

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Débora Carvalho Mascarenhas dos Anjos

**DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS
EMPRESAS ESTATAIS: análise dos critérios dicotômico, concorrencial e modelo
empresarial**

Belo Horizonte (MG)

2019

Débora Carvalho Mascarenhas dos Anjos

**DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS
EMPRESAS ESTATAIS: análise dos critérios dicotômico, concorrencial e modelo
empresarial**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de estudo: Direito e Administração Pública

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Belo Horizonte (MG)

2019

A599d Anjos, Débora Carvalho Mascarenhas dos
Definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas
estatais: análise dos critérios dicotômico, concorrencial e modelo
empresarial / Débora Carvalho Mascarenhas dos Anjos. — 2019.

Orientadora: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo – Teses 2. Empresas públicas – Teses
3. Sociedades de economia mista – Brasil 4. Licitação pública – Teses
5. Contrato público – Teses I.Título

CDU(1976) 351.712.2(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

Débora Carvalho Mascarenhas dos Anjos

**DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS
EMPRESAS ESTATAIS: análise dos critérios dicotômico, concorrencial e modelo
empresarial**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de estudo: Direito e Administração Pública

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Orientadora) – UFMG

Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo – UFMG

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias – UFMG

Prof. Dr. André Saddy – UFF

Belo Horizonte (MG), 21 de agosto de 2019.

AGRADECIMENTOS

O ingresso no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e a conclusão deste trabalho não teriam sido possíveis sem a dedicação, suporte e generosidade de algumas pessoas, que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação acadêmica.

À minha orientadora, Cristiana Fortini, exemplo de competência, dedicação e excelência em tudo que se propõe a fazer, agradeço por todo o cuidado, carinho, generosidade e comprometimento em minha orientação e, especialmente, por ter me encorajado a permanecer no mestrado e incentivado o estágio em docência.

Ao professor Florivaldo Dutra de Araújo, por quem tenho enorme respeito e admiração, agradeço as lições ao longo destes anos.

À professora Maria Tereza Fonseca Dias, a quem serei sempre grata pela generosidade, agradeço pelo modo delicado e terno de ensinar e por todas as lições que contribuíram para o desenvolvimento e conclusão da pesquisa.

Agradeço ao Caio Barros e à Bruna Colombarolli por, mesmo sem me conhecer, terem se disponibilizado a ajudar em minha preparação para o processo seletivo para ingresso na Pós-Graduação. O apoio que me ofereceram foi fundamental para a aprovação.

A todos os colegas da Pós-Graduação agradeço a oportunidade da convivência, ainda que breve, mas sempre enriquecedora. À Laís Rocha Salgado, agradeço pelas nossas inúmeras conversas e, em especial, pela parceria e amizade nos momentos finais de conclusão do trabalho. Dedico agradecimento especial à Paula Carolina de Oliveira Azevedo da Mata, que se tornou amiga e com quem dividi as angústias do primeiro ano do mestrado e à Ariane Sherman, que ouviu com paciência todas as minhas reclamações dos últimos anos e que se tornou uma amiga que inspira pela personalidade firme e ao mesmo tempo delicada e por saber conciliar conhecimento com humildade.

Aos meus pais, Lourival e Amélia, agradeço por todo o amor e por tudo que abdicaram para me oferecer as melhores oportunidades de estudo. Agradeço por terem me ensinado que o estudo é sempre o melhor caminho.

Ao meu marido, Zé Marcos, agradeço por todo o amor, suporte, compreensão e paciência. Obrigada por me apoiar e incentivar sempre!

À minha irmã Gabriela, agradeço por nossa amizade e momentos de convivência, e à minha afilhada Malu, agradeço pelos momentos sempre repletos de alegria e doçura.

A Deus, agradeço por absolutamente tudo.

RESUMO

Esta dissertação procura analisar, à luz da Constituição da República de 1988, se o critério dicotômico é determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais e se a Lei nº 13.303/2016, na parte relativa ao tema, aplica-se a todas as empresas estatais, independentemente da atividade desempenhada. A hipótese da pesquisa consistiu na afirmação de que o critério concorrencial é determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais. Como marco teórico, o trabalho utiliza a classificação proposta por Eros Roberto Grau, segundo a qual as atividades econômicas são aquelas que se destinam a satisfazer as necessidades da coletividade por meio da utilização de bens e serviços. Assim, tanto os serviços públicos, quanto as atividades econômicas em sentido estrito são espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo. A fim de atingir o objetivo geral proposto, adotou-se a metodologia pertencente à vertente jurídico-dogmática. A partir da análise de normas, textos doutrinários, legislação e da investigação de alguns julgados, concluiu-se que nem o critério dicotômico nem o concorrencial são determinantes para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, e sim o critério do modelo empresarial, bem como que a Lei nº 13.303/2016 não se aplica a todas as empresas estatais, independentemente da atividade por elas desempenhada.

Palavras-chave: Empresa estatal. Atividade econômica. Concorrência. Modelo empresarial. Regime jurídico de licitação e contratos. Lei nº 13.303/2016.

ABSTRACT

This dissertation seeks to analyze, in light of the 1988 Republic's Constitution, whether the dichotomous criterion is determinant for the definition of the legal regime of bidding and contracts of the state-owned companies and if Law number 13.303/2016, in the part that is relative to the topic, applies to all state-owned companies, regardless of the activity performed. The research's hypothesis consisted on the affirmation that the competitive criterion is determinant for the definition of the legal regime of bidding and contracts of the state-owned companies. As a theoretical framework, the work utilizes the classification proposed by Eros Roberto Grau, according to whom economic activities are those that are destined to satisfy the necessities of collectivity by means of the utilization of goods and services. Thus, both the public services and the economic activities in a strict sense are species of the gender economic activity in a broad sense. In order to achieve the general objective proposed, the methodology belonging to the legal-dogmatic angle was adopted. Stemming from the analysis of norms, doctrinal texts, legislation, as well as from the investigation of certain judgements, it was concluded that neither the dichotomous criterion nor the competitive one are determinant for the definition of the legal regime of bidding and contracts of the state-owned companies, but rather the criterion of the business model. It was also concluded that the Law number 13.303/2016 does not apply to all state-owned companies, regardless of the activity performed by them.

Keywords: State-owned company. Economic activity. Competition. Business model. Legal regime of bidding and contracts. Law number 13.303/2016.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BHTRANS	Empresa de Trânsito e Transporte de Belo Horizonte S/A
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico
CEMIG	Companhia Energética de Minas Gerais S/A
CHESF	Companhia Hidroelétrica de São Francisco
COSIPA	Companhia Siderúrgica Paulista
CR/1988	Constituição da República de 1988
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
FURNAS	Furnas Centrais Elétricas S/A
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
PDRAE	Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado
PETROBRAS	Petróleo Brasileiro S/A
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
SEST	Secretaria de Controle de Empresas Estatais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
USIMINAS	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	15
2.1	ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	21
2.1.1	Prestação de serviços públicos.....	24
2.1.1.1	Concorrência na prestação dos serviços públicos.....	29
2.1.2	Exploração de atividades econômicas em sentido estrito.....	35
2.2	HISTÓRICO DAS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL	40
2.3	EMPRESAS ESTATAIS: DEFINIÇÃO LEGAL	55
3	DIRETRIZES GERAIS PARA DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	62
3.1	PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO	63
3.2	REGIME JURÍDICO HÍBRIDO	65
3.3	CONCEITO DE EMPRESA	69
3.3.1	Empresas estatais e o lucro	74
3.4	ATIVIDADES DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	78
3.4.1	Críticas ao critério dicotômico como determinante do regime jurídico das empresas estatais	81
4	REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	91
4.1	REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	93
4.2	REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS NO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS (LEI Nº 13.303/2016)	101
4.2.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624-DF.....	102
4.2.2	Análise do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016.....	105
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
	REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

O surgimento das empresas estatais remonta à ampliação da atuação do Estado no domínio econômico ocorrido tanto no início do século XX, quanto em meados do mesmo século. No primeiro momento, o Estado assumiu não somente as atribuições até então desempenhadas pelos particulares, assumiu o dever de atender as novas necessidades da coletividade e, posteriormente, o desempenho de algumas atividades econômicas em sentido estrito. Nos dois momentos, o Estado adotou o modelo de empresa, instrumento até então utilizado somente pelos particulares.¹

Conforme lições de Alexandre Santos de Aragão, a adoção do modelo empresarial consistiu em tentativa de empregar instrumento mais ágil de ação, por ser considerado mais célere e adaptável a cada momento e demanda, já que não sofre a influência das amarras e controles característicos do regime jurídico de direito público e que, por vezes, impedem a atuação eficiente do Estado.²

Ressalta-se que o regime jurídico das empresas estatais sempre foi objeto de discussões, notadamente em relação aos limites ao uso do Direito Privado, já que essas entidades, a despeito de integrarem a Administração Pública e se submeterem a inúmeras derrogações de Direito Público³, possuem personalidade jurídica de Direito Privado.

Em relação ao regime jurídico de licitação e contratos, o tema sempre foi objeto de divergência, notadamente no que se refere aos limites de flexibilidade e enrijecimento das normas a que as empresas estatais se submetem.

A redação original da Constituição da República de 1988 previu no artigo 37, XXI, a obrigatoriedade de licitação para toda a Administração Pública direta e indireta, e no artigo 22, XXVII, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação também para toda a Administração Pública direta e indireta.⁴ Com fundamento no

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52-55. De modo geral, relaciona-se a ampliação da atuação estatal no domínio econômico com o surgimento das empresas estatais. Contudo o curso histórico dessa ampliação e os instrumentos utilizados não foram uniformes em todos os países.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. p. 2.

³ Destacam-se a submissão aos princípios da Administração Pública (artigo 37, *caput*, CR/1988), ao controle das contas pelo Tribunal de Contas (artigo 71, II, CR/1988), a obrigatoriedade de realização de concurso público (artigo 37, II, CR/1988) e a vedação de acumulação de empregos públicos (artigo 37, XVII, CR/1988).

⁴ Na redação original: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

artigo 22, XXVII, da CR/1988, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.666/1993⁵, por meio da qual disciplinou as regras de licitação e contratação para toda a Administração Pública.

Em 1988, foi publicada a Emenda Constitucional nº 19, que modificou a redação do artigo 22, XXVII⁶, para prever a competência da União para editar normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública direta, autarquias e fundações, bem como normas gerais de licitação e contratação aplicáveis às empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, nos termos do artigo 173, § 1º, inserido pela referida Emenda Constitucional. Este dispositivo previu a edição de lei para estabelecer o estatuto jurídico próprio das empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços com disciplina de vários temas, entre eles o previsto no inciso III, qual seja, “licitação e contratação de bens, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.⁷

Durante o longo período sem edição do estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, III, da CR/1988, o que somente ocorreu em 2016, a doutrina, conforme será abordado no item 4.1, divergiu sobre o alcance da lei, ou seja, se a mesma deve ser aplicada a toda e qualquer empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido amplo, ou somente para aquelas cuja atividade desempenhada seja a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

Destacam-se três correntes de entendimento. De acordo com a primeira corrente⁸, o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais deve variar conforme o critério

⁵ “Art. 1º [...] Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.).

⁶ Redação estabelecida pela Emenda Constitucional nº 19/1998: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] 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*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

⁷ Na redação original, o artigo 173 tratava apenas das hipóteses de intervenção estatal no domínio econômico e mencionava a sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339-349. PEREIRA, Cesar Guimarães. *Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais*. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 431-444. BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183-184. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6 e p. 210. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 115-116.

dicotômico. Assim, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos deveriam se submeter ao mesmo regime jurídico de licitação e contratos fixado para a Administração Pública direta, autarquias e fundações. Por outro lado, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito deveriam se submeter a regime jurídico mais flexível em razão de atuarem no mercado, motivo pelo qual o estatuto jurídico editado nos termos do artigo 173, § 1º, III, deveria ter aplicabilidade exclusiva a essas entidades. Conforme a segunda corrente de entendimento⁹, o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais deve variar de acordo com o critério da concorrência, ou seja, com a atuação ou não da entidade em ambiente de mercado. Consoante a terceira corrente¹⁰, o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais é definido pelo critério da natureza empresarial, ou seja, de acordo com sua conformação e atuação empresarial. Assim, as empresas estatais, independente da natureza da atividade ou da existência de concorrência, devem se submeter a regime jurídico mais flexível, nos termos do artigo 173, § 1º, III, da CR/1988.

Destaca-se que foi a primeira corrente de entendimento que se consolidou tanto no âmbito doutrinário, quanto no jurisprudencial¹¹. Assim, prevaleceu o critério dicotômico, ou seja, é a natureza da atividade desempenhada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) o critério determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais. Logo, o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, III, da CR/1988, deveria incidir somente sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

O estatuto jurídico das empresas estatais foi editado depois de 18 (dezoito) anos da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Após trâmite em regime de

⁹ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Revisitando o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 263. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 203. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. RIBEIRO, Márcia Carla; ALVES, Rosângela do Socorro. *Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no mercado*. [S. l.: s. n., 2008]. [Monografia contemplada com menção honrosa em concurso promovido pelo DEST]. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 91.

¹⁰ SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 237-264; e SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13-30.

¹¹ Destacam-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.642-3-MG*. Relator: Ministro Eros Roberto Grau, 19 set. 2008; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 689.588-GO*. Relator: Ministro Luiz Fux, 27 nov. 2012.

urgência¹² do Projeto de Lei – PLS nº 555/2015¹³, foi editada a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016¹⁴, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Entretanto a edição da Lei nº 13.303/2016 não encerrou as discussões. Ao contrário, fez ressurgir, por exemplo, a divergência relativa à abrangência do estatuto jurídico, já que desconsiderou o critério dicotômico que havia se consolidado no âmbito doutrinário e jurisprudencial ao estabelecer a incidência do estatuto tanto para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, quanto para as prestadoras de serviços públicos.

Diante do breve relato da divergência doutrinária a respeito do critério determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, bem como em razão da promulgação da Lei nº 13.303/2016 (estatuto jurídico das empresas estatais), demonstra-se a relevância e atualidade da pesquisa realizada.

O marco teórico adotado neste trabalho é a classificação das atividades econômicas proposta por Eros Roberto Grau. Conforme o doutrinador, as atividades econômicas são aquelas que se destinam a satisfazer as necessidades da coletividade por meio da utilização de bens e serviços. Assim, tanto os serviços públicos, quanto as atividades econômicas em sentido estrito são espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo; ou seja, ambas as espécies constituem bens e serviços à disposição da coletividade para a satisfação de suas necessidades.¹⁵

A partir do contexto acima descrito, bem como do marco teórico mencionado, o trabalho foi estruturado em torno de duas questões: O critério dicotômico é determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais? A Lei nº 13.303/2016, em

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Requerimento de Urgência nº 4.600/2016*. [Acessório de: PL 4918/2016]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Apesar de o estatuto jurídico ter sido editado somente após 18 anos da previsão constitucional, pode-se justificar o trâmite em regime de urgência em razão do contexto de desconfiança a respeito da atuação das empresas estatais. Esse contexto decorre de um conjunto de investigações conduzidas pela Polícia Federal e Ministério Público Federal a partir do ano de 2009, início da denominada Operação Lava Jato, que se constituiu em um conjunto de investigações em que foram e ainda são apurados inúmeros crimes, entre eles ilicitudes que envolviam o procedimento licitatório e os contratos firmados pela Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), sociedade de economia mista brasileira criada em 1953. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Grandes Casos. Caso Lava Jato. Atuação na 1ª Instância*. [201-].).

¹³ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 555, de 2015*. Responsabilidade das estatais - Agenda Brasil 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 98.

especial a parte relativa a licitação e contratos, aplica-se a todas as empresas estatais, independentemente da atividade desempenhada por elas?

Considerando que a previsão de regime jurídico diferenciado para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito tem como objetivo impedir que a atuação estatal cause concorrência desleal, bem como que existem alguns serviços públicos que são prestados em regime concorrencial, a hipótese da pesquisa consistiu na afirmação de que a existência de concorrência deve ser considerada como critério para definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais.

Logo, o objetivo geral do trabalho foi compreender qual o critério determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais. Em relação aos objetivos específicos, foram eles assim definidos:

- a) descrever o contexto histórico de surgimento das empresas estatais;
- b) identificar e analisar os entendimentos doutrinários relativos à interpretação dos artigos 22, XXVII, e 173 da Constituição da República de 1988, tanto no texto originário, quanto após a Emenda Constitucional nº 19/1998;
- c) descrever a evolução histórica do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais e as respectivas divergências doutrinárias;
- d) analisar as características das empresas estatais e a repercussão destas na definição do regime jurídico de licitação e contratos;
- e) identificar o âmbito de abrangência da Lei nº 13.303/2016.

Destaca-se que a metodologia adotada na pesquisa pertence à vertente jurídico-dogmática, que “[d]esenvolve investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do Direito e com avaliação de estruturas internas ao ordenamento jurídico”¹⁶. Nesse sentido, a pesquisa seguiu o tipo jurídico compreensivo, de forma a examinar qual o critério determinante para definir o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais.

Ademais, pretendeu-se realizar pesquisa do tipo multidisciplinar, com a articulação teórico-doutrinária da Teoria do Estado, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Tendo em vista que o procedimento adotado para análise do critério de definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais foi a análise de normas, textos

¹⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed., rev. e atual. pela NBR 14.724/2011; NBR 15,287/2011 e NBR 6024/2012, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

doutrinários e legislação, bem como a investigação de alguns julgados, pode-se afirmar que se trata de pesquisa teórica.

Com o fim de responder aos problemas propostos, a pesquisa jurídica, além desta introdução, foi estruturada da seguinte forma. O capítulo 2 aborda a evolução histórica da atuação direta do Estado no domínio econômico, que culminou com a criação de empresas estatais; a ordem econômica na Constituição da República de 1988, notadamente a forma de prestação dos serviços públicos e de exploração das atividades econômicas em sentido estrito; o histórico das empresas estatais no Brasil e a definição legal dessas entidades. O capítulo 3 analisa as diretrizes gerais para definição do regime jurídico das empresas estatais, quais sejam, a personalidade jurídica de Direito Privado, o regime jurídico híbrido, o conceito de empresa e as atividades desempenhadas pelas empresas estatais. Ademais, analisam-se as críticas ao critério dicotômico das empresas estatais. O capítulo 4 cuida do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais e, para tanto, aborda sua evolução histórica e analisa o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais na Constituição da República de 1988 e na Lei nº 13.303/2016.

Por fim, no capítulo 5, apresentam-se as considerações finais do trabalho, que buscam responder as questões traçadas nesta introdução.

