



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 2**

## **DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL**

*2ª Edição*

*COORDENAÇÃO DO TOMO 2*

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP  
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*  
DIRETORA ADJUNTA  
*Julcira Maria de Mello Vianna*  
*Lisboa*

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello  
Elizabeth Nazar Carrazza  
Fábio Ulhoa Coelho  
Fernando Menezes de Almeida  
Guilherme Nucci  
Luiz Alberto David Araújo  
Luiz Edson Fachin  
Marco Antonio Marques da Silva  
Maria Helena Diniz  
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques  
Paulo de Barros Carvalho  
Raffaele De Giorgi  
Ronaldo Porto Macedo Júnior  
Roque Antonio Carrazza  
Rosa Maria de Andrade Nery  
Rui da Cunha Martins  
Tercio Sampaio Ferraz Junior  
Teresa Celina de Arruda Alvim  
Wagner Balera

**TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7**

*A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP*

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## EMPRESAS ESTATAIS E CONTRATOS SEM LICITAÇÃO

*Carlos Ari Sundfeld*

*André Rosilho*

### INTRODUÇÃO

As empresas estatais vivem um dilema: sujeitam-se ao regime jurídico privado, próprio das empresas privadas (cf. art. 173, § 1º, I, da Constituição), mas, por fazerem parte da administração indireta do Estado, também ao *regime administrativo mínimo*, que inclui, por exemplo, o dever de licitar e fazer concurso público (cf. art. 37, *caput*, II e XXI, da Constituição).<sup>1</sup> Assim, vivem entre dois mundos, o estatal e o não estatal, colhendo elementos de ambos.<sup>2</sup>

A Constituição Federal consagra o dever de licitar para toda a administração pública, direta ou indireta, inclusive para as empresas estatais e suas subsidiárias, de qualquer das esferas da federação. Tal dever está estampado em seu art. 37, XXI. Mas não se extrai de parte alguma dela que haverá regime licitatório único para o poder público como um todo.

Ao contrário, a Constituição prevê para as empresas estatais e suas subsidiárias um sistema diferenciado de licitação e contratação. Afinal, são entidades que, ao mesmo tempo em que integram o aparelho do estado e, via de consequência, submetem-se em alguma medida ao regime de direito público, também se organizam sob a forma empresarial, tendo, pois, personalidade de direito privado.<sup>3</sup>

Aí está uma de suas características decisivas, que faz com que sejam regidas por uma espécie de regime híbrido: encerram num só corpo dois traços contrastantes entre si, que são a pertença ao aparelho do estado e a organização sob a forma empresarial. Esta maneira de organização repercute no seu modo de ser e agir, especialmente de realizar licitações e contratações. Faz com que o regime aplicável à execução dessas tarefas não

---

<sup>1</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (coord.). *Introdução ao direito administrativo*, p. 272.

<sup>2</sup> Sobre o tema, ver PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*.

<sup>3</sup> Ver SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA Rodrigo Pagani de Souza. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial à sério. *Contratações públicas e seu controle*, pp. 79-101.

possa ser o comum, que é bastante rígido, aplicável à generalidade da administração pública.<sup>4</sup>

Este trabalho analisa o estado atual das normas aplicáveis, com foco nas inovações do Estatuto das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016) ligadas à inaplicabilidade do dever de licitar decorrentes das *características empresariais* dessas entidades. Ele está dividido em 4 itens, seguido de uma breve conclusão. O primeiro item foca nas visões e propostas anteriores ao surgimento do Estatuto. O segundo discute o caso da contratação sem licitação vinculada ao *objeto social da empresa estatal* e o terceiro item o caso vinculado a *oportunidades de negócio*. O quarto item apresenta as razões que justificam a criação, para esses casos, de procedimentos não licitatórios especiais.

*SUMÁRIO*

Introdução.....	2
1. Regime especial de contratação para as estatais .....	3
2. Contratos relacionados ao objeto social.....	8
3. Contratos relativos a oportunidades de negócios .....	9
4. Procedimentos competitivos não licitatórios .....	13
5. Conclusão.....	16
Referências .....	17

**1. REGIME ESPECIAL DE CONTRATAÇÃO PARA AS ESTATAIS**

O formato empresarial, a sujeição ao regime de direito privado e a um regime licitatório diferenciado, são cláusulas expressas do art. 173, § 1º, da Constituição – tanto na sua redação original quanto na atual, da Emenda Constitucional 19/1998. Não devem

---

<sup>4</sup> Há consenso na doutrina brasileira acerca do tema. Exemplos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, pp. 169-170; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 16; CARDOZO, José Eduardo Martins. O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica. *Curso de direito administrativo econômico*, v. III, p. 786.

ser vistas, portanto, como “anomalia”, mas como algo legítimo perante nossa ordem jurídica.

