Determina a lei, outrossim, que a partir da homologação da licitação, a estatal não poderá contratar qualquer pessoa, seja em preterição da ordem de classificação estabelecida na licitação ou terceiros estranhos ao processo.

Prevê o Estatuto das Estatais, no artigo 62, a possibilidade da licitação ser excepcionalmente revogada, caso haja fato superveniente ao final da licitação que consubstancie razão de interesse público relevante, constituindo impedimento claro e insuperável para a contratação. Acrescenta-se, ainda, mais duas possibilidades de revogação da licitação: (i) quando, após a negociação, a proposta vencedora não atingir valor igual ou inferior do orçamento estimado para a contratação, conforme artigo 57, §3º; ou, (ii) em caso do não comparecimento do vencedor para assinar o contrato respectivo, à vista do artigo 75, §2º, inciso II. Por fim, é possível a anulação da licitação e, por questões de ilegalidade, o que não gerará direito de indenização ao particular afetado, causando, inclusive, a nulidade do contrato decorrente do processo. Acrescenta Feijó:

[...] a autoridade competente deverá verificar as ilegalidades eventualmente existentes e a possibilidade de saná-las, promovendo as diligências necessárias para tanto. A empresa estatal deverá buscar ao máximo o suprimento das ilegalidades, pois há supremacia dos valores e do atingimento dos objetivos visados em detrimento de concepções meramente formalistas.<sup>195</sup>

A anulação, portanto, decorrerá de vícios insanáveis e não possíveis de serem convalidados, de modo que a manutenção da licitação incorrerá em flagrante oposição ao comando legal.

Vê-se, de modo geral, que o legislador não procurou muita inovação em relação às experiências do RDC, amplamente revisado e analisado pelos órgãos de controle e pelo judiciário. As fases do artigo 51 descrevem um procedimento de licitação mais ágil, evidenciando a preocupação do Estatuto com uma maior efetividade do processo de contratação para as empresas estatais.

---

<sup>195</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O procedimento de licitação da lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 460.

### 4.3 Os Procedimentos Auxiliares

O Estatuto das Estatais institui no artigo 63 alguns procedimentos auxiliares do procedimento de licitação que implementa. Tais procedimentos visam auxiliar a companhia pública a tornar mais ágil e efetiva a contratação e, conseqüentemente, a licitação que a antecede. Assim diz o artigo 63:

Art. 63. São procedimentos auxiliares das licitações regidas por esta Lei:  
 I - pré-qualificação permanente;  
 II - cadastramento;  
 III - sistema de registro de preços;  
 IV - catálogo eletrônico de padronização.  
 Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.<sup>196</sup>

Ressalte-se, de início, que o parágrafo único do artigo 63 atribui ao próprio regulamento interno da empresa o estabelecimento de critérios a serem obedecidos para utilização de tais procedimentos. E de modo salutar o Decreto regulamentador do Estatuto reforça tal comando, conforme o §1º do seu artigo 71.<sup>197</sup>

A pré-qualificação permanente se refere a procedimento mantido aberto indefinidamente pela estatal para qualificar tanto os possíveis licitantes a participarem das licitações da entidade como os bens a serem adquiridos futuramente. O procedimento pode ser classificado, então, em pré-qualificação subjetiva ou objetiva.<sup>198</sup> Ambas espécies de pré-qualificação permitem à estatal cumprir previamente com requisitos de fases de licitações futuras, antecipando-as e permitindo maior agilidade à conclusão da licitação. Vale ressaltar que a estatal poderá: (i) limitar licitação futura apenas aos interessados já pré-qualificados,

<sup>196</sup> BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 23. abr. 2017.

<sup>197</sup> “Art. 71. O regime de licitação e contratação da Lei nº 13.303, de 2016, é autoaplicável, exceto quanto a:

I - procedimentos auxiliares das licitações, de que tratam os art. 63 a art. 67 da Lei nº 13.303, de 2016;

.....  
 § 1º A empresa estatal deverá editar regulamento interno de licitações e contratos até o dia 30 de junho de 2018, que deverá dispor sobre o estabelecido nos incisos do caput, os níveis de alçada decisória e a tomada de decisão, preferencialmente de forma colegiada, e ser aprovado pelo Conselho de Administração da empresa, se houver, ou pela assembleia geral.” BRASIL. Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

<sup>198</sup> MARTIM, Luísa Paschoaleto; SÁ, Mayara Ruski Augusto. Os procedimentos auxiliares das licitações das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 464.

mediante regra do seu regulamento interno; (ii) realizar a pré-qualificação por grupos ou segmentos de mercado, especializando o procedimento; e, (iii) realizar a pré-qualificação total ou parcial dos requisitos de habilitação. Atribui o Estatuto o prazo de validade de um ano para a pré-qualificação. Obviamente que a estatal não se vincula ao resultado desta, caso a situação fática do licitante modifique-se durante este período, caso em que poderá ser revogado a qualquer tempo.<sup>199</sup>