2 ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

No início do século XIX, vigia o Estado liberal, cuja principal característica é a proteção da liberdade individual e a limitação da atuação estatal. Dessa forma, as atividades estatais eram substancialmente restritas à defesa externa e à segurança interna, razão pela qual não era necessário o uso de instrumentos mais complexos de organização da atividade administrativa.¹⁷

De acordo com a doutrina, no final do século XIX e início do século XX, tornaram-se evidentes as consequências negativas do liberalismo no âmbito econômico e social, entre as quais se destacam a transformação das grandes empresas em monopólios, a incapacidade de autorregulação dos mercados, o conflito entre os detentores do capital e os trabalhadores, e o surgimento da classe do proletariado em condições de miséria e ignorância.¹⁸

Foi nesse contexto que o Estado passou a atuar¹⁹ na ordem econômica e social²⁰. Seu papel de mero espectador dos fenômenos econômicos e sociais modificou-se, e ele passou a “intervir para coibir os excessos e, ao mesmo tempo, para suprir lacunas abertas pela iniciativa privada, ausente ou insuficiente, para garantir e, posteriormente, dirigir o desenvolvimento econômico”²¹. A esse respeito, Bilac Pinto menciona que, além do objetivo de manter

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 19-20. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53-54. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

¹⁹ Destaca-se que, apesar de inúmeros doutrinadores, tais como José Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, utilizarem a expressão “intervenção no domínio econômico”, será adotada ao longo deste trabalho a expressão “atuação no domínio econômico”. Conforme será melhor detalhado neste capítulo, de acordo com as lições de Eros Roberto Grau, o termo atuação é mais amplo, pois abrange tanto a atividade econômica em sentido estrito, cuja titularidade pertence à iniciativa privada, quanto os serviços públicos, cuja titularidade é estatal. Desse modo, pode-se afirmar que as consequências negativas decorrentes do liberalismo impulsionaram a ampliação da atuação estatal na ordem econômica e social. Ver também: CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4. ed., atual., reescrita e rev. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53-54. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 19-20. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

razoavelmente o equilíbrio econômico e social, o Estado teve sua intervenção impulsionada por razões estratégicas, fiscais e tecnológicas.^{22 23 24}

A ampliação da atuação estatal consistiu tanto na assunção de atribuições até então desempenhadas pelos particulares, quanto no surgimento de novas necessidades da coletividade, que naquele momento foram assumidas pelo Estado. Alguns doutrinadores²⁵ mencionam que foi devido a essa ampliação que surgiu a distinção entre os serviços públicos administrativos e os serviços públicos industriais ou comerciais, cuja origem remonta ao aresto denominado Balsa de Eloka. O referido acórdão analisou acidente ocorrido na colônia francesa Costa do Marfim, que explorava serviço de transporte coletivo de pessoas e automóveis de uma margem da lagoa para a outra. A balsa explorada pela Costa do Marfim naufragou e uma das vítimas, proprietário de um caminhão que estava a bordo, ajuizou ação de perdas e danos diante dos tribunais cíveis para obter ressarcimento decorrente da perda patrimonial. O governador da colônia suscitou conflito de competência sob o argumento de que o caso seria de atribuição exclusiva dos tribunais administrativos por se tratar de apuração de responsabilidade de entidade pública pelo mau funcionamento do serviço de transporte. O tribunal de conflitos, por sua vez, entendeu que o caso era de competência dos tribunais cíveis, já que se tratava de serviço público de natureza industrial ou comercial, e somente os casos relativos à prestação de serviços públicos administrativos deveriam se submeter à jurisdição dos tribunais administrativos. Segundo as lições de José Cretella Júnior, esse *leading case* dos serviços públicos de natureza industrial ou comercial serviu de fundamento à futura estruturação das empresas públicas.²⁶

²² PINTO, Bilac. *Da regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed., atual. por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 14.

²³ Considerando a mudança da posição liberal para uma intervencionista, é importante mencionar que as diferentes fases estatais não coincidiram em cada país, tampouco foram concomitantes. Todavia, o aumento da atuação dos Estados é um fato histórico e que ocorreu em praticamente todos os países do mundo. (PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953.).

²⁴ A respeito das diferenças relativas à ampliação da atuação de cada Estado no domínio econômico, João Bosco Leopoldino da Fonseca explica que os interesses que justificavam a atuação na ordem econômica e social também eram distintos em cada país. O autor menciona que na Alemanha, por exemplo, a atuação tinha por justificativa a tentativa de reconstruir o país, já nos Estados Unidos o objetivo era retirá-los da crise gerada pelo capitalismo, ao passo que no Brasil a intervenção tinha como razão dar resposta aos anseios, entre outros, da classe trabalhadora. (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2017. p. 17.).

²⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4. ed., atual., reescrita e rev. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 251. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52.

²⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista,*

De acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷, apesar de o mencionado aresto ser considerado o que pela primeira vez procedeu à distinção dos serviços públicos em administrativos e industriais ou comerciais, somente em 1956 foram sistematizados os critérios distintivos das duas espécies de serviços públicos. Assim, para que o serviço público fosse considerado de natureza industrial ou comercial, deveria ter objeto semelhante ao das empresas privadas; os usuários deveriam pagar pelos serviços prestados e essas contribuições comporiam os recursos da empresa, por fim, os modos de gestão deveriam ser aqueles típicos das empresas privadas. Logo, a distinção dos serviços públicos em administrativos e industriais ou comerciais e o surgimento das empresas estatais decorrem da necessidade de os serviços públicos industriais ou comerciais serem prestados por meio de empresa, instrumento que até então era utilizado somente pelos particulares.

Assim como as transformações pelas quais os Estados passaram não ocorreram de modo uniforme e concomitante em todos os países, a evolução dos instrumentos por eles utilizados para organizar e prestar os novos serviços também não se deu de maneira idêntica. Entretanto parte da doutrina aponta a concessão de serviços públicos a particulares como o primeiro instrumento com formato empresarial empregado pelos Estados para executar as novas atribuições (serviços públicos denominados de industriais ou comerciais)^{28 29}. Em seguida, vieram as sociedades de economia mista e, posteriormente, as empresas públicas.

Dita concessão constitui “contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a

autorização, atividade do particular. 4. ed., atual., reescrita e rev. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 251.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 45.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52. PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953.

²⁹ Não é objetivo do trabalho tratar do tema das concessões de serviços públicos, razão pela qual a referência ao instituto foi feita apenas para compreensão da cronologia dos instrumentos de organização administrativa e sua correlação com a ampliação da atuação estatal. De todo modo, é importante registrar que o uso de instrumentos com natureza empresarial para a prestação dos serviços públicos (concessão de serviços públicos aos particulares e empresas estatais prestadoras de serviços público) impulsionou parte da doutrina a afirmar a ocorrência da primeira crise do serviço público, sob o argumento de que o fato de serem prestados por pessoas jurídicas de direito privado desconstituiu o elemento subjetivo da noção. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 423. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53-61. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 47-49.

um sujeito privado que assume seu desempenho em face dos usuários”³⁰. De acordo com a doutrina, as vantagens do uso desse instrumento naquela época eram a ausência de responsabilidade estatal frente aos riscos do empreendimento, bem como o desnecessário aporte de recursos públicos. Assim, tão logo ocorreram alterações nas condições do contrato administrativo de concessão, o instituto começou a perder seu prestígio.³¹ De tais alterações, ressaltam-se a introdução da cláusula de garantia de juros e, posteriormente, a adoção da teoria da imprevisão,³² que consistia em nova roupagem da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual o cumprimento das obrigações contratuais somente é exigido se mantidas as mesmas condições no momento da celebração do ajuste. Logo, os concessionários deixaram de ser obrigados a cumprir o contrato firmado se ocorressem alterações prejudiciais resultantes de comportamento alheio às partes, se os prejuízos ocorridos fossem imprevisíveis e se onerassem significativamente o contratado.³³

Em fins do século XIX e início do século XX, impulsionado pela previsão de cláusulas contratuais que geravam responsabilidade para o Estado frente ao concessionário, e assim a possibilidade de maior dispêndio de recursos, as concessões de serviços públicos começaram a perder destaque. Esse foi um dos fatores que contribuíram para a criação das sociedades de economia mista e a ascensão desse instrumento como modo mais adequado de atuação do Estado na economia, sendo efetivamente instituídas e desenvolvidas em diversos países.³⁴

Ressalta-se, porém, que a origem da sociedade de economia mista é associada às companhias holandesas e portuguesas dos séculos XV e XVI, criadas como forma de a Coroa auferir recursos em complemento à busca por novos territórios.³⁵

A despeito de a origem da sociedade de economia mista estar relacionada aos séculos XV e XVI, considera-se, para fins de análise do instrumento e sua correlação com a ampliação

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 761.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52-54. PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953.

³² PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mistas e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 1-15, abr. 1960. p. 5. PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. p. 3.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 663-667.

³⁴ PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. p. 4.

³⁵ TÁCITO, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Estatais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 151, p. 22-28, jan./mar. 1983.

da atuação do Estado na ordem econômica, o período em que efetivamente começou a ser utilizada em diversos países.

Conforme leciona Bilac Pinto, a escolha estatal por esse modelo de organização e execução direta de suas atividades foi fruto de razões práticas, entre as quais se destacam o fato de o tipo societário ter se revelado importante instrumento na ampliação da economia privada, em função da possibilidade da reunião de recursos públicos e privados e/ou pelas técnicas de organização e racionalização do trabalho. Ademais, há quem atribua a opção pelas sociedades de economia mista a uma razão política, qual seja, a possibilidade de o Estado ampliar sua participação em empresas privadas para, progressivamente, ocorrer a socialização estatal, tal como se deu na Alemanha.³⁶

Desde o surgimento, a opção estatal pela sociedade de economia mista foi criticada sob o argumento de existir conflito de difícil ou impossível conciliação entre os interesses do Estado e o objetivo de lucro visado pelo particular³⁷. Por outro lado, havia o entendimento de que o conflito de interesses na sociedade de economia mista é problema sanável, já que tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista são importantes instrumentos à disposição do Estado para a atuação no domínio econômico.³⁸

De acordo com as lições de Bilac Pinto, a existência de conflito entre os interesses do Estado e dos particulares foi um dos fatores que, no início do século XX, ocasionou o declínio das sociedades de economia mista e, como consequência, a necessidade de desenvolvimento de outras técnicas para a prestação dos serviços públicos industriais e comerciais.³⁹ Segundo o doutrinador, os países que criaram sociedades de economia mista perceberam que o sucesso das empresas privadas decorria dos princípios de organização do trabalho e não, necessariamente,

³⁶ PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. p. 4.

³⁷ PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. Atualmente, ainda há parcela da doutrina que entende pela incompatibilidade do instrumento com a atuação estatal em razão de o modelo empresarial, necessariamente, estar relacionado à atuação lucrativa. Nesse sentido, MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 17-112.

³⁸ PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mistas e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 1-15, abr. 1960. p. 14-15. No sentido da possibilidade de conciliar os interesses públicos e privados destaca-se FERREIRA, Waldemar Martins. *A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

³⁹ PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. No mesmo sentido da ocorrência do declínio das sociedades de economia mista CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4. ed., atual., reescrita e rev. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 258.

da presença dos particulares. Assim, vislumbraram a possibilidade de instituir empresas com os mesmos princípios de organização das empresas particulares, porém sem a presença de sócios privados.

Nesse contexto, ocorreu o surgimento das empresas públicas, cuja vantagem consistia na manutenção da natureza empresarial e na inexistência de incompatibilidade de interesses, já que os particulares não integrariam a sociedade.

Conforme já mencionado, o curso histórico da atuação estatal no domínio econômico e os instrumentos utilizados para essa atuação não foram uniformes em todos os países. Assim, apesar das críticas à sociedade de economia mista e da referência feita por Bilac Pinto a seu declínio, o surgimento das empresas públicas não ocasionou em todos os países a extinção das sociedades de economia mista. No Brasil, por exemplo, esses dois instrumentos de atuação estatal no domínio econômico conviveram e ainda convivem.

De acordo com as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após a II Guerra Mundial, em meados do século XX, ampliou-se mais uma vez a atuação estatal. A ampliação incluiu não somente os serviços públicos de natureza industrial e comercial, mas também as atividades industriais e comerciais não catalogadas como serviço público, em relação às quais o Estado precisou intervir para subsidiar a iniciativa privada nas situações em que ela não era eficiente, sem, contudo, assumir como sua a atividade. Foi nesse cenário que ocorreu o ressurgimento das sociedades de economia mista.⁴⁰

Desse modo, pode-se afirmar, em linhas gerais, que, em um primeiro momento, as empresas estatais foram utilizadas como modo de descentralização administrativa para a prestação dos serviços públicos denominados industriais e comerciais, e que, após a II Guerra Mundial, as empresas estatais passaram a ser utilizadas para fins de intervenção do Estado no domínio econômico, ou seja, para a exploração de atividades típicas dos particulares.

No Brasil, conforme será abordado no item 2.2, as sociedades de economia mista surgiram sobretudo no momento em que o país viveu o processo estatizante do final da década de 1930 e início da década de 1940. Já as empresas públicas foram instituídas especialmente na década de 1950. Destaque-se que ambas foram criadas tanto para a prestação de serviços públicos, quanto para a exploração de atividade econômica em sentido estrito⁴¹, razão pela qual

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54-55.

⁴¹ A classificação das atividades econômicas foi proposta por Eros Roberto Grau e será abordada mais detidamente no item 2.1. Segundo o doutrinador, as atividades econômicas são gênero, do qual são espécies os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

será tratada no item a seguir a ordem econômica na Constituição da República de 1988 (CR/1988), notadamente a forma de prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas em sentido estrito.

2.1 ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República de 1988 trata no Título VII, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, dos princípios gerais da atividade econômica (capítulo I), da política urbana (capítulo II), da política agrícola e fundiária e reforma agrária (capítulo III) e, por fim, do sistema financeiro nacional (capítulo IV).

No capítulo I, a atuação estatal no domínio econômico está disciplinada do seguinte modo: o artigo 173 trata das atividades exploradas pelo Estado em regime de concorrência com os particulares; o artigo 175 dispõe sobre a prestação dos serviços públicos pelo Estado, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão; e o artigo 177 cuida das atividades exploradas pelo Estado em regime de monopólio. Os três dispositivos mencionados abordam, portanto, a atuação direta do Estado no domínio econômico. E o artigo 174 disciplina a atuação indireta do Estado na economia como agente normativo ou agente regulador.

Eros Roberto Grau, ao analisar a ordem econômica na CR/1988 e as atividades desempenhadas pelo Estado, explica que as atividades econômicas são aquelas que se destinam a satisfazer as necessidades da coletividade por meio da utilização de bens e serviços. Assim, tanto os serviços públicos, quanto as atividades econômicas em sentido estrito são espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo; ou seja, ambas as espécies constituem bens e serviços à disposição da coletividade para a satisfação de suas necessidades.⁴²

Ressalta-se que são dois os aspectos que distinguem as duas espécies de atividades econômicas em sentido amplo: a titularidade da atividade e o regime jurídico a que se submetem.⁴³

Em relação à titularidade da atividade, os serviços públicos são de responsabilidade do Estado, ainda que a prestação não seja exclusiva, já que a titularidade do serviço é diferente da

⁴² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 98.

⁴³ Ressalta-se que, apesar de a classificação das atividades econômicas proposta por Eros Roberto Grau ter sido adotada no trabalho como marco teórico, a definição de serviço público utilizada na dissertação não coincide com a do autor. Conforme o referido autor, é equivocado conceituar serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 112). Entende-se, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, que o traço formal consistente na submissão ao regime de direito público é elemento essencial para a noção de serviço público. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 690.).

titularidade da prestação. Logo, o Estado é titular dos serviços públicos, mas nem sempre há exclusividade na prestação. Por outro lado, conforme os artigos 173 e 177 da CR/1988, as atividades econômicas em sentido estrito são de titularidade dos particulares e somente serão desempenhadas pelo Estado em situações excepcionais, quais sejam, em regime de concorrência, desde que por motivo de relevante interesse coletivo ou por razões de segurança nacional ou em regime de monopólio.

No tocante à distinção relativa ao regime jurídico, os serviços públicos submetem-se a regime jurídico de direito público, o que significa que o Estado tem o dever inescusável de promover, direta ou indiretamente, sua prestação, bem como que a atividade se submete aos princípios da supremacia do interesse público, da adaptabilidade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da transparência, da motivação, da modicidade das tarifas e do controle.⁴⁴ Por outro lado, as atividades econômicas em sentido estrito obedecem ao regime jurídico de direito privado, o que significa, por exemplo, que as empresas são constituídas conforme as normas previstas no Código Civil e adstritas aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Ressalva-se que não é uníssono na doutrina o entendimento de que os serviços públicos configuram atividades econômicas. De acordo com alguns autores⁴⁵, os serviços públicos não são espécie de atividade econômica exatamente por serem de titularidade estatal, bem como por serem prestados pelo Estado sem concorrência com os particulares, ou seja, fora do regime de mercado. Conforme esse posicionamento, a impossibilidade de o Estado prestar serviços públicos em regime de mercado decorre do fato de esse regime exigir finalidade lucrativa, o que é incompatível com o interesse público almejado pelo Estado. Por essa razão, não há que se falar que serviço público é atividade econômica.

Adota-se neste trabalho a classificação proposta por Eros Roberto Grau, ou seja, entende-se que os serviços públicos são espécie de atividade econômica em sentido amplo. Logo, as diferenças de titularidade e regime jurídico não descaracterizam a natureza econômica das atividades, cuja finalidade fundamental é satisfazer necessidades coletivas por meio do uso de bens e serviços. Ademais, a divisão estrutural constitucional do título VII e seus capítulos

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 694-695.

⁴⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 195-197. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 809. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Atividade Econômica: Serviço Postal. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 301-314.

corroboram a afirmação de que tanto os serviços públicos, quanto as atividades econômicas em sentido estrito exploradas pelo Estado configuram atividades econômicas.

Ademais, há entendimento no sentido de que as atividades econômicas em sentido amplo têm como espécies, além dos serviços públicos e das atividades econômicas em sentido estrito, as atividades econômicas de interesse público. Nesse sentido, André Saddy explica que a classificação dual proposta por Eros Roberto Grau é passível de críticas por considerar serviço público atividades que se submetem ao regime jurídico inerente às atividades privadas e são delegadas por meio de autorizações vinculadas (artigo 21, XI e XII da CR/1988), razão pela qual apresentou nova proposta de classificação com a inclusão das atividades econômicas de interesse público.⁴⁶

A partir da classificação das atividades econômicas, Eros Roberto Grau distingue as expressões atuação e intervenção do Estado na ordem econômica. Segundo o doutrinador, a primeira deve ser compreendida em sentido amplo, ou seja, a expressão deve designar a atuação do Estado tanto no campo das atividades econômicas em sentido estrito, quanto no campo dos serviços públicos. Assim, deve-se utilizar a expressão atuação estatal para fazer referência ao desempenho pelo Estado das atividades econômicas em sentido amplo. Por outro lado, quando a atuação estatal ocorrer especificamente na seara das atividades econômicas em sentido estrito, deve-se usar a expressão intervenção na ordem econômica.⁴⁷

Destaca-se que essa distinção entre atuação e intervenção na ordem econômica não é pacífica na doutrina. Há autores que tratam a prestação do serviço público, assim como a exploração da atividade econômica em sentido estrito como modo de intervenção estatal direta na ordem econômica.^{48 49}

⁴⁶ SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 118-246. Ressalta-se que não constitui objeto deste trabalho analisar as atividades econômicas em sentido amplo e os regimes jurídicos a elas inerente. A pesquisa pretende avaliar se a natureza da atividade (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) é determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratação das empresas estatais, conforme entendimento que se consolidou na doutrina e jurisprudência pátrias. Logo, a classificação proposta por Eros Roberto Grau foi adotada no trabalho, constituindo marco teórico da presente pesquisa.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 140-141.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 694-695. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 477-478; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44-64.

⁴⁹ Ressalta-se, ainda, o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, segundo o qual a expressão adequada é exclusivamente atuação. Conforme o autor, a expressão intervenção não deve ser utilizada, já que pressupõe intromissão em área que não lhe é própria, e a atuação estatal no mercado é inevitável, pois Estado e mercado são incidíveis. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 29-35.)