Antes da Emenda Constitucional 19/1998, a possibilidade de regime licitatório diferenciado para as empresas estatais se extraía da cláusula geral de que elas se submeteriam ao regime próprio das empresas privadas. Com a nova redação do § 1º do art. 173, houve a explicitação daquilo que, de alguma forma, já se encontrava implícito. Colocou-se ênfase na necessidade, que já existia, de regras de contratação condizentes com a natureza empresarial dessas entidades.<sup>5</sup> A real novidade foi a previsão de que uma lei seria editada para tratar do tema.

A licitação não é fim em si mesmo.<sup>6</sup> Tampouco é princípio universal.<sup>7</sup> As normas jurídicas que disciplinam a extensão do dever de licitar têm de levar em conta as consequências práticas – isto é, seu impacto na função administrativa – e os obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelo gestor público – empresas estatais necessitam de agilidade para agir no mundo privado, não raro em regime de competição. Normas sobre gestão pública também não podem ser aplicadas de modo descontextualizado, em apartado da realidade que querem disciplinar (arts. 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Quase 20 anos após a reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional 19, de 1998 – que, entre outras coisas, alterou a redação do § 1º do art. 173 – surgiu o Estatuto das Empresas Estatais. O diploma foi editado com três propósitos: homogeneizar o regime jurídico das empresas estatais para cumprimento de suas missões e dos princípios constitucionais da administração; diferenciar o regime das empresas estatais do regime clássico das entidades de direito público, na medida do necessário para a eficiência na realização de suas missões; e aproximar o regime das empresas estatais

---

<sup>5</sup> Isto fica claro em outra alteração da Emenda Constitucional 19/1998: a do art. 22, XXVII, que trata da competência legislativa da União para estabelecer normas gerais sobre licitação e contratação para explicitar que o regime licitatório das empresas estatais não é o mesmo da administração direta, autárquica e fundacional.

<sup>6</sup> Sobre o ponto, com aplicabilidade mais ampla, SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*, p. 48; em relação à administração pública empresarial, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. *Revista de direito administrativo*, v. 272, p. 78.

<sup>7</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação? *Contratos públicos e o direito administrativo*, pp. 19-38.

com as práticas de mercado e com o regime das empresas privadas em geral. Um de seus principais temas foi o das licitações e contratos.

O Estatuto regulamentou o § 1º do art. 173 da Constituição. Houve a tentativa de conferir tratamento mais homogêneo às empresas estatais.<sup>8</sup> Foram editadas regras de licitações e contratos mais ajustadas à realidades dessas entidades (Título II, Capítulos I e II), determinou-se que elas criassem regulamentos internos (art. 40) e foram explicitados casos em que licitar seria impossível, inadequado ou apenas uma alternativa, não um dever inexorável (art. 28 a 30).

Como apontam corretamente Bernardo Strobel Guimarães e outros, a inovação substancial da lei quanto às contratações públicas não reside propriamente na incidência e características das normas de licitação, mas na amplitude das ressalvas a ela, que acabaram por sujeitar a outro regime um leque importante de situações: o *regime das contratações diretas*, nos termos do art. 28.<sup>9</sup>

De acordo com o art. 28, § 3º, e seus incisos, o dever de licitar não incide sobre a contratação de *atividades relacionadas ao objeto social da companhia* e a “*oportunidades de negócio*”, na forma do § 4º. Houve o reconhecimento *ex-ante*, por meio da lei, de que o procedimento do tipo da licitação, mesmo à moda das estatais, não é obrigatório para contratações que digam respeito ao *núcleo da atividade empresarial*.

Flexibilizou-se “o pressuposto de que o dever de licitar é monolítico e se reconheceu, em aderência à Constituição, que o regime de contratação das estatais deve lhes permitir atuar em regime análogo ao privado, o que atenua o cumprimento dos ritos das licitações, mas não a necessidade de se cumprir os princípios da Administração”.<sup>10</sup> O principal fundamento para a contratação com base no art. 28 do Estatuto, como aponta Alexandre Santos de Aragão, é de “índole constitucional, fundado em uma necessidade de ordem prática: para que a estatal possa competir em igualdade de condições, deve-se

---

<sup>8</sup> Mas como aponta Alexandre Santos de Aragão, apesar da intenção do diploma, ele próprio estabelece distinções entre empresas estatais (por exemplo, ao fixar regras de governança mais ou menos rígidas em função do faturamento da companhia); certas distinções decorrem da própria Constituição (por exemplo, no que tange à atuação concorrencial da empresa, cf. art. 173); e outros diplomas legais preveem regras distintas para tipos diferentes de empresas estatais (por exemplo, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõe sobre restrições aplicáveis às empresas estatais dependentes). Sobre o tema, ver *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, p. 172.