Cadastramento é uma ferramenta já amplamente utilizada pelos diversos órgãos ou entidades submetidas ao regime geral de licitações. Assemelha-se, no âmbito federal, ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). Não há grande novidade nesta regra, a não ser o fato de que cada empresa estatal será responsável por seu próprio banco de dados. Será alimentado também pelos resultados dos procedimentos de pré-qualificação realizados pela empresa estatal. Deverá ser observado a ampla defesa e o contraditório na inclusão e exclusão no cadastro, dado que afetam direito subjetivo de particulares em licitações e contratos.<sup>200</sup>

Novamente não vemos grandes inovações quanto ao sistema de registro de preços estabelecido no Estatuto das Estatais. Trata-se do mesmo procedimento já adotado no regime geral, previsto no artigo 15 da LLCA e regulamentado, para a administração pública federal, pelo Decreto nº 7.892/13.<sup>201</sup> Inclusive, diante da expressa previsão do artigo 66, parte final, entende-se que às estatais é aplicável o regime estabelecido pelo decreto citado até o advento de nova regulamentação. Se beneficiam as empresas estatais da utilização do sistema de adesão às atas de registro de preços de outras empresas estatais, conforme previsão do §1º do artigo 66.

É uma ferramenta de ímpar agilidade,<sup>202</sup> dado que, entre outras razões, o resultado da licitação não é necessariamente um contrato de fornecimento. O documento produto da licitação será uma ata de registro de preços em que o

---

<sup>199</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 226.

<sup>200</sup> MARTIM, Luísa Paschoaleto; SÁ, Mayara Ruski Augusto. Os procedimentos auxiliares das licitações das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 464.

<sup>201</sup> BRASIL. Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>202</sup> MARTIM, Luísa Paschoaleto; SÁ, Mayara Ruski Augusto, *op. cit.*, p. 470.

fornecedor garantirá o preço de certo produto por determinado tempo e a contratação se efetivará por mera ordem de compra.

Possui características negativas, não obstante, que podem resultar em alguma perda de economia de escala. Não existe obrigatoriedade da estatal realizar a contratação da proposta adjudicada em licitação de registro de preços e isto pode elevar, de certo modo, o preço proposto pelos licitantes, já que não terão certeza se serão contratados ou não.<sup>203</sup>

Por fim, a lei elenca um procedimento inovador, o catálogo eletrônico de padronização. Se trata de um sistema informatizado para gerenciamento de objetos contratuais repetitivos na estatal, de maneira a agilizar todo o planejamento da licitação. Pressupõe, também, a padronização dos documentos do processo, tais como editais e contratos, de modo a tornar muito mais célere o processo de contratação. O banco de dados será alimentado por procedimento conduzido por comissão específica, a quem caberá “avaliar e sugerir os produtos ou documentos que podem ser padronizados e que podem integrar o banco de dados eletrônico, [...]”<sup>204</sup>

Vê-se que todos estes procedimentos auxiliares tem um sentido em comum, que é o de tornar menos moroso o procedimento de licitação das empresas estatais. Tal qual já dito anteriormente quando ao procedimento em si, as inovações em matéria licitatória do Estatuto das Estatais demonstra a real intenção da lei, que é permitir às estatais atuar em pé de igualdade com as entidades privadas no mercado.

---

<sup>203</sup> MARTIM, Luísa Paschoaleto; SÁ, Mayara Ruski Augusto. Os procedimentos auxiliares das licitações das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 472.

<sup>204</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 239.

## 5 CONCLUSÃO

O Estatuto das Estatais traz ao ordenamento brasileiro diversas inovações ao regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mistas e suas subsidiárias. Há muito tempo a CF/88 previa a necessidade de edição de tal lei e a inércia legislativa obrigou o desenvolvimento jurisprudencial – tanto nas cortes judiciárias como de controle – de diversos aspectos que, agora, encontram-se devidamente regulamentados. Com a promulgação do Estatuto, institutos foram criados, alguns modificados e outros permaneceram similares ou, até, idênticos aos já existentes. A modificação no regime de licitações foi significativo e mereceu esta análise, mas no todo viu-se que a nova lei é um ponto de inflexão no regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

É relevante lembrar que as modificações no regime societário – limitando a ingerência política sobre as entidades – e a instituição de regras de governança corporativa e mecanismos de controle – estruturas que estabelecem um maior rigor no controle dos atos praticados pelos seus agentes e a padronização da ética como parâmetro para agirem – permitem à estatal deter uma maior autonomia de atuação. Não engessam o organismo da estatal – pelo menos não além do que exigido nas melhores práticas de mercado. Apenas estabelecem ferramentas para a auto-gestão eficiente, ética e transparente.

As normas do Estatuto que regulam os contratos, por sua vez, caracterizam definitivamente as empresas estatais como entidades privadas – mesmo que em um regime híbrido –, modificando sobremaneira o regime até então aplicável. Foram excluídas muitas das prerrogativas próprias da administração pública – salvo pequenas exceções – como alteração unilateral de contratos e até mesmo a atenuação da exceção do contrato não cumprido.