Entende-se que não há equívoco em nenhuma das nomenclaturas utilizadas e que tanto a distinção entre atuação e intervenção, quanto o uso indiscriminado da expressão intervenção são corretos. Essa distinção fundamenta-se na titularidade do serviço, já que atuar significa agir, executar e/ou realizar, e o Estado está constitucionalmente obrigado a prestar serviços públicos, assim como autorizado a explorar atividades econômicas em sentido estrito, ainda que excepcionalmente. Logo, a expressão atuação refere-se às atividades econômicas em sentido amplo. Entretanto, quando o Estado atua no campo das atividades econômicas em sentido estrito, o faz em razão de situações excepcionais, de modo que age em área que não lhe é própria. Assim, a expressão intervenção seria a mais adequada, já que tem conotação de interferência, de intromissão em área de outrem. Por outro lado, o uso indiscriminado da expressão intervenção fundamenta-se no princípio da livre iniciativa. Assim, a delimitação de atividades econômicas como serviços públicos retira do particular a liberdade de explorar determinada atividade, razão pela qual ocorre interferência, ou seja, intervenção estatal direta na ordem econômica.

Neste trabalho adota-se a classificação proposta por Eros Roberto Grau, de modo que a expressão intervenção será utilizada ao ser feita referência à atividade econômica em sentido estrito, ao passo que a expressão atuação será empregada para se referir à atuação do Estado no campo das atividades econômicas em sentido amplo (serviço público e atividade econômica em sentido estrito). A opção por essa classificação se justifica apenas por questões didáticas, já que, conforme mencionado, não há que se falar que uma ou outra esteja equivocada, mas apenas que têm fundamentos distintos.

Nos itens seguintes serão analisadas as formas de atuação direta do Estado no domínio econômico, em especial o modo de prestação dos serviços públicos e da exploração de atividade econômica em sentido estrito.

2.1.1 Prestação de serviços públicos

Conforme o artigo 175 da CR/1988, “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”.

Ao interpretar o referido dispositivo constitucional, a doutrina diverge a respeito do sentido de prestação direta e indireta do serviço público. A divergência refere-se, em síntese, se há coincidência ou não entre os conceitos de centralização/prestação direta e descentralização/prestação indireta.

Conforme as lições de Marçal Justen Filho, a prestação direta ocorre tanto quando o serviço público é prestado de modo centralizado, quanto quando é prestado por meio das entidades integrantes da Administração Pública indireta. Segundo o autor, somente ocorrerá prestação indireta na hipótese em que houver delegação à iniciativa privada.⁵⁰

Em outro sentido é o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem somente há prestação direta de serviço público na hipótese em que este é executado pelos entes federados (Administração Pública direta), ao passo que a prestação é considerada indireta, se a execução dos serviços públicos se dá em decorrência de outorga legal a entes administrativos de Direito Público ou por delegação a entes administrativos de Direito Privado⁵¹. Conforme esse entendimento, a prestação será direta nas hipóteses em que o serviço público é disponibilizado pela Administração Pública direta (modo centralizado), ao passo que será indireta se o serviço público for oferecido tanto pela Administração Pública indireta, quanto por particulares em razão de concessão, permissão ou autorização de serviço público (modo descentralizado). Constata-se, portanto, que, de acordo com o entendimento do doutrinador, há coincidência entre os conceitos de centralização/prestação direta e descentralização/prestação indireta.

Entende-se que, para a correta definição do sentido de prestação direta ou indireta do serviço público, faz-se necessário distinguir a forma de organização da prestação do serviço de sua forma de execução.

No que se refere à forma de organização da prestação do serviço público, deve-se compreender que o poder público, em razão de possuir a titularidade do serviço, pode organizar sua prestação de duas formas, centralizada ou descentralizada.

Conforme será mais detidamente analisado no item 2.3, a centralização consiste no exercício direto das funções estatais, hipótese em que ocorrerá a desconcentração, ou seja, a distribuição interna das competências aos órgãos públicos.⁵² Sendo assim, se a opção for pela organização da prestação do serviço de modo centralizado, os entes da federação, por sua Administração direta, serão cumulativamente os titulares e os executores do serviço público.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 407-408.

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 432-434.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 143-144.

De outro modo, o poder público pode optar por organizar a prestação do serviço público de forma descentralizada, hipótese na qual ocorrerá a transferência de atribuições a outras pessoas, físicas ou jurídicas. Neste caso, nem sempre haverá coincidência entre o titular e o executor do serviço público, o que dependerá da espécie de descentralização administrativa efetivada.

A descentralização administrativa, que também será tratada com mais profundidade no item 2.3, consiste na transferência da titularidade e/ou do exercício da atividade estatal a outras pessoas jurídicas ou a particulares. Segundo as lições de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a descentralização administrativa é denominada de funcional/técnica/por serviços quando há transferência da titularidade e da execução de atribuições dos entes federados a pessoa jurídica de direito público ou privado cuja origem deriva diretamente da lei ou é por esta autorizada. Assim, nas hipóteses de descentralização administrativa funcional/técnica/por serviços ocorrerá a transferência tanto da titularidade do serviço quanto da execução. Outra hipótese é a descentralização administrativa por colaboração, na qual ocorrerá a transferência da execução do serviço público a pessoa jurídica de direito privado, por meio de acordo de vontades ou ato unilateral, com a manutenção da titularidade do serviço pelo ente político.⁵³

Em relação à forma de execução do serviço público, a prestação poderá ocorrer de dois modos, quais sejam, direta ou indiretamente. Entende-se por execução direta do serviço público a hipótese na qual uma mesma pessoa detém a titularidade, bem como executa o serviço, e por execução indireta a hipótese em que não há coincidência entre o titular e o executor do serviço público.

Diante dessas considerações, entende-se que a prestação de serviços públicos por entidades da Administração Pública indireta consiste em prestação direta de serviços públicos.

Ressalva-se a hipótese em que empresa estatal presta serviço público em razão da celebração de contrato de concessão firmado com ente federado diverso daquele que autorizou a sua criação, tal como ocorre com inúmeras empresas estatais estaduais de saneamento básico e energia elétrica.⁵⁴ Nesta hipótese, a empresa estatal participará de procedimento licitatório em

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 47-52.

⁵⁴ Destaca-se que não é unânime o entendimento sobre a constitucionalidade da celebração de contratos de concessão de serviços públicos por empresas estatais. De acordo com Fernando Vernalha Guimarães, por exemplo, essas hipóteses configuram flagrante violação do artigo 173 da Constituição da República. Segundo o doutrinador, ao disputar contratos de concessão de serviço público, ocorre a desnaturação do regime próprio previsto no artigo 175, já que se trata de atuação no domínio econômico em situação diversa daquelas previstas no artigo 173, quais sejam, imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168-170.).

regime de competição com os particulares para prestar serviços públicos de titularidade de ente federado diverso daquele que autorizou a sua criação e, caso seja vencedora, a empresa estatal celebrará contrato de concessão de serviço público. Também, ressalta-se a hipótese de dispensa de licitação prevista no artigo 24, XXII, da Lei nº 8.666/1993, reproduzida no artigo 29, X, da Lei nº 13.303/2016, quando se tratar de contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, com concessionário, permissionário ou autorizado. Logo, na hipótese de contrato de concessão com empresa estatal para a prestação de serviço público, o ente titular do serviço organiza sua prestação por meio da descentralização administrativa por colaboração, já que a empresa estatal atuará como concessionária de serviço público. Trata-se, assim, de prestação indireta do serviço público, já que ocorre somente a transferência da execução do serviço para a entidade da Administração Pública indireta.

Destaca-se o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello segundo o qual, em qualquer hipótese de prestação de serviço público pelas empresas estatais, com ou sem natureza de concessionária, a empresa estatal não recebe a titularidade do serviço, mas unicamente a execução, assim como ocorre com as concessionárias privadas de serviço público.⁵⁵

Ademais, é importante mencionar que os serviços públicos também podem ser prestados mediante consórcio público firmado entre entes da federação, conforme autorizado pelo artigo 241⁵⁶ da CR/1988. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.107/2005⁵⁷, que previu que os consórcios constituirão pessoa jurídica de direito privado ou associações públicas, cuja personalidade jurídica é de Direito Público, ambos podendo ser constituídos com a finalidade de prestar serviços públicos.

Na hipótese de prestação de serviços públicos por consórcios públicos, a doutrina também diverge a respeito da natureza direta ou indireta da prestação. De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, trata-se de prestação indireta complexa, já que resulta da celebração de ato administrativo complexo emitido pelas pessoas jurídicas que se associam com o fim de prestar serviço público, sendo que uma delas deve possuir competência administrativa

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 203-205. Destaca-se que, além da hipótese de celebração de contrato de concessão de serviço público com ente federado diverso, o doutrinador entende que também terão natureza de concessionária as sociedades de economia mista nas quais a presença do capital privado não seja meramente simbólico.

⁵⁶ “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

⁵⁷ BRASIL. *Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005.

para a prestação.⁵⁸ Em outro sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho, segundo o qual a prestação de serviço público por meio de consórcios públicos configura prestação direta, já que “não existe concessão em sentido próprio porque os sujeitos que se associam são entes federativos”.⁵⁹

Tendo em vista o conceito de descentralização administrativa/funcional/técnica/por serviços adotado neste trabalho, entende-se que a prestação de serviços públicos pelos consórcios públicos configura prestação direta, já que ocorre a transferência da titularidade e da execução de atribuições dos entes federados a pessoa jurídica de direito público ou privado, por eles criada mediante lei.

No que se refere ao sentido da expressão prestação direta ou indireta, conclui-se que o serviço público será prestado diretamente pelo Estado por meio da Administração Pública direta, indireta ou mediante convênio firmado nos termos do artigo 241 da CR/1988, bem como poderá ser prestado indiretamente por concessionários ou permissionários. Nessa hipótese, ressalta-se que não são todos os serviços públicos que podem ser prestados indiretamente por concessionários ou permissionários, somente aqueles cuja prestação pelo Estado é obrigatória e sendo também obrigatória a outorga em concessão a terceiros, e aquelas cuja prestação direta pelo Estado não é obrigatória, mas tem ele o dever de promover-lhes a prestação.⁶⁰ Ademais, excepciona-se a prestação de serviço público por empresas estatais que não possuem a titularidade do serviço prestado, hipótese que configura prestação indireta do serviço público, devido ao fato de tais empresas terem natureza de concessionária.

Na hipótese de o Estado prestar diretamente o serviço público por meio de entidades da Administração Pública indireta, indaga-se sobre a existência ou não de discricionariedade na escolha do instrumento de organização administrativa.

No caso dos serviços públicos prestados em regime de exclusividade, compete ao Estado decidir se a prestação ocorrerá de modo centralizado ou descentralizado. Definida a opção pela prestação descentralizada, é vedado optar pelo modelo empresarial, em razão do disposto no artigo 173, § 1º, da CR/1988, que será analisado no item 2.1.2.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 434.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 768.

⁶⁰ De acordo com o doutrinador, os serviços públicos podem ser de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (serviço postal e correio aéreo nacional); de prestação obrigatória do Estado e de outorga obrigatória a terceiros por meio de concessão (radiodifusão sonora ou de sons e imagens); prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade (educação, saúde, previdência social e assistência social) e prestação não obrigatória pelo Estado, mas, se não o fizer diretamente, é obrigado a promover sua prestação por meio de concessão ou permissão (energia elétrica, por exemplo). (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 704-706.).

Na hipótese de os serviços públicos serem prestados em regime de concorrência, é necessário analisar se persiste a discricionariedade estatal quanto ao modo de organização da prestação do serviço, se centralizada ou descentralizada. Ou seja, questiona-se a possibilidade de o Estado optar por prestar o serviço público por meio da Administração Pública direta ou por quaisquer das entidades integrantes da Administração Pública indireta. Para responder a esse questionamento, é também necessário analisar o artigo 173, § 1º, da CR/1988, o que será feito após as considerações relativas à inserção da concorrência na prestação desses serviços.

2.1.1.1 Concorrência na prestação dos serviços públicos

A concorrência sempre foi analisada à luz das atividades econômicas em sentido estrito. Isso se deve ao fato de que essas atividades são típicas dos particulares e, portanto, submetem-se ao regime de mercado. Ademais, a prestação dos serviços públicos, durante muito tempo, correspondeu à ideia de exclusividade, ou seja, apenas o Estado, titular da atividade, poderia prestá-la.

Segundo as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto, a relação entre serviço público e exclusividade justificava-se por razões de natureza jurídica, ideológica e econômica.⁶¹

Em relação às razões jurídicas, o doutrinador explica que a exclusividade na prestação dos serviços públicos decorria do entendimento de que a opção estatal em delimitar determinada atividade como serviço público tinha como consequência submetê-la ao regime jurídico de direito público, ou seja, a regime jurídico especial, de modo que permitir a concorrência fragilizaria esse regime.⁶²

No que se refere à razão ideológica, Floriano de Azevedo Marques Neto explica que prevalecia o entendimento de que a natureza da atividade, por envolver interesses públicos de considerável relevância, recomendava sua delimitação como serviço público, e haveria incompatibilidade entre a proteção desses interesses e a exploração em regime de mercado, sujeitos aos abalos da exploração competitiva.⁶³ Nesse mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão explica que o privilégio da exclusividade justificava-se devido à relação dos serviços

⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 9.

⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 9.

⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 9.

públicos com os direitos fundamentais e a solidariedade social, o que impediria a submissão desses serviços ao regime de mercado.⁶⁴

No tocante às razões econômicas para a exclusividade na prestação dos serviços públicos, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que a existência de monopólios naturais tornava tecnicamente impossível ou economicamente inviável a multiplicidade de prestadores.⁶⁵

Conforme o doutrinador, a junção desses fatores jurídicos, ideológicos e econômicos culminou com o entendimento de que os serviços públicos não podiam ser oferecidos em regime de competição por diversos prestadores.⁶⁶

Parte da doutrina menciona que, a partir da década de 1990, inúmeros fatores motivaram questionamentos a respeito da obrigatoriedade de os serviços públicos serem prestados em regime de exclusividade.⁶⁷

De acordo com Alexandre Santos de Aragão, devido à pressão política de potenciais prestadores de serviços e grandes consumidores empresariais, ganhou força o entendimento de que a competição pode ser benéfica ao consumidor e não necessariamente contrária ao interesse público. De acordo com essas novas razões, justificava-se o fim da exclusividade na prestação dos serviços públicos.⁶⁸

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. p. 2.

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 9. No mesmo sentido, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 403-423.

⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 21.

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. p. 2. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 5-7. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002.

⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. p. 2. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 5-7.

Além disso, parte da doutrina afirma que as razões econômicas que até então fundamentavam a exclusividade foram superadas em razão dos avanços tecnológicos. Os monopólios naturais deixaram de ser impeditivos à concorrência, já que a tecnologia possibilitou o compartilhamento de redes, ou seja, tornou-se possível que uma pluralidade de prestadores passasse a explorar uma mesma infraestrutura.⁶⁹

Em relação aos motivos de superação das razões jurídicas que fundamentavam a exclusividade na prestação dos serviços públicos, parte da doutrina aponta a influência da Comunidade Europeia.⁷⁰

Nesse sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti explica que o perfil do serviço público passou por relevantes inovações em razão das normas da Comunidade Europeia, que deram tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, notadamente com a inserção da concorrência como fundamento da eficiência e com base na ideologia de mercado.⁷¹

Assim, ganhou força o entendimento de que os serviços públicos, a despeito de constituírem atividades necessárias à sociedade, e por essa razão reservadas à titularidade estatal, não conferem ao Estado a prerrogativa de os explorar em regime de exclusividade. Assim, a obrigatoriedade seria a de assegurar que o serviço será posto permanentemente à disposição da coletividade, não necessariamente com exclusividade na prestação estatal.⁷²

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. p. 2. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em: 2 jun. 2018. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 20-21.

⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 20. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 21.

⁷¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

A respeito do modelo europeu dos serviços de interesse econômico geral, ver: SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 120-140.

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. p. 22.

Sob a influência dos diversos fatores acima citados, a legislação pátria foi alterada e passou a admitir, expressamente, a competitividade na prestação de alguns serviços públicos.

A CR/1988 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 8/1995⁷³, que instituiu nova política nas telecomunicações ao suprimir o monopólio estatal nesse setor, uniformizou o regime de exploração dos serviços e previu a edição de lei sobre sua organização e para a criação de órgão regulador.⁷⁴ Nesses termos, foi editada a Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações⁷⁵, e também a Lei nº 9.427/1996, que trata do regime de concessão do serviço público de energia elétrica⁷⁶. Essas alterações legislativas adotaram como política o estímulo à competitividade.^{77 78}

A Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, por sua vez, previu no artigo 16 que os serviços públicos não serão prestados com exclusividade, salvo se houver alguma razão técnica ou econômica que o justifique.⁷⁹ De acordo com a Lei de Concessões, a regra geral é a competitividade na prestação dos serviços públicos.

Ressalta-se que essas alterações legislativas são criticadas por parte da doutrina sob o fundamento da impossibilidade de os serviços públicos serem prestados em regime de concorrência, pois esta pressupõe liberdade, o que não existe nesses serviços.⁸⁰

Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins explica que a concorrência somente é admitida quando presentes três pressupostos, quais sejam, o lógico, o fático e o jurídico. O pressuposto lógico para a concorrência é a pluralidade de prestadores, e o pressuposto fático é a viabilidade da concorrência, tanto pelo ponto de vista técnico, quanto pelo econômico.

⁷³ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995*. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

⁷⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 183-196, abr. 2001.

⁷⁵ BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997.

⁷⁶ BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997.

⁷⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 322-323.

⁷⁸ Destaca-se que essas alterações legislativas foram objeto de inúmeras discussões doutrinárias, em especial sobre a constitucionalidade das inovações legislativas. Sobre o tema, consultar: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140-144, e MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 312-320.

⁷⁹ BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

⁸⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 299.

Segundo o autor, a concorrência será inviável nas hipóteses em que a prestação do serviço depender de redes; e, apesar das soluções propostas por alguns doutrinadores⁸¹ nacionais, a inviabilidade permanecerá em razão do aspecto econômico, já que “a divisão do objeto da concessão tende a encarecer a prestação”.⁸²

Além disso, Ricardo Marcondes Martins afirma que, ainda que possível a concorrência sob o ponto de vista lógico e fático, a concorrência na prestação dos serviços públicos é juridicamente impossível, já que a ausência de exclusividade pressupõe a liberdade, o que não existe na prestação desses serviços, conforme trecho transcrito abaixo:

A outorga do serviço a mais de um particular – a prestação indireta não exclusiva – não possibilita a concorrência, porque a associação desta com o serviço público é, compreendidos os conceitos jurídicos, *conceitualmente impossível*. Insiste-se: serviço público é atividade pública, e, como tal, não é *livre*. [...]