<sup>9</sup> Cf. GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* *Comentários à Lei das Estatais: Lei n.º 13.303/2016*, p. 170.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

garantir – institucionalmente – a isonomia entre todas as possíveis concorrentes, públicas ou privadas”.<sup>11</sup>

Antes do Estatuto, jurisprudência e doutrina já reconheciam a inviabilidade de estatais realizarem licitação nos casos de contratações relacionadas a atividades inseridas no núcleo empresarial.<sup>12</sup> No entanto, na ausência de norma que delineasse contornos precisos à situação de inaplicabilidade de licitação, o debate era feito de modo casuístico, a partir das pouco esclarecedoras expressões “atividades-meio” e “atividades-fim” – a licitação seria exigível para as primeiras, mas não para as últimas.<sup>13</sup>

Com o art. 28 do Estatuto, a dicotomia atividade-fim e atividade-meio perdeu proeminência. Isso porque a licitação, mesmo à moda das estatais, será impertinente quer envolva atividade-fim ou atividade-meio, quando ela constituir obstáculo à eficiente atuação empresarial da companhia.<sup>14</sup> Trata-se de conclusão sintonizada com a Constituição, que conferiu ao estado a possibilidade de atuar como empresário em regime de direito privado.

Antes do Estatuto, essa orientação já havia sido adotada pelo Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração de 2008.<sup>15</sup> Em seu art. 24, ele havia previsto, no inciso XII, que, “sem prejuízo dos outros casos legais de dispensa e inexigibilidade, é inexigível a licitação quando sua realização for *prejudicial ao exercício* das atividades-fim ou à capacidade competitiva da entidade, consideradas as *práticas habituais do mercado, bem assim os custos, prazos e demais vantagens da contratação direta*, devendo o regulamento de cada entidade especificar, de modo analítico e preciso, as situações de incidência dessa hipótese de inexigibilidade e prever procedimentos internos para o adequado controle das contratações” e, no § 1º, que “os órgãos de controle devem

---

<sup>11</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, p. 225.

<sup>12</sup> No TCU, o julgado percussor desse entendimento é o Acórdão 806/1996 – 2ª Câmara, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, j. 21.11.1996. No âmbito da doutrina, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 204.

<sup>13</sup> Para a crítica dessas categorias, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza (Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial à sério. *Contratações públicas e seu controle*, p. 92); e Rafael Wallbach Schwind (*O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*, pp. 78-79).

<sup>14</sup> No mesmo sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, p. 228.

<sup>15</sup> Elaborado por iniciativa do Ministério do Planejamento, por comissão de professores de direito administrativo. Consultar em <[https://b43c612d-05f3-4d26-9938-d249ebc0609a.filesusr.com/ugd/5ec538\\_3c85a7536c494f37a6f687b34a200f28.pdf](https://b43c612d-05f3-4d26-9938-d249ebc0609a.filesusr.com/ugd/5ec538_3c85a7536c494f37a6f687b34a200f28.pdf)>.

respeitar a autonomia da entidade para, nos termos desta lei, aplicar seus procedimentos e definir sua política de contratações, não podendo exigir-lhe a observância de requisitos incompatíveis com essa autonomia”.

A primeira importante alteração de enfoque desse Anteprojeto, quanto ao tema das “atividades-fim”, é de não mais vincular a inexigibilidade apenas a contratos que envolvam diretamente atividades-fim, pois a inexigibilidade foi estendida a quaisquer contratos, relativos a quaisquer atividades, desde que sua celebração segundo os procedimentos legais de licitação possa ser prejudicial à realização do objeto social (as atividades-fim). Portanto, estão incluídos aí também os contratos relativos a “atividades-meio”, sempre que sua celebração eficiente seja condição para execução adequada do objeto social.

A segunda mudança significativa, coerente com o caráter privado das entidades estatais em causa, é mandar considerar “as práticas habituais do mercado, bem assim os custos, prazos e demais vantagens da contratação direta”. Portanto, a comparação com o funcionamento real do mundo privado importa para a interpretação das normas públicas quanto ao dever de licitar, o que é coerente com o art. 173, § 1º, II, da Constituição (“sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais...”), o qual não pode ser desprezado quando se busca entender e aplicar o inciso III do mesmo dispositivo (“licitação e contratação ... observados os princípios da administração pública”). Isso, ademais, dá novo sentido à inexigibilidade. Não se trata mais, como na Lei 8.666/1993, de apenas *autorizar que se deixe de fazer alguma coisa* (a licitação) e sim de *obrigar a fazer outra coisa* (procedimentos internos da empresa estatal, cuja construção tem de levar em conta as práticas habituais do mercado).