Relevante é a atenção dada pelo Estatuto à sustentabilidade, amplamente presente em todos os instrumentos jurídicos das estatais. O contrato e a licitação, principalmente, devem objetivar e priorizar a busca das opções mais sustentáveis possíveis em todos os aspectos: econômico, ambiental e social.

O regime de licitação das estatais – que engloba também os procedimentos de contratação direta – é um dos pontos que a CF/88 obrigou ao Estatuto dispor. E é pela descrição e análise dos dispositivos que tratam destes procedimentos de

contratação que se revelaram duas das consequências mais esperadas da lei: maior liberdade de atuação, foco na eficiência e combate à corrupção. Isto, obviamente, está intimamente vinculado com os maiores rigores das estruturas societárias e regras de governança corporativa estabelecidas.

Importante ressaltar que o Estatuto finalmente positivou a atuação das empresas estatais no campo econômico, estabelecendo regras claras para as contratações relacionadas ao desempenho de seu objeto social. Aproveitou, ainda, para possibilitar que sem licitação parcerias sejam firmadas pelas companhias públicas – por meio de contratação ou associação – para consecução de oportunidades de negócios. Se vê, de antemão, que o uso indiscriminado desta nova ferramenta jurídica – que já está sendo utilizada – possa ser usada para evitar a licitação de forma indevida, dado os termos muito abertos que a lei utiliza.

Entende-se que o procedimento de licitação e de dispensas e inexigibilidades foram amplamente baseados em experiências prévias já consolidadas pela legislação do regime geral de licitação, bem como pelo RDC. Mas muitos procedimentos, mecanismos e ferramentas foram simplificados e tornados mais ágeis, denotando a intenção legislativa de tornar a licitação mais eficiente e efetiva. Ressalte-se, ainda, que o Estatuto das Estatais estimula a personalização dos procedimentos de contratação, dando ampla margem para que tais entidades adaptem a licitação à realidade do mercado em que estão inseridas.

Em conclusão, pode-se dizer que como a promulgação do Estatuto é recente, o sentido das normas que implementa ainda há de ser conhecido com precisão, tanto pelo uso quanto pelo abuso de seus dispositivos. A revisão da literatura realizada demonstra a prematuridade das interpretações e comentários que foram publicados até o presente momento – tal, inclusive, é reconhecida pelos próprios autores. O escopo deste artigo, obviamente, nunca foi o de esgotar a análise de todas inovações da lei, mas procurar apresentar sucintamente o regime de licitação que implementa, o que se permite concluir como cumprido. É evidente, que os assuntos trazidos à baila pelo Estatuto das Estatais não foram exauridos; portanto, ainda há ampla margem para discussões e debates no futuro.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. O Estatuto das Estatais (Lei 13.303/2016) e a Inaplicabilidade do Regime Licitatório nas Atividades-Fim Desempenhadas pelas Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 973, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.021, de 22 de janeiro de 2007. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6021.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso: em 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, ano 51, n. 90, 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art1)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 13. mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>. Acesso em: 17. abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.813, de 16 de maio de 2013. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso: em 8 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 46. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1642. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 3 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548571>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Consulta TC 006.244/2004-6. Acórdão n. 1.390/2004. Relator: Min. Marcos Bemquerer. Brasília, 15 set. 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20040915/TC%20006.244.doc>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas TC-008.403/1999-6. Acórdão n. 1.876/2007. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 12 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070913/TC-008-403-1999-6.doc>>. Acesso em: 17 mar. 2017.



BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 247. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/247/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 265. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/265/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Primeiras Questões Sobre a Lei 13.303/2016: O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 974, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.

FORTINI, Cristina; SHERMAN, Ariane. Governança corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na administração pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, ano 2, v. 1, n. 2, 2016.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GULATI, Ranjay. Alliances and Networks. **Strategic Management Journal**, Chicago, v. 19, 1998, p. 293-317. Disponível em: <<http://www.uark.edu/ua/yangw/network%20studies/NetworkLiterature/gulati1998.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. A nova Lei das (antigas) Estatais. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 24 jul. 2016. Caderno Vida Pública. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/a-nova-lei-das-antigas-estatais-50zbsobbwlhpxuzp5s2fvmdr>>. Acesso em: 24. abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. 17. ed. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao RDC**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Que Muda no Regime de Licitações das Empresas Estatais com a Lei 13.303**. 2016. Palestra realizada no IV Congresso Brasileiro das Empresas Estatais em 21. nov. 2016.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo: atualizado até a lei 13.303/2016 - estatuto das estatais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MAFFINI, Rafael. **Licitações e Contratos das Empresas Estatais**. 2016. Palestra realizada no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em 16 set. 2016.  
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SANTANNA, Gustavo. **Direito Administrativo**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 198.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

SÃO PAULO (Município). Despacho no Processo 8610.2016/0000108-2. Diário Oficial da Cidade de São Paulo, Poder Executivo. São Paulo, 21 dez. 2016. p. 26.  
SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo: De acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.