A concorrência exige a liberdade de atuação: numa economia extremamente dirigida, em que não vigora nenhum campo de liberdade econômica, falar em concorrência entre os agentes econômicos é, por óbvio, um despautério. Se tudo que o prestador faz é previamente determinado pelo Estado, não há nenhum espaço para a concorrência. Associar o serviço público – enquanto instituto do direito positivo brasileiro – à concorrência só é possível se há incompreensão ou do significado de serviço público ou do significado de concorrência. Enfim: ainda que haja possibilidade lógica ou fática, a concorrência entre os prestadores do serviço público estará sempre comprometida pela *impossibilidade jurídica*: a situação de concorrência pressupõe a situação de liberdade, e a prestação do serviço é uma atividade estranha ao campo da liberdade.⁸³

O doutrinador também afirma que, ainda que se admita o regime de concorrência entre os concessionários do serviço público, considerado por ele inconstitucional, não caberia a afirmação de que tal fato eleva a livre concorrência a princípio do serviço público.⁸⁴

Entende-se que é constitucional⁸⁵ a inserção da concorrência na prestação de alguns serviços públicos, e essa conclusão decorre da necessária distinção entre titularidade do serviço

⁸¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 299. Ricardo Marcondes Martins faz referências às soluções propostas por Alexandre Santos de Aragão e Calixto Salomão Filho nas obras *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 413, e *Regulação da Atividade Econômica – Princípios e fundamentos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 75-77: “A doutrina propõe saídas para esse problema. Primeira: seja outorgada a gestão da rede a um administrado e a gestão do serviço a outros administrados, de modo que o administrado a quem seja outorgada a gestão da rede fique obrigado a permitir a utilização dela pelos administrados a quem seja outorgada a gestão do serviço. Segunda: obriga-se o compartilhamento da infraestrutura entre os concessionários ou permissionários (princípio do obrigatório compartilhamento da infraestrutura) ou o compartilhamento da própria rede (princípio da interconexão)”.

⁸² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 297-299.

⁸³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 298-299.

⁸⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 197/198.

⁸⁵ No sentido de que é constitucional a inserção da concorrência na prestação de alguns serviços públicos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. p. 14.

e titularidade da prestação. Os serviços públicos são de titularidade do Estado, motivo pelo qual não existe liberdade de iniciativa⁸⁶. Porém, a inexistência de liberdade de iniciativa não impede que a prestação do serviço ocorra em regime de concorrência, já que a titularidade da prestação nem sempre é de exclusividade do Estado.

Conforme abordado no item 2.1, os aspectos que distinguem os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito são, essencialmente, a titularidade do serviço e o regime jurídico a que se submetem. Logo, a existência ou não de concorrência não é fator determinante para a definição da atividade como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito. Essa afirmação é corroborada pelo fato de que existem serviços públicos prestados tanto em regime de concorrência, quanto em regime de exclusividade, assim como há atividades econômicas em sentido estrito exploradas pelo Estado em regime de concorrência e em regime de monopólio.

Apesar de a existência de concorrência não determinar a natureza da atividade, se serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, ela pode repercutir no instrumento utilizado pelo Estado para desempenhá-las. Assim, com o fim de identificar se há discricionariedade no modo de organização da prestação do serviço público em regime concorrencial, é necessário analisar o artigo 173 da CR/1988.

⁸⁶ Em outro sentido, cita-se o entendimento de Vitor Rhein Schirato, segundo o qual há livre iniciativa na prestação dos serviços públicos. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.).

2.1.2 Exploração de atividades econômicas em sentido estrito

A exploração estatal da atividade econômica em sentido estrito pode ocorrer em regime concorrencial ou em regime de monopólio, conforme previsto nos artigos 173⁸⁷ e 177⁸⁸ da CR/1988, respectivamente.

O artigo 173, *caput*, da CR/1988, estabelece que, “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”.⁸⁹

⁸⁷ “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

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

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

⁸⁸ “Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

⁸⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].

Decorre da redação do referido dispositivo a excepcionalidade da exploração estatal das atividades econômicas em sentido estrito, já que o Estado somente poderá explorá-las nas hipóteses de monopólio, previstas no artigo 177 do mesmo diploma, ou em regime de concorrência, desde que seja necessário aos imperativos da segurança nacional ou constitua relevante interesse coletivo. Ressalta-se que esse caráter excepcional resulta também do disposto no artigo 170, *caput* e parágrafo único, que prevê a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica e assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos.

Ao analisar o art. 173 da CR/1988, Marçal Justen Filho afirma que o dispositivo possui dimensão normativa negativa, ou seja, da interpretação do artigo decorrem algumas proibições, quais sejam, a impossibilidade de exploração de atividade econômica em sentido estrito por sujeitos dotados de personalidade jurídica de Direito Público, vedação do uso de pessoas jurídicas privadas sob forma não societária e sob forma societária não empresarial.⁹⁰

A respeito da vedação da exploração de atividade econômica em sentido estrito por meio de sujeitos com personalidade jurídica de Direito Público, o doutrinador explica que ela tem como justificativa o fato de essas atividades econômicas serem reservadas à iniciativa privada e submetidas aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Desse modo, é incompatível a atuação estatal em ambiente concorrencial em posição jurídica de superioridade ou com exercício de poderes não assegurados aos agentes privados.⁹¹

Em relação à vedação do uso de pessoas jurídicas privadas sob forma não societária, Marçal Justen Filho explica que no âmbito do Direito Privado é admitida a instituição de pessoas jurídicas sem qualquer forma societária, tais como as fundações e as associações. São hipóteses em que a pessoa jurídica não tem como objetivo direto e imediato a promoção e organização dos fatores de produção, pois desenvolvem atividades sem finalidade lucrativa, portanto destituídas de caráter econômico. Assim, em razão de as empresas estatais terem como finalidade a exploração de atividade econômica em sentido estrito em concorrência com os particulares, deverão adotar uma das formas societárias.⁹² Destaca-se que as sociedades de economia mista obrigatoriamente devem adotar a forma societária de sociedade anônima,

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 41-44.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 41.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 43.

conforme prescrito no Decreto-Lei nº 200/1967 e mantido pelo artigo 4º, da Lei nº 13.303/2016. As empresas públicas, por sua vez, podem adotar qualquer forma societária.

No que se refere à vedação de formas societárias não empresariais, decorre do texto constitucional que o Estado somente pode explorar as atividades econômicas em sentido estrito por meio de empresas, que podem ter o formato de empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas subsidiárias.⁹³

Entende-se, em consonância com o posicionamento de Marçal Justen Filho, que a impossibilidade de explorar atividades econômicas em sentido estrito por meio de sujeitos com personalidade jurídica de Direito Público decorre do artigo 173 da CR/1988. Resulta do dispositivo constitucional que a exploração de atividade econômica em sentido estrito somente pode ser efetivada por meio das empresas estatais, hipótese que, conforme será tratado no item 2.3, não configura descentralização administrativa, mas modo de intervenção estatal no domínio econômico.

As atividades econômicas em sentido estrito são típicas dos particulares, e a exploração estatal deve ocorrer somente excepcionalmente, razão pela qual não cabe ao Estado exercê-la diretamente e sob o influxo das normas típicas do regime jurídico de direito público. Logo, a exploração das atividades econômicas em sentido estrito deve ocorrer por meio das empresas estatais. Ressalta-se que no caso das atividades econômicas exploradas em regime de monopólio, nos termos do artigo 177 da CR/1988, a obrigatoriedade do instrumento empresarial resulta, exclusivamente, da natureza da atividade. Todavia, no caso das atividades econômicas exploradas em regime de concorrência, a obrigatoriedade do uso das empresas estatais é resultado não apenas da natureza da atividade, mas também da vedação de a atuação estatal gerar concorrência desleal.

Ricardo Marcondes Martins explica que dita obrigatoriedade se deve ao fato de esse ser o instrumento de atuação adequado para as hipóteses em que é necessária a submissão parcial ao regime jurídico de direito privado. Ademais, esclarece que a submissão parcial ao regime jurídico de direito privado tem dois fundamentos racionais, quais sejam, não impedir a própria exploração da atividade e a não configuração de concorrência desleal, já que as regras de Direito

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 43-44.

Público não podem incidir quando inviabilizem a exploração da atividade ou tornem a situação do Estado mais vantajosa que a dos demais concorrentes.⁹⁴

Tendo em vista a obrigatoriedade de submissão parcial ao regime jurídico de direito privado para evitar concorrência desleal, entende-se que a adoção das empresas estatais é obrigatória na hipótese de prestação de serviços públicos em regime de concorrência. Admitir que o Estado preste serviços públicos em regime de concorrência por meio de autarquia, por exemplo, é admitir relação de concorrência entre o Estado e os particulares em situação de desigualdade. Essa relação desequilibrada pode causar ora a superioridade do particular, ora a superioridade do Estado. Em qualquer hipótese, trata-se de concorrência desleal, conforme exemplos a seguir.

A situação de superioridade do particular pode ocorrer, por exemplo, no caso de a empresa estatal prestadora de serviços públicos em regime de concorrência realizar licitação e celebrar contratos conforme previsto para a Administração Pública direta e autarquias. O artigo 173, § 1º, III, da CR/1988, previu a edição do estatuto jurídico das empresas estatais, que deve tratar da licitação e contratos dessas entidades, observados os princípios da Administração Pública. A previsão de regras de licitação e contratação diferenciada para as empresas estatais tem como finalidade permitir que essas entidades licitem e celebrem contratos de forma mais dinâmica, mais ágil, assim como os procedimentos de compra e contratos realizados pelas empresas privadas. A morosidade do procedimento licitatório pode causar prejuízo à empresa estatal, que terá como concorrente uma empresa que não se submete a procedimentos rígidos de compra. Ademais, as cláusulas exorbitantes, típicas do regime jurídico de direito público, podem tornar as contratações da Administração Pública mais onerosas, e, ao final, os bens e serviços da empresa estatal terão custos maiores que os mesmos bens e serviços do concorrente privado. Essa situação é prejudicial ao concorrente público e, portanto, gera concorrência desleal.

Por outro lado, a situação de superioridade do Estado pode ocorrer, por exemplo, em razão das obrigações tributárias. O artigo 173, § 1º, II, da CR/1988, previu a edição do estatuto jurídico das empresas estatais, no qual deve constar a submissão dessas entidades ao mesmo regime jurídico das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações tributários. Essa previsão tem como finalidade evitar situação de superioridade do concorrente público, já que, conforme o artigo 150, VI, a e § 2º, da CR/1988, é vedada a instituição de impostos sobre o

⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 82.

patrimônio, renda ou serviços entre os entes da Administração Pública direta e indireta. Logo, o concorrente público, no desempenho de sua atividade, teria custos menores que os concorrentes privados, que não possuem a mencionada imunidade constitucional. Essa situação gera prejuízo ao concorrente privado e, portanto, concorrência desleal.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, segundo o qual é obrigatória a adoção das empresas estatais nas hipóteses em que o Estado exerce qualquer espécie de atividade econômica concomitantemente com os particulares. Essa obrigação de paridade, segundo o autor, é necessária não somente para que as empresas estatais não sejam privilegiadas em detrimento dos concorrentes privados, mas também para impedir que o Estado se submeta a regime jurídico mais oneroso que o imposto aos concorrentes privados.⁹⁵

Do mesmo modo, Simone de Almeida Carrasqueira explica que o cerne do artigo 173, § 1º, não é distinguir o regime jurídico das empresas estatais com fundamento no objeto desempenhado, mas evitar a concorrência desleal e impedir que o tratamento privilegiado do Estado prejudique as empresas privadas que com ele concorrem. Logo, conclui que o aspecto fundamental do dispositivo constitucional é a existência ou não de regime concorrencial, de modo que tanto as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, quanto as prestadoras de serviço público submetem-se ao dispositivo constitucional, desde que as atividades sejam exploradas em ambiente competitivo.⁹⁶

Ressalta-se que, em sentido diverso do entendimento adotado neste trabalho, para os dois doutrinadores acima mencionados, no caso de exploração de atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio público, salvo se delegada também a empresas privadas, não há obrigatoriedade de adoção das empresas estatais, já que o critério determinante seria exclusivamente a existência de concorrência.

Conclui-se que o instrumento empresarial é obrigatório para a exploração de atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio ou concorrencial, assim como para a prestação de serviços públicos em regime de concorrência.

Por outro lado, tendo em vista que a obrigatoriedade de adoção do instrumento empresarial resulta, além da natureza da atividade econômica em sentido estrito, da existência ou não de concorrência, entende-se que o uso do instrumento empresarial é vedado para a prestação de serviços públicos em regime de exclusividade, já que nesta situação não existe

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 123.

⁹⁶ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Revisitando o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 263.

nenhuma das razões justificadoras da adoção do modelo empresarial, quais sejam, se tratar de atividade econômica em sentido estrito ou evitar a concorrência desleal.

Logo, o critério determinante para a definição do instrumento de organização administrativa é tanto a natureza da atividade (se serviço público ou atividade econômica em sentido estrito), quanto a existência ou não de concorrência.

A seguir será abordado o histórico das empresas estatais no Brasil e demonstrado que essas entidades foram criadas tanto para a prestação de serviços públicos, quanto para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito.

2.2 HISTÓRICO DAS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL

Inicialmente, é importante ressaltar que não é possível atribuir a um único fator o surgimento e evolução das empresas estatais brasileiras. Nesse sentido, Pedro Paulo de Almeida Dutra afirma que a evolução das empresas estatais brasileiras é fruto do acúmulo de fatores econômicos, políticos, administrativos e sociais que justificaram a atuação do Estado na economia.⁹⁷

Entende-se por fatores de natureza econômica a intenção do Estado, em sua maioria países em desenvolvimento, de estimular a melhoria socioeconômica, por meio do fornecimento de infraestrutura, produção de bens e serviços, financiamento de negócios privados etc. Já os fatores de natureza política são, essencialmente, os relacionados às questões estratégicas ou relativas aos benefícios gerados pelos monopólios. Os fatores de natureza administrativa, por sua vez, significam a intenção do Estado de descentralizar a Administração Pública, bem como de se esquivar das normas administrativas e financeiras aplicáveis à Administração Pública direta, autárquica e fundacional, que se caracterizam por serem mais rígidas, na contramão das normas aplicadas às empresas estatais, que precisam ser dotadas de maior autonomia e flexibilidade. Por fim, os fatores de natureza social são aqueles que justificam a criação das empresas estatais em razão da necessidade de produção de bens e serviços para as populações de baixo poder aquisitivo.⁹⁸

No Brasil, apesar de o surgimento das empresas estatais remontar, historicamente, à criação do Banco do Brasil em 1808⁹⁹, foi somente no final da década de 30 e início da década

⁹⁷ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 28-30.

⁹⁸ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 28-30.

⁹⁹ O Banco do Brasil foi criado por meio do alvará de 12 de outubro de 1808, foi extinto em 1829 e ressurgiu em 1853 como empresa privada; voltando a ser estatal em 1900. (TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo e Direito Privado nas Estatais*. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 151, p. 22-28, jan./mar. 1983;

de 40 do século XX que surgiram inúmeras sociedades de economia mista, período que correspondeu à reforma administrativa implementada por Getúlio Vargas.

Destaca-se que, antes de tal reforma, as Constituições brasileiras de 1824 e 1891 não fizeram qualquer referência às empresas estatais e não conferiram tratamento à ordem econômica, já que o Estado brasileiro não desempenhava a função de interventor na economia. A Constituição brasileira de 1934, por sua vez, foi a primeira na qual constou título referente à “Ordem Econômica e Social”, e, desde então, todas as Constituições dedicaram-se ao tema. Ressalta-se que, apesar da previsão expressa a respeito da ordem econômica e social, não havia qualquer dispositivo na Constituição de 1934 relativo às empresas estatais.

Em 1936, sob o governo de Getúlio Vargas (1930-1945), foi iniciada a primeira reforma administrativa brasileira, cuja execução ficou sob a responsabilidade do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), criado em 1938 com essa finalidade.¹⁰⁰

Segundo as explicações de Bilac Pinto, a ascensão das sociedades de economia mista nesse momento histórico coincidiu com a necessidade estatal de promover o desenvolvimento em vários aspectos. O Brasil, país com enorme extensão territorial, era carente de transporte ferroviário, energia elétrica, sistema de comunicações, e ainda não havia iniciado o processo de exploração mineral. Desse modo, o desenvolvimento estatal dependia da ampliação, eficiência e distribuição tanto de serviços públicos quanto de atividades econômicas em sentido estrito. Ademais, os poucos serviços que existiam, como de eletricidade, gás e telefone, eram mantidos pelo capital estrangeiro.¹⁰¹

Além da necessidade de dar início ao processo de desenvolvimento industrial, Mário Engler Pinto Júnior menciona as finalidades de superar crises agudas, reorganizar setores da economia e restringir a expansão do capital estrangeiro em setores considerados estratégicos, como fatores que justificaram a ampliação da atuação estatal por meio da instituição de sociedades de economia mista. Por fim, o doutrinador afirma que o “fenômeno estatizante brasileiro não teve conotação ideológica, mas foi fruto de circunstâncias históricas que exigiram respostas pragmáticas”.¹⁰²

e SCHIRATO, Vitor Rhein. Bancos estatais ou estado banqueiro? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 265-299. p. 254.).

¹⁰⁰ WAHRLICH, Beatriz M. Sousa. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas – uma apreciação geral. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 27-76, nov. 1974. p. 50. Nesse período foi aprovado o plano de classificação de cargos e introduzido o sistema de mérito (1936). Um órgão central de pessoal, material, orçamento, organização e métodos foi instituído em 1938, para dar execução à reforma (o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP).

¹⁰¹ PINTO, Bilac. *Da regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. atual. por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 53-54.

¹⁰² PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40.

Entre o fim de 1930 e início de 1940, ocorreu a criação e/ou estatização das seguintes sociedades de economia mista: Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939¹⁰³; Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941¹⁰⁴; e Companhia Vale do Rio Doce, em 1942¹⁰⁵. Noticia-se que nesse período foram criadas, no âmbito federal, 36 (trinta e seis) empresas do Estado.¹⁰⁶

É importante mencionar que a lei que autorizava a criação de cada uma dessas entidades disciplinava os seus contornos, já que inexistia norma geral que regulasse a organização da Administração Pública brasileira com previsão conceitual, forma de constituição, organização e/ou objeto das empresas estatais.

Conforme Marcos Bemquerer, a fase em que ocorreu a reforma administrativa foi decisiva para a organização do Estado brasileiro, exatamente em razão da estruturação da Administração Pública, com a criação de inúmeras sociedades de economia mista.¹⁰⁷

Registra-se que, de 1945 a 1959, nenhuma ação governamental relevante vocacionada a reformar a Administração Pública foi efetivada¹⁰⁸. Entre 1945 e 1950, período do governo Eurico Gaspar Dutra, ocorreu alteração na orientação político-econômica: a concepção do nacionalismo econômico baseado na convicção de que era possível desenvolver no país um capitalismo relativamente autônomo foi substituída pela crença nas relações de interdependência em nível mundial. Logo, pretendeu-se reduzir a intervenção estatal no domínio econômico. Em contrapartida, entre 1951 a 1954, ocorreu o retorno de Getúlio Vargas ao poder e, como consequência, a volta da concepção de governo baseado no capitalismo econômico, razão pela qual era necessário que o Estado assumisse papel mais ativo na economia, o que impulsionou a implementação de programas e instrumentos de política econômica, em especial a criação de empresas estatais no setor financeiro, de petróleo e energia elétrica.¹⁰⁹

¹⁰³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.186, de 3 de abril de 1939*. Cria o Instituto de Resseguros do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. [Revogado pelo Decreto-Lei nº 9.735, de 1946.]

¹⁰⁴ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.002, de 30 de janeiro de 1941*. Autoriza a constituição da Companhia Siderúrgica Nacional e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

¹⁰⁵ BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.532, de 1º de junho de 1942*. Encampa as Companhias Brasileiras de Mineração e Siderurgia S.A. e Itabira de Mineração S.A. e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942.

¹⁰⁶ REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 12.