A terceira alteração está no destaque, feito pelo Anteprojeto, para a necessidade de respeitar a autonomia da entidade estatal privada para fazer a avaliação quanto à eficiência dos processos de contratação e quanto ao funcionamento do mundo privado. Isso não afasta os controles, mas impõe um compromisso sério com a ideia de deferência dos controladores públicos em relação à avaliação dos gestores – pois são estes, e não aqueles, os especialistas nas “práticas habituais do mercado”.



## 2. CONTRATOS RELACIONADOS AO OBJETO SOCIAL

O Estatuto procurou delimitar hipóteses nas quais a licitação, mesmo à moda das estatais, não seria obrigatória. Entre essas hipóteses estão as do art. 28, § 3º, I e II.

Pela sistemática estabelecida no inciso I, ficam as empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividades econômicas – dispensadas da observância das normas de licitação para os casos de atividades relacionadas de modo específico a seus *objetos sociais*, mediata ou imediatamente.

A lei concretiza o art. 173, § 1º, da Constituição: o estado, quando decide realizar determinada missão de interesse público pela via empresarial, tem de poder agir empresarialmente, sujeitando-se, em regra, ao regime de direito privado. Se, para desempenhar suas missões, as estatais tivessem que arcar com os mesmos ônus que recaem sobre entes estatais de direito público, sairiam prejudicadas na comparação com empresas não estatais, privadas, com as quais muitas vezes dividem o mercado e têm de competir. De outro lado, é preciso que disponham de meios adequados para atender ao imperativo de segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo que tiverem justificado sua criação. Quem dá os fins, dá os meios.

Portanto, será impertinente falar em dever de licitar em face de contratações que se relacionarem especificamente à execução do *núcleo da atividade empresarial*, à razão de ser da companhia. Não devem existir barreiras heterodoxas à atuação propriamente econômica das estatais.<sup>16</sup>

O afastamento do dever de licitar, nesse caso, é o reconhecimento de que o alcance imediato dos objetivos da sociedade frequentemente se faz segundo técnicas e instrumentos de mercado (de direito privado), em prestígio ao caráter empresarial.<sup>17</sup> Essa é a *ratio* da norma do inciso I do § 3º do art. 28, inclusive à luz processo legislativo que precedeu a edição do Estatuto.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. Marçal Justen Filho (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301); e GUIMARÃES, Bernardo Strobel e outros. *Comentários à Lei das Estatais – Lei n.º 13.303/2016*, p. 178.

<sup>17</sup> Cf. GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* *Comentários à Lei das Estatais: Lei n.º 13.303/2016*, p. 178.

<sup>18</sup> Ver parecer 1.188/2015 ao projeto de lei que resultou no Estatuto, de autoria do Senador Tasso Jereissati, que acolheu as emendas parlamentares que introduziram o art. 28, § 3º.

O TCU tem jurisprudência específica sobre o dispositivo. Em mais de uma decisão reconheceu a inaplicabilidade do regime licitatório para contratações relacionadas à prestação de serviços atinentes ao objeto social.<sup>19</sup> Essa inaplicabilidade não alcança as simples atividades de suporte ao funcionamento geral da empresa estatal, semelhante ao de qualquer outra empresa seja qual for seu objeto social (manutenção de equipamentos, serviços de contabilidade, reforma de edifícios etc.). Alcança as atividades que integram o objeto social, compondo o núcleo do seu escopo empresarial.

A *conexão específica* de um contrato com o objeto social tanto pode ser imediata, como mediata. A empresa estatal petrolífera não faz licitação dos contratos relativos à última providência de execução de seu objeto social (a venda de combustíveis após o refino, com a qual implementa *imediatamente* o objeto social). Também não a faz para contratar a entrega do combustível aos compradores (serviço de transporte necessário à execução do objeto social, a venda de combustíveis, com a qual está *mediatamente* relacionada). Ambos os contratos têm *ligação específica com o objeto social*, embora em graus diversos, imediato ou mediato, e para ambos a licitação é inadequada, pois o correto é adotar as práticas habituais do mercado em que se atua.

Quando se diz (em acórdãos do TCU, por exemplo) que o descabimento da licitação supõe que a contratação seja “*diretamente relacionada com as atividades que compõem seu objeto social*”, quer-se apenas distinguir essa situação (de *relação específica* com o objeto social) dos *serviços genéricos e compras genéricas*. As atividades e coisas genéricas, que qualquer empresa, estatal ou não, contrata para sua administração comum, seja qual for seu objeto social, suscitam a realização de licitação, por não terem conexão direta com a execução do objeto social e com as práticas de mercado que lhe são próprias. Mas as atividades e coisas específicas, que se relacionam mediata ou imediatamente ao mercado em que se atua, têm de ser contratadas levando em conta as práticas específicas desse mercado.

### 3. CONTRATOS RELATIVOS A OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS

---

<sup>19</sup> Exemplo: Acórdão 2.033/2017 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 13.09.2017.

Contemporaneamente, a celebração de vínculos entre empresas estatais e particulares para a exploração conjunta de “oportunidades de negócio” tem sido cada vez mais comum — seja por meio da constituição de novas empresas, da celebração de *joint ventures* não personificadas e da celebração de acordos de cooperação, como também da compra e venda de ações e outros bens, na contratação de serviços etc.<sup>20</sup> Os instrumentos e alternativas para a combinação de esforços em prol da consecução de “oportunidades de negócios” são bastante variados, não se limitando às fórmulas jurídicas societárias ou quase societárias.

O art. 28, § 3º, II, do Estatuto veio para esclarecer que a celebração desses acordos empresariais para a exploração de “oportunidades de negócios” – que o § 4º do art. 28 corretamente procurou ilustrar por meio de *rol meramente exemplificativo* – não está sujeita ao dever de licitar.

Diversas razões podem justificar empreendimento conjunto entre empresas estatais e não estatais. Por exemplo, a repartição de riscos em negócios (mitigando eventuais perdas para o ente estatal), a obtenção de *expertise* ou tecnologia indisponível no setor público, a produção de inovação, a busca por novos investimentos ou a criação de sinergias empresariais.

O dispositivo faz todo sentido, tanto do ponto de vista lógico como jurídico. Acordos dessa natureza estão, também eles, conectados ao núcleo da atividade empresarial. São fórmulas usadas por empresas, estatais e não estatais, para realizar suas missões e potencializar as possibilidades de atuação. Se sua celebração estivesse sujeita a todos protocolos típicos de direito público – sendo o principal deles a licitação – esse instrumento empresarial (associação, em sentido amplo, para o aproveitamento de oportunidades de negócio) possivelmente ficaria indisponível para as estatais. Interpretação do Direito que inviabilizasse estratégia empresarial comum no mercado violaria o art. 173, § 1º, da Constituição, que fixa a premissa básica de que empresas estatais se sujeitam, como regra, ao regime das empresas não estatais, privadas.

---

<sup>20</sup> Sobre o tema, ver SUNDFELD, Carlos Ari. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*, v. 23, pp. 54-60; e SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. *Contratações Públicas e seu controle*, pp. 102-142.

Licitação – que, mesmo à moda das estatais, é pautada por critérios bastante objetivos, quase matemáticos, que procuram neutralizar a *persona* do agente público – não é o método mais adequado para realizar esse tipo de seleção.<sup>21</sup>

Em contratações que envolvam oportunidade de negócio – isto é, parceria com privado, por vezes de longo prazo, para a consecução de finalidade empresarial comum – a realização de procedimento do tipo licitatório pode colocar o ente público numa cilada. Isso porque seleção baseada em critérios puramente objetivos (como o menor preço) pode fazer com que a empresa estatal se veja obrigada a contratar parceiros cuja adequação, capacidade, confiabilidade ou independência foi aferida por mecanismos essencialmente formais – e, por isso, limitados.

A celebração de parcerias atinentes a oportunidades de negócios pressupõe seleção que dê ao contratante abertura para uma avaliação que vá além da formal quanto às características, tangíveis e intangíveis, do privado, em especial sua confiabilidade e independência, e quanto aos elementos técnicos em jogo.

Licitação, da forma como disciplinada pelo ordenamento, não combina com isso. Na feliz expressão de Bernardo Strobel Guimarães e outros, “a *affectio societatis* não é passível de ser licitada”.<sup>22</sup> Não se pode ignorar que, nesses casos, existe a necessidade de existir entre os parceiros um nível muito elevado de sinergia e de confiança – o qual costuma caracterizar as sociedades personificadas, mas não é exclusivo delas.

O reconhecimento, em lei, de que a contratação de parcerias estratégicas, sejam elas personificadas ou não, caracteriza situação em que licitar é impertinente, envolve a aceitação do fato de que as empresas estatais são o estado agindo em vias de direito privado.

A expressão “parceria”, aqui, deve ser interpretada de modo amplo, para abarcar “soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária”.<sup>23</sup>

Há contratos de prestação de serviços em que o grau de interação e cooperação das partes é reduzido (os serviços de advocacia contenciosa para causas repetitivas, por

---

<sup>21</sup> Para uma análise global das características do sistema brasileiro de licitação e contratos, ver ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*.