¹⁰⁷ BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

¹⁰⁸ WAHRLICH, Beatriz M. Sousa. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas – uma apreciação geral. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 27-76, nov. 1974. p. 51.

¹⁰⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20-23.

Nesse sentido, constata-se a ocorrência, na década de 1950, de significativo crescimento do número de sociedades de economia mista, que já totalizavam, no âmbito federal, 69 (sessenta e nove).¹¹⁰ Destacam-se as seguintes entidades: Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDES), em 1952¹¹¹; Companhia Siderúrgica Paulista (COSIPA), em 1953¹¹²; Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS), em 1953¹¹³ e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (USIMINAS), em 1956¹¹⁴. Foi também nessa década que os Estados iniciaram o domínio da produção e distribuição de energia elétrica, o que culminou com a estatização da Companhia Hidroelétrica de São Francisco (CHESF)¹¹⁵, Furnas Centrais Elétricas S/A (FURNAS)¹¹⁶ e Companhia Energética de Minas Gerais S/A (CEMIG).¹¹⁷

No que se refere às empresas públicas brasileiras, a primeira delas somente foi instituída em 1956, qual seja, a Companhia Urbanizadora da Nova Capital¹¹⁸. Posteriormente, foram criadas a Rede Ferroviária Federal S/A, em 1957; a Companhia Brasileira de Armazenamento, em 1962; as Centrais Elétricas Brasileiras, em 1965; e a Empresa Brasileira de Turismo, em 1966.¹¹⁹

É importante mencionar que, nesse período, a despeito da instituição de inúmeras empresas estatais, ainda não existia lei geral que as disciplinasse, o que somente ocorreu em

¹¹⁰ REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 12.

¹¹¹ BRASIL. *Lei n. 1.628, de 20 de junho de 1952*. Dispõe sobre a restituição dos adicionais criados pelo art. 3º da Lei nº 1.474, de 26 de novembro de 1951, e fixa a respectiva bonificação; autoriza a emissão de obrigações da Dívida Pública Federal; cria o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; abre crédito especial e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1952.

¹¹² Ver Escritura da Constituição de 23 de novembro de 1953 em DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 32.

¹¹³ BRASIL. *Lei n. 2.004, de 03 de outubro de 1953*. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade por ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1953. [Revogada pela Lei nº 9.478, de 1997.]

¹¹⁴ Ver Escritura da Constituição de 25 de abril de 1956 em DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 32.

¹¹⁵ Somente em 1955 iniciou o funcionamento. (BRASIL. *Decreto-Lei n. 8.031, de 3 de outubro de 1945*. Autoriza a organização da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1945.)

¹¹⁶ BRASIL. *Decreto n. 41.066, de 28 de Fevereiro de 1957*. Concede autorização para funcionar como empresa de energia elétrica à Central Elétrica de Furnas S.A. - Furnas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1957.

¹¹⁷ Em 1961 integrou-se à Eletrobrás. (MINAS GERAIS. *Lei 828, de 14 de dezembro de 1951*. Dispõe sobre organização de sociedades de economia mista, destinadas a financiar e executar serviços de energia elétrica, e dá outras providências. Belo Horizonte: Estado de Minas Gerais, 1951.)

¹¹⁸ Não é uníssona a afirmação de que a Companhia Urbanizadora da Nova Capital tenha sido a primeira empresa pública brasileira. A respeito da controvérsia: MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Intervenção do Estado no domínio econômico*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional.

¹¹⁹ QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *A empresa pública no direito brasileiro: doutrina e legislação*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973. p. 20.

1967. Entretanto a Constituição da República de 1946¹²⁰, vigente à época, fez referência às sociedades de economia mista no artigo 48, no qual constava a vedação aos deputados e senadores para, a partir da expedição do diploma, celebrarem contratos com sociedades de economia mista; e no artigo 181, § 3º, cuja previsão era de impossibilidade de brasileiro, com idade para prestar serviço militar, exercer função pública ou emprego em sociedade de economia mista.

Embora entre 1945 a 1959 não tenha ocorrido nenhuma medida efetiva para reformar a Administração Pública brasileira, ressalta-se que em 1956 foi instituída comissão especial para efetivação de estudos a respeito da organização dos ministérios, descentralização gerencial, revisão de procedimentos contábeis e de auditoria. Porém não ocorreu nenhuma aprovação formal de reforma administrativa. Os projetos resultantes desses estudos, apesar de não terem sido aprovados pelo Legislativo, serviram de informações iniciais para o desenvolvimento da reforma implementada em 1967 pelo Decreto-Lei nº 200.¹²¹

A segunda reforma administrativa brasileira foi realizada em 1967, sob as justificativas da ineficiência do serviço público e seu não atendimento às demandas da coletividade; centralização excessiva da Administração Pública; inexistência de planejamento da ação administrativa e despreparo dos servidores para o exercício das funções de direção e assessoramento.¹²² Assim, o Decreto-Lei nº 200/1967 instituiu regras sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública Federal e previu o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle como princípios fundamentais das atividades desempenhadas.

O Decreto-Lei nº 200/1967 ainda previu maior autonomia às entidades da Administração Pública indireta, já que a descentralização era um dos princípios da reforma administrativa. Partiu-se do pressuposto de que a Administração Pública direta era rígida e que a Administração Pública indireta conseguiria desempenhar suas atividades com maior eficiência.¹²³

No que se refere às empresas estatais, o Decreto-Lei nº 200/1967 admitiu o provimento de empregos públicos sem realização de concurso público, a não submissão ao regime licitatório

¹²⁰ BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1946.

¹²¹ WAHRLICH, Beatriz M. Sousa. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas – uma apreciação geral. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 27-76, nov. 1974. p. 51-52.

¹²² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 189.

¹²³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 189.

e a ausência de limitação orçamentária. Essas características levaram parte da doutrina¹²⁴ a criticar o excesso de autonomia e flexibilidade concedido a essas entidades, sob o fundamento de que o excesso de flexibilidade possibilitou o uso das empresas estatais com finalidades políticas, o que contribuiu para sua ineficiência.

Além disso, o referido decreto forneceu pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio o conceito das empresas estatais. De acordo com a redação original de seu artigo 5º¹²⁵, as empresas públicas seriam entidades com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da Administração indireta, criadas para o desempenho de atividades de natureza empresarial que o Estado precise exercer por motivos de conveniência ou contingência administrativa e revestida de quaisquer das formas admitidas em direito. As sociedades de economia mista, por sua vez, foram definidas como entidades com personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração indireta.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 900, de 1969, alterou a redação original do artigo 5º, incisos II e III, nos seguintes termos:

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

[...]

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

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a **exploração de atividade econômica**, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.¹²⁶ (grifos nossos).

¹²⁴ BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 194-195.

¹²⁵ “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: [...] II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.).

¹²⁶ BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.

Constata-se que a alteração legislativa consistiu na substituição das expressões “atividades de natureza empresarial” e “atividade de natureza mercantil” por “exploração de atividade econômica”.

A respeito dessa alteração legislativa, Igor Volpato Bedone explica que, quando da edição do Decreto-Lei nº 200/1967, vigorava no Direito Comercial brasileiro a teoria dos atos de comércio, segundo a qual as atividades econômicas são classificadas em civis e comerciais. Assim, a expressão mercantil poderia confundir o intérprete a respeito de quais atividades poderiam ser objeto das empresas estatais, de modo que a alteração promovida pelo Decreto-Lei nº 900/1969 teve por finalidade superar eventual ambiguidade, revelando a preocupação do legislador em submeter às estatais qualquer atividade econômica levada a cabo pelo Estado, fosse ela, segundo o Direito vigente à época, mercantil ou civil.¹²⁷

Conforme redação do artigo 5º do Decreto-Lei nº 900/1969, o objeto das empresas estatais é a exploração de atividades econômicas, ou seja, serviço público ou atividade econômica em sentido estrito. Essa afirmação resulta da adoção da classificação proposta por Eros Roberto Grau, segundo a qual as atividades econômicas são gênero do qual são espécies os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, cuja distinção refere-se essencialmente à titularidade.¹²⁸

Destaca-se que sob a égide do Decreto-Lei nº 200/1967 ocorreu significativa expansão das empresas do Estado¹²⁹. Registra-se que, na década de 1960, existiam 123 (cento e vinte e três) estatais federais, ao passo que na década seguinte foram registradas 303 (trezentos e três).¹³⁰ Devido à expansão das empresas estatais nesse momento, alguns autores atribuem à reforma administrativa promovida pelo diploma legal a razão da ampliação das empresas do Estado.¹³¹

¹²⁷ BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 40.

¹²⁸ A classificação das atividades econômicas foi proposta por Eros Roberto Grau e foi abordada detidamente no item 2.1. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.).

¹²⁹ Empresas estatais criadas nas décadas de 1960 e 1970: Embratel; Cibrazem; Embratur; Embraer; Serpro e Embrafilme. Embrapas; Embrater; CEF; CMB; Siderbrás; consolidação da PETROBRAS; criação de 4 subsidiárias do BNDES; Finame; Embramec; Insumos Básicos S/A; Fibase; Ibrasa; Portobrás; Infraero; Arsa; Imbel e Nuclebrás. (DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 33-34.).

¹³⁰ REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 12.

¹³¹ WAHRLICH, Beatriz M. Sousa. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas – uma apreciação geral. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 27-76, nov. 1974. p. 52. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 191.

Mário Engler Pinto Júnior, embora também compartilhe de tal entendimento, não atribui exclusividade a esse fator. O doutrinador argumenta que a expansão se deu também em razão das condições favoráveis do cenário macroeconômico, da necessidade de desenvolvimento de infraestrutura básica, em especial nos setores de eletricidade e telecomunicações, e da diversificação e expansão da Petrobras e da Companhia Vale do Rio Doce.¹³²

Em outro sentido, José Maria Pinheiro Madeira afirma que dita expansão se justifica em razão de as empresas públicas poderem ser instituídas nas hipóteses de contingência e conveniência administrativa. Essa possibilidade, segundo o doutrinador, ampliou sobremaneira os casos de intervenção no domínio econômico, já que são conceitos subjetivos, muito diferentes do que constava da Emenda Constitucional nº 1/1969, que se caracterizava por ser mais restritiva, limitando a intervenção do Estado na economia por razões de segurança nacional e para a organização de setores que não podiam ser desenvolvidos com eficácia no regime competitivo e de liberdade de iniciativa.¹³³

Entende-se que o posicionamento do doutrinador justifica apenas parcialmente a expansão das empresas estatais, já que ele fundamenta somente o crescimento das empresas públicas, apesar de a expansão ocorrida nesse período ter incluído também as sociedades de economia mista.

Ademais, não é possível atribuir a um único fator a expansão das empresas estatais nacionais, motivo pelo qual não cabe afirmar que o aumento dessas entidades ocorrido após 1967 é consequência exclusiva da reforma administrativa. Esse crescimento é resultado não apenas das normas previstas no Decreto-Lei nº 200/1967 (flexibilidade conferida às empresas estatais no que se refere ao regime de contratação; ausência de provimento de empregos públicos por concurso público e subjetividade na definição do objeto das empresas públicas), mas também de fatores políticos (condições favoráveis do cenário macroeconômico) e econômicos (necessidade de desenvolvimento de infraestrutura básica).

Entre 1975 e 1982, as empresas estatais passaram por um processo de estagnação e/ou retração. De acordo com Mário Engler Pinto Júnior, o ano de 1975 marca o fim do período de expansão do setor empresarial público brasileiro. O autor relata que, a partir de 1976, as empresas estatais foram acusadas de serem as responsáveis pelos principais desequilíbrios macroeconômicos do país, em especial pelo déficit na balança de pagamentos e pelo aumento

¹³² PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

¹³³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública: centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 162.

da taxa de inflação. Em consequência, elas foram submetidas pelo governo a rígidos controles, como restrição para importação, investimento, endividamento etc.¹³⁴

Segundo as lições de Odete Medauar, esses mecanismos de controle das empresas estatais foram ineficazes, razão pela qual a partir da década de 1980 iniciou-se movimento no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou setores absorvidos pelo Estado, em fluxo inverso àquele ocorrido nas décadas de 1960/1970. De acordo com a doutrinadora, tal fato é resultado tanto de motivos pragmáticos, como a redução dos custos assumidos pelo Estado e da arrecadação de recursos, quanto de motivos políticos, com o fim de criar nova dinâmica econômica com inspiração nos modelos inglês (privatização da era Thatcher) e americano.¹³⁵

Nesse período de estagnação e/ou retração das empresas estatais foi editado o Decreto Federal nº 83.740/1979, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização. Entre outros, seus objetivos eram: o fortalecimento do sistema da livre empresa mediante o favorecimento das pequenas e médias e a consolidação das grandes empresas nacionais para que elas assumissem os encargos e atribuições que se encontravam sob a responsabilidade das empresas do Estado; o estímulo à execução indireta por meio de contratos com particulares e convênios com órgãos estaduais e municipais; bem como a contenção da criação indiscriminada de empresas públicas e a promoção da transferência do controle ao setor privado, sempre que possível.¹³⁶

Nesse mesmo ano foi criada a Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST), vinculada à Secretaria de Planejamento, em razão da necessidade de confluência da atuação dessas empresas às diretrizes políticas, econômicas e sociais do governo federal.¹³⁷ Registra-se que, desde o início da atuação da SEST, em 1979, até 1984, apesar de a Secretaria ter autorizado a instituição de 23 (vinte e três) empresas estatais, somente 5 (cinco) entraram efetivamente em funcionamento.¹³⁸

¹³⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37.

¹³⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 85.

¹³⁶ BRASIL. *Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979*. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1979.

¹³⁷ BRASIL. *Decreto n. 84.128, de 29 de outubro de 1979*. Dispõe sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. [Revogado pelo Decreto nº 99.606, de 1990.]; e REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 6.

¹³⁸ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 34-35.

No mesmo sentido do Programa Nacional de Desburocratização, cujo objetivo era o fortalecimento do sistema da livre empresa, foi editado, em 1981, o Decreto Federal nº 86.215, que fixou normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal.¹³⁹

Foi nesse contexto histórico de retração da criação de empresas estatais que, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República (CR/1988).¹⁴⁰

Segundo Marcos Bemquerer, o novo texto constitucional instituiu minirreforma administrativa em razão de ter promovido a equiparação entre a Administração Pública direta e indireta, a instituição do regime jurídico único e a alteração do regime celetista para o estatutário de milhares de agentes públicos.¹⁴¹

No que se refere à equiparação entre a Administração Pública direta e a indireta, o artigo 37 da CR/1988 disciplinou regras uniformes para ambas, entre as quais se destacam: provimento dos empregos públicos, assim como dos cargos públicos, mediante a realização de concurso público (artigo 37, II); teto remuneratório (artigo 37, XI) e submissão dos servidores e empregados públicos às mesmas vedações de acumulação de cargos e empregos (XVI e XVII). Em relação ao procedimento de licitação, destaca-se o artigo 22, XXVII, que previu a competência da União para editar normas gerais sobre licitação e contratação para toda a Administração Pública, sem ressaltar as peculiaridades das entidades da Administração Pública indireta, em especial das empresas estatais.¹⁴²

Em relação à instituição do regime jurídico único e à alteração do regime celetista para o regime estatutário, a redação original do artigo 39 previu que os entes federados instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas¹⁴³. Registra-se que a natureza do regime jurídico único é objeto de polêmica. Conforme ensina Florivaldo Dutra de Araújo, há entendimento no sentido da possibilidade de escolha entre os diferentes regimes de pessoal, ou seja, caberia ao ente estatal escolher a natureza do regime (estatutário, trabalhista/celetista ou um terceiro tipo) a ser aplicado a todos os servidores públicos; existe

¹³⁹ BRASIL. *Decreto n. 86.215, de 15 de julho de 1981*. Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 1981.

¹⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].

¹⁴¹ BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43-44.

¹⁴² As divergências doutrinárias a respeito da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para toda a Administração Pública serão abordadas no Capítulo 4.

¹⁴³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].

também posicionamento segundo o qual o regime dos servidores deve ter natureza exclusivamente estatutária e, ainda, a posição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, de acordo com a qual o regime jurídico não tem que ser necessariamente igual para todos os servidores de todas as pessoas integrantes da Administração Pública (uniformidade de regras por categorias de servidores). Por fim, ressalta-se que a interpretação do artigo 39 pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que o regime jurídico único tem natureza estatutária.¹⁴⁴

Em contrapartida, parcela dos doutrinadores afirma que a CR/1988 não implementou processo de reforma, mas sim retrocesso administrativo, na medida em que aquelas alterações consideradas como de reforma da Administração Pública caracterizavam-se como burocráticas.¹⁴⁵

Entende-se que a CR/1988 implementou reforma, já que instituiu inúmeras mudanças em todos os setores da Administração Pública, que implicaram alteração tanto da forma de pensar a gestão da coisa pública, quanto dos métodos a serem utilizados nessa gestão¹⁴⁶. As críticas relativas à excessiva burocratização da Administração Pública não são fundamento para negar a ocorrência da reforma, pois se trata de discordância em relação às modificações implementadas, de modo que, ainda que as alterações instituídas pela Constituição sejam consideradas, em alguns aspectos, retrocesso, não desqualificam a natureza de reforma da Administração Pública.

Após alterações na estrutura e funcionamento da Administração Pública promovidas pela CR/1988, o processo desestatizante, iniciado em 1979, teve continuidade. Assim, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.031, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Foi no âmbito desse programa que as primeiras privatizações¹⁴⁷ ocorreram, em especial a alienação do

¹⁴⁴ ARAUJO, Florivaldo Dutra de. Regime jurídico único. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional.

¹⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 1995. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 50, n. 4, p. 5-30, out./dez. 1999. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 199. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

¹⁴⁶ Adota-se o conceito genérico de reforma administrativa, empregando-o para se referir à “concepção de uma alteração global que afeta todos os setores da Administração Pública, haja vista que implicam uma mudança de mentalidade, da forma de pensar a gestão da coisa pública e dos métodos utilizados no gerenciamento dessa gestão.” (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 171.).

¹⁴⁷ Conforme lições de Odete Medauar “A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. Com esse sentido, abrangeria a desregulamentação e a privatização. A desregulamentação consiste na eliminação total ou parcial de normas

controle acionário de estatais dos setores de metalurgia e siderurgia. De acordo com as lições de Mário Engler Pinto Júnior, esse programa marcou o movimento mais incisivo em prol das privatizações, já que tinha como premissa a necessidade de modificar a percepção a respeito do papel das empresas estatais na economia brasileira.¹⁴⁸

Posteriormente, com a vigência da Lei nº 9.491, de 1997, que alterou os procedimentos relativos ao programa mencionado sem, contudo, alterar seu objetivo final de desestatização, foram realizadas diversas privatizações, tanto de estatais prestadoras de serviços públicos, quanto de exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Ressalta-se que esse movimento de privatizações, que teve início no âmbito federal, foi também incorporado pelos Estados, que passaram a transferir à iniciativa privada inúmeras empresas estatais, notadamente as prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras.¹⁴⁹

A respeito da continuidade desse processo desestatizante, Alexandre Santos de Aragão menciona que não se trata de característica exclusiva do Brasil, pois ocorreu simultaneamente em todo o Ocidente e no Leste Europeu, em razão do crescente déficit público, da derrota do bloco socialista na Guerra Fria, da liberalização de mercados e da globalização.¹⁵⁰

Entre os anos de 1995 e 1999, foi implementada a Reforma Administrativa Gerencial, cujo objetivo geral foi a transição da administração pública burocrática para a administração pública gerencial, cujo cerne é a eficiência. A respeito dessa reforma administrativa, faz-se necessário tecer as seguintes considerações.