<sup>22</sup> Cf. GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* *Comentários à Lei das Estatais: Lei n.º 13.303/2016*, p. 178.

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016: Lei das Estatais*, p. 303.

exemplo). Tais serviços não se enquadram nesse conceito de parceria. Mas há, sim, prestações de serviços em parceria, como no exemplo expressivo da consultoria para estruturação de negócios complexos cujo resultado impacte nos ganhos do consultor.

O objeto dessas contratações especiais difere, por exemplo, da manutenção de equipamentos ou da compra de chapas de aço para serem usadas na linha de montagem de automóveis. As contratações especiais não são de serviços padrão que possam ser descritos em abstrato, com máxima objetividade, para seleção por menor preço. São situações que supõem elevado grau de confiança técnica e moral, bem como capacidade empresarial especial do parceiro privado, as quais não têm como ser medidas por elementos apenas formais ou por critérios matemáticos. São, enfim, situações em que o caráter pessoal importa, em que se exige o estabelecimento de conexões estreitas entre equipes – conexões entre pessoas – o que depende da existência de sinergias em nível que não é viável medir de modo exato em procedimentos super objetivos.

A qualidade, utilidade, confiabilidade e interesse do resultado final, diferentemente do caso do técnico em manutenção de equipamentos ou do fornecedor de peças para linha de montagem, é diretamente influenciada pela *dinâmica da interação entre as partes do negócio*. É preciso que as partes interajam constantemente em processo que se retroalimenta, acertando premissas, implementando ajustes de percurso, atualizando variáveis. Trata-se de relação profunda entre equipes de pessoas na execução de empreendimento complexo, que envolve riscos empresariais – em suma, relação de parceria. Esse não é o tipo de contratação que possa ser reduzido a simples prestação e contraprestação.

Dada a enorme convergência de interesses, o vínculo que se estabelece é, quanto à realidade das coisas, similar à *parceria*, de feição *quase consorcial*, baseando-se em *relação dinâmica e de confiança*. Se não houver compartilhamento e colaboração fluida e constante, ambos fracassam.

A inviabilidade de competição a que alude o inciso II não é sinônimo de fornecedor único. A expressão deve ser compreendida como *inviabilidade de licitação* em virtude de sua *inadequação como método de seleção*, ou seja, como impossibilidade de a empresa estatal se limitar às comparações e avaliações puramente objetivas, descoladas de aferição mais acurada, que vá além das formas, por abranger aspectos

imateriais complexos, inclusive a independência, a confiabilidade técnica e moral e o apetite empresarial do proponente.<sup>24</sup>

Em sua jurisprudência, o TCU tem reconhecido o enquadramento de certas contratações no art. 28, § 3º, II, do Estatuto – e, por conseguinte, a inexistência do dever de licitar. Nessas ocasiões, considera que a inviabilidade de competição não é sinônimo de fornecedor único (existência de apenas um profissional ou empresa apto a executar o objeto), mas decorrência de dificuldades práticas na operacionalização de processo seletivo muito objetivo, calcado sobretudo em análises de preços e pouco abertos a ponderações de natureza técnica.<sup>25</sup>

#### **4. PROCEDIMENTOS COMPETITIVOS NÃO LICITATÓRIOS**

Há dois enganos comuns em matéria de licitação.

O primeiro é imaginar que a ausência de licitação seja sinônimo de contratação totalmente desregulada, sem critérios. Para esta linha de pensamento, não licitar seria abrir espaço a risco muito elevado de pessoas privadas se apropriarem indevidamente do estado e de suas riquezas, subjugando o interesse público ao privado. Eventual opção legislativa por não licitar seria vista por esta ótica com grande desconfiança. Mas é impossível, em abstrato, dizer que licitar seja melhor – ou mais justo, isonômico, correto, eficiente, adequado etc. – do que não licitar. A comparação entre esses tipos jurídicos ideais e opostos é impertinente, pois são necessários ou úteis em situações distintas. Não há que se falar em preferência de um em detrimento do outro; ambos são em tese constitucionais, legítimos e talhados para promover o interesse público – em circunstâncias diversas, é verdade.<sup>26</sup>

O segundo engano é pressupor que a única maneira de atender aos princípios constitucionais da administração pública seja por meio da licitação.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, conferir Enunciados 2830 e 2912, aprovados na I Jornada de Direito Administrativo realizada em agosto de 2020, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF).

<sup>25</sup> Exemplo: Acórdão 2.488/2018 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31.10.2018.

<sup>26</sup> Por exemplo, ainda que não existisse a norma do art. 24, VI, da Lei 8.666/1993 – que autoriza a contratação direta “nos casos de emergência ou de calamidade pública” – o mais correto em situações emergenciais de fato seria que órgãos entes, ainda que genericamente obrigados a licitar “obras, serviços, compras e alienações” (art. 37, XXI, da Constituição), contratassem esses objetos diretamente, sem licitação. Nessa hipótese, licitar seria contrário ao interesse público, pois poderia colocar em risco a própria atividade administrativa e seus destinatários.

De um lado, porque é falso supor que haja sentido unívoco e estanque ao vocábulo “licitação”. Rápido olhar para o ordenamento revela a existência de uma pluralidade de regimes licitatórios (como os da Lei 8.666/1993, da Lei 10.520/2002, da Lei 8.987/1995 e da Lei 11.079/2004). Apesar das diferenças entre eles, todos atendem ao núcleo mandamental dos princípios da administração pública. Cada regime é constitucional à sua maneira.

O Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em importante voto proferido no âmbito das ADIs 4.655 e 4.645 – que questionaram a constitucionalidade da Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações) – esclarece que a Constituição, “em que pese ter positivado a regra da licitação, (...) não delineou de forma exhaustiva o que constituiria um processo licitatório ideal”. Na avaliação do Ministro, sequer teria sido possível fazê-lo, “considerando a diversidade de contratações das quais a Administração Pública lança mão diuturnamente, cujos contornos variam conforme as alterações nas conjunturas econômicas, políticas, sociais e tecnológicas” (p. 25).<sup>27</sup>

De outro lado, porque é falsa a ideia de que a única maneira de promover os princípios da administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – seria por meio da licitação, um processo muito formal de disputa, aberto a todos. Não há unicidade quanto ao modelo ou forma juridicamente adequados de cumprir os mandamentos constitucionais e realizar os valores públicos nele embutidos. É possível cogitar de outros mecanismos, procedimentos e soluções, para além dos licitatórios, também eles ajustados ao Texto Constitucional.

A existência de interesses convergentes e de relação de confiança, que justificam a inaplicabilidade da licitação para vínculos de empresas estatais, não impede a realização de procedimento competitivo. O que é inviável, como bem reconhece o art. 28, § 3º, II, é a seleção feita por meio de licitação, ainda que à moda das estatais. Mas o fato é que existe competição possível para além das licitações. Outras soluções procedimentais podem ser mais adaptadas, adequadas, flexíveis e seguras do que elas.

---

<sup>27</sup> Há tempos o STF vem sustentando que não há uma única maneira de atender, em abstrato, os princípios da administração pública em matéria de licitações. É o que revelam as diversas decisões favoráveis à constitucionalidade e à legalidade do procedimento licitatório simplificado da Petrobras, nos termos do decreto federal 2.745/1998 (referido decreto regulamentava o art. 67 da lei 9.478, de 1997, que foi revogado pelo Estatuto das Empresas Estatais). Sobre o tema, ver ROSILHO, André; GEBRIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU? *Revista de direito público da economia*, n. 50, pp. 63-88.



A jurisprudência do TCU relacionada ao art. 28 do Estatuto aponta para essa direção. Em diversas decisões ele tem sustentado que, embora as empresas estatais não estejam obrigadas a licitar em situações abarcadas pelo art. 28, § 3º, incisos I e II, devem, ainda assim, conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a administração pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente. Aos olhos do TCU, portanto, não só é viável, como desejável, que os princípios sejam transformados, quando necessário, em regras jurídicas que dão forma a *procedimentos competitivos não licitatórios*.<sup>28</sup>

Nesses casos, é lícita a criação, pela empresa estatal, de procedimentos competitivos controlados, específicos e mais adequados. Para tanto, deve atentar para os princípios que regem a ação do estado, mesmo quando atua sob a forma de empresa estatal. Ela não pode se limitar à discussão preliminar, isto é, sobre as opções de licitar ou não licitar. Tem de ir adiante, instituindo *outra modalidade de procedimento, também ele competitivo*, que reflita as boas práticas do mercado para a seleção de parceiros.

Essa ideia não exclui, evidentemente, a existência de casos de inexigibilidade que possam e devam gerar contratações *sem procedimento competitivo*, por envolver *serviços cuja singularidade tenha diretamente a ver com a necessidade de a administração contar com as características personalíssimas do contratado* (competência profissional aliada à reputação excepcional, p.ex.).

Aliás, a definição do § 1º do art. 25 da Lei 8.666/1993, relativa à *inexigibilidade por notória especialização*, tem a ver com isso (“considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo *conceito no campo de sua especialidade*, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de 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*”).