Em 1995, foi instituído o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE)¹⁵¹, cuja atribuição era definir as políticas e diretrizes da reforma do Estado e da Administração Pública. No mesmo ano, foi elaborado o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), no qual restou consignada a necessidade de redefinição do papel estatal com o fim de estabilizar a economia, promover o desenvolvimento sustentável do país e

incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a *privatização* aparece, num sentido amplo, para expressar o controle a participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e, em sentido restrito, como transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado.” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 86.). No trabalho é adotado o sentido restrito do termo privatização.

¹⁴⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50.

¹⁴⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33.

¹⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 41.

¹⁵¹ BRASIL. *Medida Provisória n. 813, de 1º de janeiro de 1995*. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

proporcionar serviço público mais eficiente. Conforme consta do PDRAE, era necessário distinguir reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado.¹⁵²

A reforma do Estado era considerada mais ampla, pois consistia na modificação da função estatal de produtor e executor dos bens e serviços para promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social; ao passo que a reforma do aparelho do Estado tinha escopo mais restrito, pois significava as alterações que deveriam ser efetivadas na Administração Pública para torná-la mais eficiente.¹⁵³

De acordo com o PDRAE, o aparelho do Estado seria formado por quatro setores: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas do Estado, os serviços não exclusivos ou competitivos, e a produção de bens e serviços para o mercado; assim caracterizados. O núcleo estratégico seria aquele responsável pela definição das leis e políticas públicas, que no âmbito federal compete ao Presidente da República, Ministérios, Tribunais Federais, Supremo Tribunal Federal e Ministério Público. Já as atividades exclusivas do Estado seriam aquelas prestadas exclusivamente por ele em razão do exercício do poder extroverso, constituídas pelas atividades de legislar, tributar e fomentar. Em contrapartida, os serviços não exclusivos ou competitivos seriam aqueles em que o Estado deveria atuar simultaneamente com as organizações públicas não estatais e privadas, tais como os serviços de saúde e educação. Por fim, o setor de produção de bens e serviços para o mercado diria respeito à área de atuação das empresas.¹⁵⁴

Importante registrar que, apesar de existirem empresas estatais que prestam serviço público, que exploram atividade econômica em sentido estrito, bem como que desempenham outras atividades, o PDRAE fez referência às empresas estatais de modo genérico, como produtoras de bens e serviços. Não houve, portanto, alusão à dicotomia das empresas estatais em relação ao objeto desempenhado.

No que se refere às empresas estatais, o Plano Diretor estabelece como objetivos a continuidade do processo de privatização; a reorganização e fortalecimento dos órgãos de

¹⁵² BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. p. 12.

¹⁵³ BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. p. 12.

¹⁵⁴ BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

regulação dos monopólios naturais que forem privatizados e a implantação dos contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas.¹⁵⁵

A reforma administrativa prevista no PDRAE foi implementada por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, que modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e pela Emenda Constitucional nº 20/1998, que alterou o sistema de previdência social.

No que se refere ao objeto deste trabalho, qual seja, o critério determinante do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, a alteração constitucional relevante foi a implementada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou os artigos 22, XXVII, e 173.

A redação original do artigo 22, XXVII, da CR/1988, previa a competência da União para a edição de normas gerais de licitação e contratos para toda a Administração Pública direta e indireta, sem qualquer ressalva em relação às empresas estatais. Após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o referido dispositivo estabeleceu que compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da federação, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, de acordo com o previsto no artigo 173, § 1º, III.

A alteração promovida no artigo 173 foi a inclusão, no § 1º, de previsão de edição de lei que dispusesse sobre o estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. De acordo com os incisos do dispositivo constitucional mencionado, o estatuto das empresas estatais deveria abordar os seguintes temas: função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; 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 administradores.¹⁵⁶

¹⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 1995. p. 47.

¹⁵⁶ É importante ressaltar que, com a alteração promovida no artigo 173 pela Emenda Constitucional nº 19/98, a doutrina passou a divergir a respeito da abrangência do estatuto jurídico, que deveria ser editado nos termos do artigo 173, § 1º. Debateu-se se a incidência do estatuto englobaria toda e qualquer empresa estatal ou somente aquelas cujo objeto fosse a exploração de atividade econômica em sentido estrito, conforme será detidamente analisado no capítulo 4.

O estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, da CR/1988, foi editado 18 anos após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Trata-se da Lei nº 13.303/2016, que será abordada no capítulo 4.

Apesar da impossibilidade de atribuir a um único fator a retração ou expansão das empresas estatais, ressalta-se que na década de 1990, durante a qual foi implementada a reforma administrativa que tinha como objetivo, entre outros, dar continuidade ao processo de privatização, ocorreu a diminuição dessas entidades, já que existiam, na década de 1980, 382 (trezentos e oitenta e duas) empresas estatais, que foram reduzidas, na década seguinte, para 186 (cento e oitenta e seis).¹⁵⁷

Após as Emendas Constitucionais nºs 19/1998 e 20/1998, não foi implementada nenhuma reforma administrativa. Entretanto, entre os anos de 2004 e 2011, o processo de privatização teve continuidade, o que se comprova, por exemplo, pela alienação de participações estatais minoritárias em empresas de telefonia e na Vale do Rio Doce, venda de ações que representavam 7,6% do capital do Banco do Brasil e alienação de participações estatais minoritárias em bancos estaduais do Ceará e Maranhão, que haviam sido federalizados¹⁵⁸. Logo, ocorreu a redução do número de empresas estatais, já que nos anos 2000 existiam 103 (cento e três) empresas estatais federais, 83 (oitenta e três) entidades a menos do que na década de 1990.¹⁵⁹

Ao contrário do cenário de retração de empresas estatais, que marcou as décadas de 1990 e 2000, a partir de 2008 ocorreu a ampliação da atuação do Estado na economia, o que se comprova pela expansão das empresas estatais, que em 2010 somavam 138 entidades federais.¹⁶⁰ Segundo Alexandre Santos de Aragão, esse fato pode ser consequência da crise econômica ocorrida em 2008, chamada de crise do *subprime*, gerada, em parte, pela excessiva

¹⁵⁷ REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 12.

¹⁵⁸ FERAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Panorama dos programas brasileiros de privatização: trinta anos depois da Constituição. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 97-105.

¹⁵⁹ REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 12.

¹⁶⁰ REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 12.

liberalização de mercados financeiros.¹⁶¹ Registra-se, ainda, a expansão das empresas estatais federais, que em 2016 totalizavam 154 (cento e cinquenta e quatro)¹⁶².

Em 2016, foi promulgada a Lei nº 13.334, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.¹⁶³ O programa tinha como premissa mitigar a intervenção estatal na economia e, por isso, retomou os princípios que nortearam o Programa Nacional de Desestatização de 1990/1997.¹⁶⁴ De acordo com o boletim das empresas estatais divulgado pelo Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, de 2016 até o fim de 2018, verificou-se a redução das empresas estatais, já que em 2016 existiam 154 (cento e cinquenta e quatro), em 2017 eram 146 (cento e quarenta e seis) e no quarto trimestre de 2018 somavam 134 (cento e trinta e quatro).¹⁶⁵

A partir do histórico descrito, constata-se a ausência de uniformidade na instituição das empresas estatais, que ora se expandem, ora se retraem pelas mais variadas razões, motivo pelo qual se afirma que a instituição dessas entidades reflete um movimento cíclico, resultado da maior ou menor atuação do Estado na ordem econômica.^{166 167}

No item a seguir será analisada a definição legal das empresas estatais.

2.3 EMPRESAS ESTATAIS: DEFINIÇÃO LEGAL

Compete ao Estado o desempenho de inúmeras atividades, quais sejam, o exercício do poder de polícia, a regulação econômico-social, o fomento, a prestação de serviços públicos e,

¹⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 42-43. A relação da expansão das empresas estatais com a crise econômica de 2008 também consta do histórico do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (DEST). (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. *Empresas Estatais. Histórico*. [2019].).

¹⁶² REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. p. 12.

¹⁶³ BRASIL. *Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016*. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. [Conversão da Medida Provisória nº 727, de 2016.]

¹⁶⁴ FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Panorama dos programas brasileiros de privatização: trinta anos depois da Constituição. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 97-105.

¹⁶⁵ BOLETIM DAS EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS, Brasília, DF, MP, n. 9 [4º trimestre de 2018], mar. 2019.

¹⁶⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *O caráter cíclico da intervenção estatal*. *Revista de Economia Política*, v. 9, n. 3, p. 115-130, jul./set. 1989.

¹⁶⁷ A respeito do histórico das empresas estatais, ver: LEITE, Sandro Grangeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 109, p. 99-110, maio/ago. 2007. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/440>. Acesso em: 5 jun. 2019.

excepcionalmente, a exploração direta de atividade econômica em sentido estrito¹⁶⁸. Logo, o Estado precisa organizar o modo como desempenhará essas atribuições.

Conforme as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, na centralização administrativa ocorre o exercício direto das funções estatais e, nesse caso, as atribuições são organizadas por meio da desconcentração¹⁶⁹, que significa a distribuição interna das competências aos órgãos públicos, que são “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”.¹⁷⁰

O modo centralizado de organização das atividades administrativas era suficiente para o adequado exercício das atribuições estatais no período em que estas eram restritas à defesa externa e segurança interna. Entretanto, conforme já abordado neste capítulo, a ampliação da atuação estatal e a demanda cada vez maior da coletividade por novas atribuições geraram a necessidade de serem pensados outros modos de organização.

Assim, passou-se a utilizar a descentralização, modo de organização por meio do qual ocorre a transferência de atribuições a outras pessoas, físicas ou jurídicas, com o fim de deslocar do ente central as atividades até então desempenhadas diretamente. Trata-se de modo de organização cujas espécies são a descentralização política¹⁷¹ e a descentralização administrativa.

A descentralização administrativa constitui a transferência da titularidade e/ou do exercício da atividade estatal aos particulares ou a outras pessoas jurídicas, cujas espécies são: a descentralização territorial ou geográfica; a descentralização por serviços, funcional ou técnica; e a descentralização por colaboração.¹⁷²

¹⁶⁸ A doutrina propõe diversas classificações a respeito das atividades desempenhadas pelo Estado e a mencionada nesse trabalho foi a proposta por Marçal Justen Filho. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.).

¹⁶⁹ Ressalva-se o entendimento de José Cretella Júnior que denomina a distribuição interna de competência aos órgãos públicos de descentralização orgânica e não desconcentração, conforme utilizado neste trabalho. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4. ed., atual., reescrita e rev. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69-71.).

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 144.

¹⁷¹ Denomina-se descentralização política, a hipótese de transferência de atribuições a outra pessoa jurídica com competência legislativa própria e fundamento direto na Constituição. A federação brasileira é exemplo de descentralização política, uma vez que formada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, entes com poderes de autoconstituição, autogoverno, autolegislação e autoadministração. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44-52.).

¹⁷² Ressalva-se que não há unanimidade na doutrina no que se refere ao tratamento autônomo conferido à descentralização por colaboração. Neste trabalho foi adotada a classificação proposta por Maria Sylvania Zanella Di Pietro na obra DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.

Conforme ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro, constitui descentralização administrativa territorial ou geográfica a atribuição de personalidade jurídica de Direito Público a entidade local geograficamente delimitada, com capacidade de autoadministração, sujeita a controle pelo poder central e capacidade para exercer a maioria dos encargos públicos de interesse da coletividade.¹⁷³

Consoante as lições da mesma doutrinadora, configura descentralização administrativa por serviços/funcional/técnica a transferência da titularidade e da execução de atribuições da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios a pessoa jurídica de direito público ou privado cuja origem deriva diretamente da lei ou é por ela autorizada, com capacidade de autoadministração, patrimônio próprio, capacidade específica para desempenhar as atribuições para as quais foi instituída, bem como sujeita a controle ou tutela.¹⁷⁴

Por fim, a descentralização administrativa por colaboração consiste na transferência da execução do serviço público a pessoa jurídica de direito privado, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, com a manutenção da titularidade do serviço pelo ente político. Ressalta-se que também faz parte dessa espécie a transferência do serviço público a pessoa física, conforme artigo 2º, IV, da Lei nº 8.987/1995¹⁷⁵, que trata da permissão de serviços públicos. Assim, constituem descentralização por colaboração, por exemplo, a concessão tradicional, patrocinada e administrativa, a permissão e a autorização de serviço público.¹⁷⁶

A respeito da descentralização administrativa, parcela dos doutrinadores pátrios¹⁷⁷ afirma que possui conceito conexo àquele que se atribui à Administração Pública indireta. Esclarecem que ela pressupõe a transferência de atividade própria da Administração Pública sobre a qual detenha titularidade e que as entidades da Administração Pública indireta devem ter como objeto, necessariamente, atividades próprias da Administração Pública. Logo,

¹⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44-52.

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44-52.

¹⁷⁵ BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

¹⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44-48.

¹⁷⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4. ed., atual., reescrita e rev. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17-18. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

conforme esse entendimento, toda entidade da Administração Pública indireta decorre de descentralização administrativa.

Em que pese o posicionamento doutrinário mencionado, o Decreto-Lei nº 200/1967¹⁷⁸, que disciplinou a organização da Administração Pública Federal, cuidou de modo diverso do assunto nos artigos 10, § 1º, III, e 4º.

Conforme consta do artigo 10, § 1º, III, do Decreto-Lei nº 200/1967, um dos planos para a efetivação da descentralização administrativa é a transferência da execução das atividades para os particulares, mediante contratos ou concessões.¹⁷⁹ Sendo assim, pode-se afirmar, nos termos do referido diploma, que a atividade administrativa prestada pelos particulares por meio de concessão, permissão ou autorização constitui descentralização administrativa. Entretanto os concessionários, permissionários e autorizados não integram o rol do artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, ou seja, não integram a Administração Pública indireta.

Ademais, o artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/1967 dispõe que as empresas estatais integram a Administração Pública indireta e não faz qualquer ressalva a respeito da espécie de atividade desempenhada pela empresa, o que significa que a entidade pode ter como objeto tanto a prestação de serviço público, atividade própria da Administração Pública, quanto a exploração de atividade econômica em sentido estrito, atividade excepcional da Administração Pública e própria dos particulares. Ressalta-se que resulta da interpretação do artigo 173 da CR/1988 que a exploração de atividades econômicas em sentido estrito somente ocorre em situações excepcionais, já que é própria dos particulares, bem como que essa exploração pode ocorrer unicamente mediante a adoção dos instrumentos empresariais (empresas estatais).¹⁸⁰ Logo, é vedada a exploração de atividades econômicas em sentido estrito de modo centralizado, razão pela qual não há que se falar que a exploração dessa atividade pelo Estado constitui

¹⁷⁸ “Art. 4º A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.).

¹⁷⁹ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.).

¹⁸⁰ No mesmo sentido, previsão expressa do artigo 2º da Lei nº 13.303/2016: “a exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”. (BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.).

descentralização administrativa. Trata-se, portanto, de modo de intervenção do Estado no domínio econômico.¹⁸¹

Assim, constata-se, conforme mencionado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que a opção legislativa foi no sentido de adotar o critério orgânico/subjetivo, ou seja, basta que integrem o rol de entidades da Administração Pública indireta previsto no artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, independente dos critérios da natureza da atividade desenvolvida e/ou da personalidade jurídica da entidade.¹⁸²

Entende-se que a opção por esse critério não viola a Constituição da República de 1988, já que não existe, seja expressamente ou a partir de interpretação sistêmica do texto constitucional, obrigatoriedade de toda entidade da Administração Pública indireta resultar de descentralização administrativa.¹⁸³ Logo, todas as empresas estatais integram a Administração Pública indireta, mas aquelas que exploram atividades econômicas em sentido estrito não se originam de descentralização administrativa, apenas constituem modo de intervenção estatal no domínio econômico.

As empresas estatais, tanto as que resultam de descentralização administrativa, quanto as que constituem modo de intervenção estatal no domínio econômico, são instrumentos à disposição do Estado para o desempenho de atividades por ele assumidas. Desse modo, nos itens a seguir serão analisadas as características desse instrumento.

A definição legal de empresa pública e sociedade de economia mista, conforme mencionado no item 2.2, foi formulada, pela primeira pela vez, pelo Decreto-Lei nº 200/1967¹⁸⁴, e alterada, posteriormente, pelo Decreto-Lei nº 900/1969, nos seguintes termos:

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

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

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 50. FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 8. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 96.

¹⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 158-160.

¹⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 481. MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública: centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 164.

¹⁸⁴ BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.

de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.¹⁸⁵

Destaca-se que, apesar de os incisos estabelecerem que as empresas estatais são criadas por lei, a interpretação do dispositivo firmou-se no sentido de que a lei somente autoriza a criação. Esse entendimento se justifica por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, cuja criação depende da inscrição do ato constitutivo da empresa no respectivo registro, conforme previsto no Código Civil¹⁸⁶. Por essa razão, o artigo 37, XIX, da CR/1988 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19/1998 para prever, expressamente, que a lei deverá autorizar a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista.¹⁸⁷

Em relação à formação do capital das empresas públicas, ao contrário do expressamente disposto no artigo 5º, II, que prevê a exclusividade do capital da União, admitia-se a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público interno e de entidades da Administração Pública indireta de todas as esferas da federação, desde que a maioria do capital votante pertencesse à União¹⁸⁸. Ressalta-se que esse entendimento foi expressamente previsto no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 13.303/2016, conforme transcrito a seguir.

A definição legal das empresas estatais conforme o Decreto Lei nº 200/1967 prevaleceu até a edição, em 30 de junho de 2016, da Lei nº 13.303¹⁸⁹, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista no âmbito de todas as unidades federadas. Conforme a Lei nº 13.303/2016, as empresas estatais foram definidas nos seguintes termos:

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

¹⁸⁵ BRASIL. *Decreto-Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969*. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1969.

¹⁸⁶ “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.” (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.).

¹⁸⁷ “Art. 37. [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 191.

¹⁸⁹ BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.¹⁹⁰

Nota-se que as diferenças entre as duas espécies de empresas estatais consistem na composição acionária e na forma societária, do mesmo modo que sob a égide da legislação anterior.

O capital das empresas públicas é constituído integralmente por capital público, ainda que não necessariamente por um único ente da federação, ao passo que nas sociedades de economia mista conjugam-se o capital público e o privado, desde que as ações com direito a voto sejam majoritariamente pertencentes aos entes federados ou a entidades da Administração Pública.

Em relação à forma societária, as empresas públicas podem adotar quaisquer das formas empresariais admitidas no Direito, ao passo que as sociedades de economia mista devem, necessariamente, adotar a forma de sociedade anônima.

Ademais, destaca-se a diferença relativa ao foro competente para dirimir eventuais conflitos que envolvam as empresas estatais. O artigo 109, I, da CR/1988, dispõe que as demandas que envolvam as empresas públicas federais serão de competência da Justiça Federal, ao passo que as demandas em que as sociedades de economia mista federais sejam parte serão de competência da Justiça Estadual.

Ressalta-se que ambas as espécies de empresas estatais possuem personalidade jurídica de direito privado, formato empresarial e dependem de lei que autorize sua criação.