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, por exemplo, o Acórdão 2.033/2017 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 13.09.2017 e Acórdão 2.488/2018, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31.10.2018. Em decisão mais recente, o TCU, em processo de acompanhamento da política de desinvestimentos da Petrobras para o biênio 2019-2020 – fundamentada no Estatuto, no decreto federal 9.188/2017 e em documento interno da companhia denominado “Sistemática de Desinvestimentos” – considerou válidas as normas editadas pela companhia para disciplinar procedimento competitivo, mas não licitatório (Acórdão 1.177/2020 – Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 13.05.2020).



Seria ridículo abrir competição para medir reputação profissional excepcional. É por isso que o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, não previu o dever de, nas contratações de profissionais notoriamente especializados, a administração pública fazer procedimentos de competição entre pessoas de alta reputação (para comparar a altura de cada uma dessas reputações e, em função disso, calcular a adequação dos honorários propostos por cada pessoa). A lei, corretamente, limitou-se a demandar a indicação da “razão de escolha do executante” e da “justificativa do preço”.

Em contrapartida, há outras situações em que faz sentido o procedimento competitivo não licitatório, mesmo a escolha devendo considerar a atributos pessoais específicos, como a confiabilidade. No mundo privado mais simples, confiança costuma advir de um misto de informação e intuição. No mundo público, por conta dos princípios que regem a administração, com destaque para o da impessoalidade, relações de confiança precisam ser construídas de outra maneira.

Uma delas, por exemplo, envolve a avaliação técnica (substancial, e não meramente formal) de experiências prévias daqueles que se mostram abertos e aptos a contratar. Experiências exitosas são indícios relevantes de que empresa e profissionais são bons e foram capazes de formar vínculos de parceria sólidos e funcionais. O olhar retrospectivo gera, para o futuro, a expectativa de sucesso. Em uma palavra, gera confiança. Atestados (o método das licitações para aferir experiência) têm sua utilidade, mas são insuficientes para esse olhar qualitativo sobre os portfólios. Não são em si capazes de gerar confiança, porque chancelam fatos estáticos, produtos finais. Pouco ou nada dizem sobre os processos ou sobre a real qualidade do resultado a que se chegou.

Têm, portanto, de ser mais amplos os critérios para, no procedimento competitivo não licitatório, aferir o quanto a experiência do potencial parceiro é capaz de gerar confiança. Isso supõe a abertura a análises com algum cunho subjetivo. Tal necessidade tem de se refletir nas regras desses procedimentos.

## **5. CONCLUSÃO**

O presente artigo procurou demonstrar que o Estatuto das Empresas Estatais, de 2016, ao dizer que atividades relacionadas ao objeto social da companhia e a oportunidades de negócio não têm de ser realizadas mediante licitação (art. 28, § 3º), nada

mais fez do que explicitar situação em relação à qual, à luz da própria Constituição, não existe um dever geral de licitar.

O Estatuto, portanto, concretizou a diretriz constitucional de que empresas estatais fazem jus a regime contratual específico, distinto do geral, aplicável à administração pública como um todo.

Ademais, o artigo sustentou que é falsa a ideia de que, no universo das licitações e contratos, a única maneira de atender aos princípios da administração pública – que devem ser observados inclusive pelas empresas estatais – seria por meio da licitação.

Como se extrai da própria jurisprudência do TCU, é possível e necessário que empresas estatais usem procedimentos competitivos distintos das licitações, procedimentos que, também eles, sejam compatíveis com os valores da Constituição.

Nas circunstâncias do art. 28, § 3º, do Estatuto, a construção de procedimentos competitivos não licitatórios ajuda as companhias a selecionar parceiros privados com mais eficiência, sem descuidar de preocupações legítimas com lisura, transparência e isonomia.

#### **REFERÊNCIAS**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARDOZO, José Eduardo Martins. O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica. *Curso de direito administrativo econômico*. João Eduardo Lopes Queiroz, José Eduardo Martins Cardozo e Maria Walquiria Batista dos Santos (org.). São Paulo: Malheiros, 2006. Volume III.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* *Comentários à Lei das Estatais: Lei n.º 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. A contratação sem licitação nas empresas estatais. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016: Lei das Estatais*. Marçal Justen Filho (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016,

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de.

Empresas estatais e parcerias institucionais. *Revista de direito administrativo*, vol. 272. Rio de Janeiro: FGV, mai./ago., 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

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

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

ROSILHO, André; GEBRIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU? *Revista de direito público da economia*, a. 13, n. 50. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun., 2015.

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.

\_\_\_\_\_. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*, v. 23, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (coord.). *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação? *Contratos públicos e o direito administrativo*. Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis (coord.). São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial à sério. *Contratações públicas e seu controle*. Carlos Ari Sundfeld (org.). São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. *Contratações públicas e seu controle*. Carlos Ari Sundfeld (org.). São Paulo: Malheiros, 2013.