Tendo em vista que o objeto do trabalho consiste em verificar qual o critério determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, faz-se necessário analisar se as características constantes da definição legal dessas empresas, em especial a personalidade jurídica de direito privado e a forma empresarial, devem servir de diretriz para a definição do regime jurídico das empresas estatais, o que será feito no capítulo a seguir.

¹⁹⁰ BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

3 DIRETRIZES GERAIS PARA DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

A respeito da definição do regime jurídico das empresas estatais, Ricardo Marcondes Martins afirma que é necessário compreender uma diretriz hermenêutica fundamental, qual seja, deve-se considerar como pressuposto para a definição do regime jurídico a expressão “estatal” e não a expressão “empresa”.¹⁹¹

O autor explica que parte dos doutrinadores pátrios cometem dois vícios ao estudar o tema objeto deste trabalho, pois partem de premissas teóricas equivocadas decorrentes do apego com o direito privado. Conforme seu entendimento, o primeiro vício consiste em admitir que o Estado possa, assim como o particular, submeter-se ao regime de direito privado. O segundo diz respeito a estudar o Direito Público tendo como premissa o direito privado e, assim, considerar a teoria geral do direito privado como teoria geral do direito.¹⁹²

No que se refere ao primeiro vício, Ricardo Marcondes Martins explica que o regime privado se fundamenta na liberdade individual e na autonomia privada, o que o torna incompatível com a natureza do Estado, que nada mais é do que instrumento para a consecução do bem comum.¹⁹³

O segundo vício, apontado por Ricardo Marcondes Martins como mais grave que o anterior, refere-se ao equívoco de parte da doutrina em estudar as empresas estatais a partir do conceito privado de empresa, qual seja, atividade com finalidade lucrativa. Afirma que se trata de conceito incompatível com a atuação administrativa, cuja finalidade é a satisfação do interesse público. Conclui que as empresas estatais nem sequer podem ser consideradas empresas propriamente ditas, motivo pelo qual seu conceito deve ser reformulado em razão das particularidades da Administração Pública.¹⁹⁴

¹⁹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 28-36.

¹⁹² MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 28-36.

¹⁹³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 28-29.

¹⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 24-36.

Destaca-se que o mencionado entendimento orienta a conclusão do autor no sentido de que é a natureza da atividade, ou seja, serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, o critério que determina o regime jurídico das empresas estatais.

Nos itens a seguir serão analisadas características das empresas estatais com o fim de responder ao problema proposto. Ou seja, a partir das características analisadas, indaga-se se a espécie da atividade econômica em sentido amplo (critério dicotômico) é o único fator determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais.

3.1 PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

É necessário analisar em que medida a personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais é determinante para a definição de seu regime jurídico, notadamente o regime jurídico de licitação e contratos.

Inicialmente, deve-se distinguir as pessoas jurídicas de Direito Público das pessoas jurídicas de direito privado. Segundo Carlos Ari Sunfeld, aquelas são regidas por normas de Direito Público em sua organização e nas relações com terceiros, ao passo que estas têm sua estrutura e relações com terceiros estabelecidas por normas de direito privado.¹⁹⁵

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, apesar de haver distinção entre pessoa de Direito Público e pessoa de direito privado, existem diferentes níveis de distinção, já que a funcionalidade da diferenciação, em algumas situações, é extremamente baixa. O doutrinador menciona como exemplo as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, hipótese em que a funcionalidade da distinção é mínima em razão da incidência de princípios e regras de Direito Público fundamentais para a proteção da atividade desempenhada, do controle dos agentes públicos e da proteção dos administrados. Assim, conforme esse entendimento, é a atividade desempenhada pela empresa estatal que determina o grau de funcionalidade da distinção entre pessoas de Direito Público e pessoas de direito privado.¹⁹⁶

Em razão dos níveis de funcionalidade da distinção entre pessoas de Direito Público e de direito privado, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que não se deve dar primazia à personalidade jurídica de direito privado em detrimento do que é realmente essencial, que, segundo o doutrinador, é seu caráter de ente auxiliar. E é a partir da compreensão de que as

¹⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 68.

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 17, n. 71, p. 111-117, jul./set. 1984. p. 335-336.

empresas estatais são entidades auxiliares da Administração Pública que seu regime jurídico deve ser interpretado.¹⁹⁷

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau afirma que as empresas estatais sofrem o influxo de diversos níveis ou modelos de regimes jurídicos. Segundo o doutrinador, para definição desses regimes, além da análise da atividade desempenhada (serviços públicos ou atividade econômica em sentido estrito), faz-se necessária a distinção entre o regime jurídico estrutural e regime jurídico funcional.¹⁹⁸

Conforme as lições do doutrinador, o regime jurídico estrutural é seu formato institucional, ao passo que o regime jurídico funcional se refere ao desenvolvimento das atividades. No tocante ao desenvolvimento das atividades, pode-se falar em regime jurídico funcional interno, que é aquele pertinente à relação entre a empresa estatal e o Estado, bem como em regime jurídico funcional externo, que diz respeito à relação entre a empresa estatal e terceiros. Na linha de entendimento do autor, o tema relativo à licitação e contratos, por se tratar de relação da estatal com terceiros, é pertinente ao regime jurídico funcional externo.

Ademais, Eros Roberto Grau explica que não há qualquer interpenetração necessária entre os regimes estrutural e funcional. Como exemplo, menciona que o princípio da supremacia do interesse público orienta a atuação estatal no interior da sociedade de economia mista, ou seja, em seu aspecto estrutural (posição assimétrica em relação aos acionistas privados). Porém, se o objeto desempenhado por essa entidade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito, seu regime jurídico funcional externo não deve ser orientado pelo mencionado princípio. Por outro lado, se o objeto da entidade for a prestação de serviço público, o regime funcional externo deve ser orientado pelo princípio da supremacia do interesse público. Logo, uma mesma empresa estatal se submete a princípios distintos, que variam conforme o aspecto estrutural ou funcional da entidade, bem como conforme a atividade desempenhada.

Em que pese a definição de que as pessoas jurídicas de direito privado são aquelas que têm sua estrutura e relação com terceiros regidas por normas de direito privado, é incorreto afirmar que as empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado, regem-se, integralmente, por normas de direito privado. Essa vedação decorre do fato de que tais entidades integram a Administração Pública indireta e se submetem a inúmeras normas de Direito Público por

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 17, n. 71, p. 111-117, jul./set. 1984. p. 329-330.

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*: (interpretação e crítica). 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 115-116.

expressa previsão constitucional, entre as quais se destacam os princípios da Administração Pública¹⁹⁹, o controle das contas pelo Tribunal de Contas²⁰⁰, a obrigatoriedade de realização de concurso público²⁰¹ e a vedação de acumulação de empregos públicos²⁰². Assim, afirma-se que as empresas estatais se submetem a regime jurídico híbrido, o que será mais detidamente analisado no item a seguir.

3.2 REGIME JURÍDICO HÍBRIDO

A dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado remonta ao Direito romano e desde então tem sido objeto de polêmicas.

Conforme lições de Florivaldo Dutra de Araújo, desde a origem da dicotomia vários critérios foram desenvolvidos com o fim de estabelecer as diferenças entre o Direito Público e o Direito Privado. Entre eles destacam-se: a teoria dos interesses (da utilidade ou do interesse protegido), segundo a qual o Direito Público se refere ao Estado, aos interesses públicos, ao passo que o direito privado se refere ao particulares e, portanto, aos interesses privados; a teoria do sujeito da relação jurídica, que estabelece a distinção de acordo com as partes da relação jurídica, de modo que a presença da entidade pública atrai a incidência do Direito Público, e nas relações nas quais estão presentes somente os particulares incide o direito privado; e a teoria da coordenação/subordinação, cujo traço distintivo entre o Direito Público e o Privado é o poder de império, isto é, incide o Direito Público nas relações em que existe subordinação entre os sujeitos e incide o direito privado nas situações em que os sujeitos estão em posição de igualdade, ou seja, relação de coordenação.²⁰³

¹⁹⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

²⁰⁰ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

²⁰¹ “Art 37. [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a com

²⁰² “Art 37. [...] XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

²⁰³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 143-144.

Maria João Estorninho explica que a bipartição do Direito em Público e Privado é produto dos ideais liberais, pois fundamenta-se na distinção entre Estado e sociedade e na necessária incidência de regras distintas entre eles. A autora esclarece que, em razão da crise do liberalismo, o Estado assumiu inúmeras atividades antes exercidas pelos particulares, de modo que o comportamento estatal, até então liberal, alterou-se para intervencionista. Conforme a autora, ocorreu progressiva invasão do Direito Público nas mais variadas áreas da vida social e, no sentido contrário, o direito privado passou a influenciar diversos setores do Estado.²⁰⁴

Em razão da mudança do papel do Estado, ou seja, em função da passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, os limites entre o Direito Público e o Direito Privado se estreitaram. Nesse sentido, Maria João Estorninho conclui:

Assim, na verdade, pode dizer-se que houve um fenômeno de <<compenetração>> destes dois domínios e parece-me inevitável reconhecer que estes movimentos de <<aproximação e inter-ligação dos dois domínios>>, levam a uma situação de <<miscelânea>> que acaba por dificultar ainda mais a distinção que, de qualquer modo, há muito já era polêmica.²⁰⁵

A respeito da influência do Direito Privado no âmbito do Direito Público, pode-se mencionar a adoção do modelo empresarial por meio, inicialmente, das sociedades de economia mista e, em seguida, das empresas públicas. O uso do modelo empresarial teve início, conforme já tratado no capítulo 2, com a ampliação das finalidades estatais, razão pela qual novas formas de organização passaram a ser utilizadas, e a forma de organização empresarial, até então empregada somente para o desempenho de atividades privadas, tornou-se uma das opções à disposição do Estado para sua organização.

Em relação à influência do Direito Público no âmbito do Direito Privado especificamente no Direito brasileiro, pode-se mencionar o que parte da doutrina denomina de constitucionalização do Direito Civil.²⁰⁶ Os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* hoje são interpretados à luz dos princípios da boa-fé objetiva²⁰⁷, do combate ao abuso

²⁰⁴ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 154-155.

²⁰⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 157.

²⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22.

²⁰⁷ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.).

do poder econômico e da vedação ao aumento arbitrário dos lucros²⁰⁸, da defesa do consumidor, da proteção à parte hipossuficiente²⁰⁹, entre outros.

Outro exemplo de influência do Direito Público sobre o Privado é a impossibilidade de constituição de empresas por particulares como instrumento exclusivo da consecução de interesses privados, pois o exercício de atividades econômicas pelos particulares por meio de empresas deve pautar-se nos fundamentos e princípios da ordem econômica. Nessa perspectiva, é o entendimento de Rafael Wallbach Schwind:

A empresa não é um instrumento de realização exclusiva de interesses privados. Ela também se vincula à realização dos objetivos consagrados no artigo 3º da Constituição Federal, que orientam, na realidade, toda a Ordem Econômica. Vale dizer, o sucesso no desempenho de uma atividade econômica organizada empresarialmente pode propiciar o desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade menos desigual. Há, portanto, uma funcionalização da empresa como instrumento de realização de objetivos nacionais essenciais.²¹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar da interligação entre o Direito Público e o Direito Privado e das modificações que ocorreram ao longo do tempo, menciona uma primeira fase denominada de “primado do direito civil”, seguida da fase da publicização do Direito Civil e, por fim, da fase do duplo movimento, na qual acontece a privatização do Direito Público (“chamada, por alguns, de fuga para o direito privado”) e, ao mesmo tempo, a constitucionalização do direito administrativo. A autora conclui que “os dois movimentos convergem para um ponto comum, em que o princípio inspirador é o da supremacia do interesse

²⁰⁸ “Art. 173. [...]§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

²⁰⁹ Lei nº 8.078, art. 170 da CF. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

²¹⁰ SWHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 53.

público e que não há que se falar em divisibilidade em partes estanques, já que a convergência do público e privado realça a universalidade do direito”.²¹¹

Sobre o tema da intercambialidade dos regimes público e privado, Luciano de Araújo Ferraz explica que a hibridez do regime jurídico está presente para toda a Administração Pública, não somente para as empresas estatais. Segundo o autor, as regras de Direito Público ou de Direito Privado incidirão em maior ou menor medida a depender da pessoa jurídica que realiza a atividade administrativa, do tipo de atividade desempenhada (regulação, polícia, serviços públicos, atividade econômica ou fomento), do instrumento jurídico utilizado, da finalidade pretendida e dos direitos e interesses legitimamente envolvidos.²¹²

Ressalta-se que, apesar de dita intercambialidade existir em vários aspectos das relações firmadas pela Administração Pública, no caso das empresas estatais essa característica é mais evidente. A convergência entre público e privado é mais clara nas empresas estatais por variadas razões, entre as quais se destaca o fato de serem instrumento inicialmente utilizado somente pelos particulares, em razão da personalidade jurídica de direito privado, e por se tratar de instrumento obrigatório para a exploração de atividade econômica em sentido estrito, atividade típica dos particulares.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que se trata de instituto do Direito Administrativo em que há maior “cambialidade e mútua influência entre o direito público e o direito privado”.²¹³ De acordo com o doutrinador, existem inúmeros fatores que influenciam na definição do regime jurídico dessas entidades, já que seu regime jurídico não é constituído apenas pelo conjunto de elementos do direito privado e do Direito Público, pois esses elementos interagem e se modificam de acordo com inúmeras variáveis relativas a cada empresa estatal individualmente considerada. Assim, além de o regime jurídico das empresas estatais ser, regra geral, híbrido e atípico, não é uniforme, motivo pelo qual o doutrinador conclui que existem “quase tantos regimes jurídicos quanto empresas públicas e sociedades de economia mista existentes”.²¹⁴

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7-8.

²¹² FERRAZ, Luciano de Araújo. Regime jurídico aplicável à Administração Pública é híbrido. *Conjur*, 14 abr. 2016.

²¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. p. 3.

²¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 7-8. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional.

A respeito das variáveis do regime jurídico híbrido, Alexandre Santos de Aragão menciona a maior ou menor dependência de verbas do ente federativo instituidor da empresa estatal ou a existência de concorrência com agentes privados no desempenho da atividade. Afirma que, quanto maior a dependência ou no caso de exercício de atividade sem concorrentes privados, os elementos de direito privado sofrerão maior influxo da lógica publicista, ao passo que, se a empresa estatal for independente financeiramente ou exercer atividade em regime de competição, haverá maior influxo de elementos do direito privado.^{215 216}

Desse modo, afirma-se que, a despeito da submissão das empresas estatais a regime jurídico híbrido, as inúmeras características específicas dessas entidades dificultam que seja feita previamente uma definição clara, objetiva e uniforme das regras a que elas se submetem. Assim, apenas a afirmação de que se submetem a regime jurídico híbrido não é suficiente para avaliar se a natureza da atividade é o único fator determinante para a definição do regime jurídico das empresas estatais, razão pela qual no item a seguir será analisado o conceito de empresa.

3.3 CONCEITO DE EMPRESA

Inicialmente, é importante mencionar a origem do conceito de empresa, que, segundo Marçal Justen Filho, “foi o instrumento consagrado a partir da Revolução Industrial para implementar a atividade econômica eficiente”. De acordo com o doutrinador, “a empresa é o meio de organizar a atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade”.²¹⁷

Ainda conforme Marçal Justen Filho, o conceito de empresa foi objeto de estudo por toda a doutrina que se dedica ao Direito Empresarial, sendo o trabalho de Alberto Asquini apontado como o que retrata a síntese desses estudos.²¹⁸

De acordo com Alberto Asquini, o conceito de empresa comporta inúmeros significados. No aspecto econômico, significa “toda organização de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca”. Já em relação ao aspecto jurídico, o

²¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 9. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional.

²¹⁶ Conforme o artigo 40 da Lei nº 13.303/2016, as empresas estatais devem editar seus regulamentos internos, o que se justifica em razão das peculiaridades inerentes a cada empresa estatal. Logo, pode-se afirmar que a edição de regulamentos internos corrobora a afirmação de Alexandre Santos de Aragão de que inúmeras variáveis devem ser consideradas na definição do regime jurídico das empresas estatais.

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr. 1998.

²¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr. 1998.

conceito de empresa possui quatro sentidos, quais sejam: o sentido subjetivo, segundo o qual a expressão empresa tem a conotação de sujeito que atua como empresário, ou seja, desempenha e organiza a atividade empresarial; o sentido funcional, no qual a expressão empresa tem significado de atividade empresarial, ou seja, atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços; o sentido objetivo, que se refere à empresa como patrimônio, ou seja, o conjunto de bens empregados no desempenho da atividade empresarial; e o sentido corporativo, cujo significado é de empresa como instituição, isto é, organização em que se associam os esforços dos empresários e empregados para a realização de objetivos determinados.²¹⁹

Importante lembrar, conforme já mencionado neste capítulo, que, para Ricardo Marcondes Martins, o conceito de empresa é privado e significa atividade com finalidade lucrativa.²²⁰ De acordo com o doutrinador, em razão do disposto no artigo 966 do Código Civil, segundo o qual “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”²²¹, empresa é sinônimo de atividade, e o empresário é aquele que a exerce.²²²

Nota-se, portanto, que o doutrinador utiliza o sentido funcional de empresa mencionado por Alberto Asquini, porém acrescenta o elemento lucro como característica essencial da empresa. No que se refere à finalidade lucrativa, o tema será abordado no item seguinte.

Antes de abordar especificamente o conceito de empresa, é necessário destacar o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro segundo o qual o Direito Administrativo possui como objeto de estudo três tipos de institutos, quais sejam: aqueles que não têm equivalente no direito privado e são integralmente regidos pelo Direito Administrativo, como é o caso, por exemplo, dos serviços públicos típicos (segurança, justiça, polícia, intervenção, regulação, controle), das autarquias, da desapropriação; os institutos que têm paralelo no Direito Civil e que constituem categoria jurídica definida pela teoria geral do direito e são regidos pelo Direito Administrativo, tais como a propriedade pública, os contratos administrativos, fundação de Direito Público e a servidão administrativa; e, por fim, aqueles institutos de Direito Privado,

²¹⁹ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa [Perfis da empresa]*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXXV, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

²²⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 24-36.

²²¹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

²²² MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 25.

regidos pelo Direito Civil ou Comercial, com derrogações maiores ou menores impostas pelo Direito Público, a exemplo dos bens privados do Estado (bens dominicais) e dos contratos de direito privado (locação, compra e venda, comodato).²²³

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no caso dos institutos de direito privado, regidos pelo Direito Civil ou Comercial, com as derrogações de Direito Público, a regra é a incidência das normas de direito privado, exceto se houver norma expressa que o derroque. A identificação das normas do regime jurídico de Direito Público depende da discricionariedade do legislador, que não existirá nas hipóteses em que houver previsão constitucional que obrigue a Administração Pública a utilizar o Direito Privado.²²⁴

Ainda de acordo com as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as empresas estatais são institutos de direito privado, regidos pelo Direito Civil ou Comercial, com derrogações de Direito Público, e, em razão do previsto no artigo 173, § 1º, II, da CR/1988²²⁵, que trata das empresas estatais que atuam no domínio econômico, afirma que as derrogações de Direito Privado admitidas são somente aquelas expressamente previstas no texto constitucional, de modo que as empresas estatais se submetem a regime jurídico híbrido, já que em algumas situações igualam-se às empresas privadas e em outras submetem-se ao regime jurídico das pessoas jurídicas de Direito Público.²²⁶

A despeito de concordar com a afirmação de que as empresas estatais se submetem a regime jurídico híbrido, entende-se que o conceito de empresa deve ser analisado como categoria jurídica, que, segundo José Cretella Júnior, são “formulações genéricas, *in abstracto*, com suas conotações essenciais, ainda não comprometidas com nenhum dos dois ramos em que se divide a ciência jurídica. Trata-se das figuras, *in genere*, comuns ao direito público e ao privado”²²⁷. Portanto, entende-se que empresa não é instituto do Direito Privado, mas categoria jurídica definida pela teoria geral do direito.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4-6.

²²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15-17.

²²⁵ “Art. 173. [...] § 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

²²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4 e 15-17.

²²⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 85, p. 28-33, jul. 1966.

Nesse sentido, deve-se analisar o que, de fato, caracteriza o formato empresarial e, somente após a definição dessas características, proceder aos ajustes das especificidades decorrentes dos traços típicos do Direito Privado ou do Direito Público. Trata-se de analisar o conceito essencial de empresa e eliminar aquilo que é considerado acessório.²²⁸ Pode-se afirmar previamente que, em razão da submissão das empresas estatais a regime jurídico híbrido, as especificidades, ou seja, aquilo que será considerado acessório, decorrerá tanto do Direito Privado, quanto do Direito Público.

Entende-se, a partir da síntese de sentidos proposta por Alberto Asquini, que os conceitos de empresa identificados por ele nada mais são que formulações genéricas, com características essenciais, sem comprometimento com o direito privado.

No sentido subjetivo, ou seja, sentido de sujeito que atua como empresário ao desempenhar e organizar a atividade empresarial, não há qualquer especificidade no significado. O Estado, ao organizar e desempenhar atividade econômica em sentido amplo por meio das empresas estatais, atua como empresário no aspecto subjetivo da expressão, assim como o particular que organiza e explora atividade econômica por meio do modelo empresarial.

Em relação ao aspecto funcional do conceito de empresa, qual seja, empresa como atividade empresarial, isto é, atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, também não há nenhuma especificidade no significado, apenas formulação genérica compatível tanto com o Direito Privado quanto com o Direito Público.

Conforme mencionado no item 2.1, as atividades econômicas destinam-se a satisfazer as necessidades da coletividade por meio da utilização de bens e serviços²²⁹, e essas necessidades poderão ser satisfeitas por particulares ou pelo Estado. Serão satisfeitas obrigatoriamente pelo Estado quando constituírem serviços públicos ou excepcionalmente quando se tratar de atividade econômica em sentido estrito, e serão desenvolvidas necessariamente por meio do modelo empresarial no caso das atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos em regime de concorrência.

A respeito do sentido funcional do conceito de empresa e de sua compatibilidade com a atuação empresarial do Estado, Rafael Wallbach Schwind explica:

A acepção funcional é a mais relevante para o presente estudo. Ela indica que a empresa consiste numa determinada forma de organização de atividades, de natureza econômica, que se reputa mais apropriada para os objetivos buscados. Nesse sentido, a empresa corresponde a um ferramental, ou seja, a uma técnica de organização dotada

²²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 85, p. 28-33, jul. 1966.

²²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 98.

de determinadas características que a fazem mais apropriada para o desenvolvimento de atividades econômicas. Assim, desejando-se desempenhar uma atividade econômica de forma mais eficiente, o modo de organização mais apropriado é o empresarial.²³⁰

Tendo em vista que o Estado, assim como os particulares, utiliza as empresas (modelo empresarial) com o fim de organizar atividade de produção ou circulação de bens e serviços, o sentido funcional é também formulação genérica.

No tocante ao sentido objetivo, ou seja, empresa como sinônimo de patrimônio, também se trata de formulação genérica e, portanto, compatível tanto com a atuação empresarial do Estado quanto com a atuação empresarial dos particulares.

Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto, o patrimônio público corresponde “ao conjunto de bens materiais e imateriais, inclusive direitos e receitas, de propriedade das pessoas de direito público”. O patrimônio privado, por sua vez, corresponde “a todo acervo de bens de uma pessoa, incluindo aí as disponibilidades financeiras”.²³¹

Independente da divergência²³² sobre a natureza pública ou privada dos bens das empresas estatais, fato é que as empresas criadas pelo Estado possuem patrimônio próprio, conforme expressamente consta da definição legal de empresa pública (artigo 3º, I, da Lei nº 13.303/2016²³³). Assim, o sentido objetivo de empresa nada mais é que formulação genérica compatível tanto com o Direito Público quanto com o Direito Privado.

No que se refere ao sentido corporativo, qual seja, organização em que se associam os esforços dos empresários e empregados para a realização de objetivos determinados, trata-se de formulação genérica, do mesmo modo que os demais sentidos. Assim como as empresas privadas, as empresas estatais são constituídas para a realização de objetivos determinados, mediante a associação de esforços.

Tendo em vista a conclusão de que o conceito de empresa constitui categoria jurídica (formulação genérica), pode-se afirmar que consistem em especificidades das empresas estatais, por exemplo, a necessidade de lei que autorize sua criação, a obrigatoriedade de cumprimento dos princípios da Administração Pública, a submissão a controle pelo Tribunal

²³⁰ SWHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 51.

²³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 54-55.

²³² A respeito da natureza pública ou privada dos bens das empresas estatais, conferir: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 160-166.

²³³ BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

de Contas, a contratação de empregados mediante a realização de concurso público e a submissão à regra que veda a acumulação de empregos públicos. Ademais, em razão de a satisfação do interesse público consistir na finalidade das empresas estatais, assim como de toda e qualquer atuação estatal, bem como de o lucro consistir na finalidade das empresas privadas, no item seguinte o lucro será analisado como especificidade das empresas estatais.

3.3.1 Empresas estatais e o lucro

Conforme mencionado no capítulo 2, desde a origem da instituição das sociedades de economia mista pelo Estado, parte da doutrina afirmava a incompatibilidade desse instrumento com a atuação do Estado sob o argumento de que o interesse público, finalidade da atuação estatal, é inconciliável com o lucro, que constitui a finalidade da associação dos particulares.²³⁴ Essa divergência, apesar de remontar à origem das sociedades de economia mista, ainda é objeto de debate na doutrina.²³⁵

A respeito da incompatibilidade da finalidade lucrativa com a atuação estatal, ressalta-se entendimento segundo o qual a incompatibilidade não é exclusiva das sociedades de economia mista, mas do uso do modelo empresarial pelo Estado, independente da espécie (sociedade de economia mista ou empresa pública). Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins explica que o conceito de empresa é atividade com finalidade lucrativa, e esta é incompatível com a atuação estatal, concluindo que as empresas estatais não são empresas propriamente ditas. Além disso, o doutrinador afirma que, ainda que a empresa estatal gere superávit econômico, este não pode ser considerado lucro, já que os conceitos de atividade estatal e de lucro são incompatíveis. Transcreve-se trecho das lições do doutrinador:

[...] se o lucro é o resultado final de uma atividade que tem por finalidade principal obter maior vantagem econômica possível (premissa maior), se a atividade estatal não pode ter por objeto principal a obtenção de maior vantagem econômica (premissa menor), o resultado da atividade estatal jamais pode ser qualificado como lucro (conclusão). Por conseguinte, eventual superávit econômico da atividade estatal, mesmo quando se tratar da exploração de atividade econômica, não terá natureza jurídica de *lucro*. Atividade estatal e lucro são, em suma, conceitos incompatíveis.

²³⁴ PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953.

²³⁵ Artigos recentes que abordam o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. *REDAE*, Salvador, n. 30, p. VII-1-VII-10, maio/jul. 2012. LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. O lucro nas sociedades de economia mista. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 99-129.

Ora, se o aspecto fundamental do conceito de empresa é a busca do lucro, e essa busca é incompatível com a atividade estatal, é fácil perceber: as chamadas “empresas estatais” não são, propriamente, empresas.²³⁶

Por outro lado, existe entendimento no sentido de que há compatibilidade da finalidade lucrativa com a atuação estatal, já que o uso do modelo empresarial foi expressamente admitido no texto constitucional. Nesse sentido, Jacintho Arruda Câmara explica que o lucro é inerente ao conceito de empresa e que é exatamente a busca pelo lucro, para a realização do interesse público, que configura uma das principais razões para a opção pelo modelo empresarial.²³⁷

Conforme mencionado no item 3.3, entende-se que o conceito de empresa deve ser considerado como categoria jurídica, de modo que o uso do modelo empresarial é compatível tanto com a atuação privada, quanto com a atuação estatal. O lucro, por sua vez, deve ser analisado como especificidade e, por essa razão, tem peculiaridades que variam de acordo com o titular da empresa: Estado ou particular.

Nas empresas privadas o lucro é a finalidade principal, ao passo que nas empresas estatais, assim como em toda e qualquer atuação do Estado, a finalidade é o interesse público. Logo, a atuação empresarial do Estado é incompatível com a finalidade lucrativa, o que não autoriza afirmar que exista incompatibilidade da atuação empresarial do Estado com o lucro.

Em relação à compatibilidade da atuação empresarial do Estado com o lucro, é necessário lembrar, conforme já mencionado neste capítulo, que uma das razões para a adoção do modelo empresarial pelo Estado é a eficiência dos particulares na organização da atividade econômica por meio de empresas.²³⁸

Entende-se que essa eficiência dos particulares consiste, entre outros fatores, nos resultados econômicos positivos por eles alcançados. Logo, pode-se afirmar que a atuação empresarial do Estado deve ser orientada pela eficiência em sua faceta econômica, ou seja,

²³⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 27.

²³⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. *REDAE*, Salvador, n. 30, p. VII-1-VII-10, maio/jul. 2012.

²³⁸ A respeito da atuação eficiente das empresas, Marçal Justen Filho explica que foi o instrumento consagrado a partir da Revolução Industrial para implementar a atividade econômica eficiente. De acordo com o doutrinador, a empresa é o meio de organizar a atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade. (JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr. 1998.). No mesmo sentido de que o modelo empresarial é a forma eficiente de organizar a atividade econômica: SWHIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina. 2017. p. 51.

obtenção do melhor resultado econômico possível, minimização de custos e gastos públicos e maximização de receitas.^{239 240}

Ressalta-se que a atuação administrativa, não apenas a empresarial, deve ser orientada pela eficiência, conforme expressamente previsto no artigo 37 da CR/1988. Segundo as lições de Onofre Alves Batista Júnior, a eficiência consiste em mandamento constitucional de maximizar a busca pelo bem comum. Conforme o autor, os aspectos da ideia nuclear de eficiência são a eficácia, que consiste na coordenação dos interesses envolvidos para potencializar a satisfação do bem comum, e a eficiência *stricto sensu*, que significa a “necessidade de articulação coordenada e finalisticamente orientada dos meios” e cada um desses aspectos possui diversificadas facetas, quais sejam: universalidade de resultados, produtividade, economicidade, qualidade, celeridade e presteza, continuidade na prestação de serviços públicos e desburocratização.²⁴¹

Onofre Alves Batista Júnior explica que a Administração Pública não pode ignorar os aspectos da ideia central de eficiência (eficácia e eficiência *stricto sensu*), no entanto pode dar primazia a determinadas facetas em detrimento de outras. Além disso, afirma que, em razão de o conceito de eficiência ser relativo, seu conteúdo é alterado conforme o tipo de atuação administrativa. Logo, pode-se afirmar que o conceito de atuação eficiente do Estado é variável conforme a natureza empresarial ou não da atuação. Assim, nas hipóteses de atuação empresarial, o Estado deve estar atento à faceta econômica da eficiência.²⁴²

Destaca-se que afirmar que o Estado deve estar atento à faceta econômica da eficiência não significa dizer que a atuação empresarial do Estado deve ter finalidade lucrativa, já que a única finalidade da atuação estatal deve ser o interesse público. Todavia, significa que o interesse público almejado deve ser compatibilizado com a atuação empresarial eficiente do Estado.

²³⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 186-189.

²⁴⁰ Nesse sentido, ressalta-se o posicionamento de Rafael Wallbach Schwind: “Por último, o *princípio da eficiência* adquire contornos específicos na atuação empresarial do Estado. O sentido de eficiência para uma organização empresarial é bem diverso da eficiência a ser buscada pela Administração Pública direta. A empresa estatal deverá se preocupar com os seus resultados, não apenas no tocante à consecução dos fins públicos que justificaram a sua criação, mas também com os seus resultados econômicos (rentabilidade) e com a ocupação de uma melhor posição no mercado.” (SWHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina. 2017. p. 84.).

²⁴¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 171-206.

²⁴² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 171-176.

Entende-se que a compatibilização do interesse público com a atuação empresarial do Estado deve ocorrer, regra geral, do seguinte modo: sempre que o interesse público puder ser alcançado concomitantemente com a atuação lucrativa do Estado, esta deverá ser a opção estatal. Por outro lado, sempre que o interesse público somente puder ser alcançado por meio da redução ou até mesmo da inexistência do lucro, esta deve ser a escolha do Estado. Nessa situação de conflito, dar prioridade à obtenção do lucro constitui desvio de finalidade, já que a realização do interesse público deve ser, sempre, o fim último da atuação estatal.²⁴³

Ademais, ressalta-se que a especificidade do lucro não varia apenas em relação ao titular da empresa (Estado ou particular), mas também conforme a espécie de empresa (sociedade de economia mista ou empresa pública). Conforme as lições de Mário Engler Pinto Júnior e Henrique Motta Pinto, a distinção entre as espécies de empresas estatais consiste na forma como a conciliação será operacionalizada, especificamente na delimitação do limite ao sacrifício da lucratividade. Segundo os autores, nas sociedades de economia mista, a oposição entre finalidades aparentemente diversas (interesse público *versus* finalidade lucrativa) não admite obrigatoriamente o afastamento de nenhuma delas, já que é necessário conciliar os interesses por meio de estruturas procedimentais internas, “mediante o arbitramento da margem de lucro ideal pelos órgãos de administração, sem necessariamente suprimi-la nem maximizá-la”.²⁴⁴ No caso das empresas públicas, por não existir conflito interno entre interesses dos sócios, a ponderação da lucratividade e do interesse público deve considerar a sustentabilidade da companhia a longo prazo.

Desse modo, conclui-se que a especificidade do lucro nas empresas estatais consiste na necessidade de compatibilizar a finalidade da atuação estatal (persecução de interesse público) com a atuação lucrativa (eficiência em sua faceta econômica), bem como na necessidade de a compatibilização levar em consideração a espécie de empresa estatal (sociedade de economia mista ou empresa pública).

Ainda em relação às diretrizes gerais para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, resta avaliar as atividades desempenhadas por essas entidades

²⁴³ Nesse sentido Carina Lellis Nicoll Simões Leite: “O argumento que se está a sustentar é o de que a atuação do Estado empresário deve necessariamente ser guiada por pautas de eficiência, de que é preciso valorizar o papel do lucro na atuação do Estado empresário. Sendo assim, nos casos em que for possível gerar resultados econômicos positivos, o agente público *deverá* buscá-lo. No entanto, haverá situações em que a atividade econômica a ser explorada será naturalmente deficitária, assim como haverá situações em que a lucratividade da empresa cederá em favor da realização do interesse público (situações de conflito, que são o mote inicial deste artigo).” (LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. O lucro nas sociedades de economia mista. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 113.)

²⁴⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler; PINTO, Henrique Motta. *Empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção direito econômico). p. 50.

com o fim de compreender se a natureza delas repercute na definição do regime de licitação e contratos.

3.4 ATIVIDADES DAS EMPRESAS ESTATAIS

Conforme relata Ricardo Marcondes Martins, quando do surgimento das empresas estatais no Brasil, havia entendimento no sentido de que, em razão de serem pessoas jurídicas de direito privado, submetiam-se integralmente ao regime jurídico de direito privado. Trata-se, segundo o doutrinador, da primeira fase do regime jurídico a que se submeteram as empresas estatais, cuja relevância, na atualidade, é apenas histórica.²⁴⁵

Em 1973, em razão da publicação da monografia intitulada *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, teve origem o entendimento de que o regime jurídico das empresas estatais deve variar conforme a atividade desempenhada. O cerne da monografia era o fato de o regime dos serviços públicos ser distinto do regime das atividades econômicas em sentido estrito, razão pela qual as empresas estatais deveriam ser classificadas conforme o critério dicotômico, ou seja: empresas estatais prestadoras de serviços públicos *versus* empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.²⁴⁶

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 ocorreu a consolidação do entendimento doutrinário e sedimentou-se, com fundamento no cotejo entre os artigos 173 e 175, a dicotomia das empresas estatais em prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas.²⁴⁷

²⁴⁵ Segundo Ricardo Marcondes Martins, o regime jurídico a que se submetem as empresas estatais passou por quatro fases distintas, quais sejam: a fase do regime privado, em que as empresas estatais se submetiam integralmente ao direito privado; a fase do regime híbrido, em que as empresas estatais se submetiam tanto ao regime público quanto ao privado, porém com maior ou menor incidência de um deles, conforme a natureza da atividade desempenhada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito); a fase do retrocesso neoliberal, em que a superação da dicotomia é defendida sob o argumento da eficiência e agilidade das empresas estatais e, por fim, a fase da purificação científica, relativa à equiparação de regimes prevista na Lei nº 13.303/16, que segundo o autor afronta a Constituição da República. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 37-59.)

²⁴⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 42-43.

²⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339-349. PEREIRA, Cesar Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2010, p. 13. No mesmo sentido: CARDOZO, José Eduardo Martins. As empresas estatais que exploram atividade

O artigo 173 da CR/1988, conforme analisado no capítulo 2, trata das atividades econômicas em sentido estrito, cuja titularidade é dos particulares, e o exercício pelo Estado somente poderá ocorrer em caráter excepcional. Assim, a atribuição de regime jurídico predominantemente de direito privado às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito justifica-se em razão de essa atividade ser típica da iniciativa privada, cujos fundamentos são a livre iniciativa e a livre concorrência. Desse modo, quando da excepcional intervenção estatal, as empresas estatais deverão se submeter a tratamento jurídico semelhante àquele conferido às empresas privadas. Isso porque submeter essas empresas estatais a regime jurídico diferente daquele aplicado às empresas privadas ocasionaria concorrência desleal.²⁴⁸

Já o artigo 175 da CR/1988 trata dos serviços públicos, cuja titularidade é estatal e a prestação deve ser efetivada diretamente pelo Estado ou indiretamente por meio de concessão ou permissão. Conceitua-se serviço público como toda utilidade ou comodidade material cuja finalidade é a satisfação da coletividade, usufruído singularmente e prestado pelo Estado, direta ou indiretamente, sob regime jurídico de direito público.²⁴⁹ É exatamente em razão do critério formal de definição do serviço público, qual seja, submissão ao regime jurídico de direito público, que, de acordo com o critério dicotômico, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos atraem em maior medida o regime jurídico de direito público.

A respeito da distinção dos regimes jurídicos das empresas estatais conforme a natureza da atividade (critério dicotômico), transcreve-se explicação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] Aliás, as próprias entidades em causa também comportam uma diversidade de regimes conforme sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.

Com efeito, é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies – a saber: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica -, pois o regime de umas e outras não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por

econômica e seu dever de licitar. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 331-371. BEMQUERER, Marcos. O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183-184. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. E atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 6. e 210. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 115/116.

²⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 342.

²⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 687.

esses preceitos com uma carga mais intensa do que a que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível.

Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo.

[...]

Já as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual o Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor; ainda assim, este papel lhe é facultado apenas quando houver sido acicatado por motivos de alta relevância. Em tal hipótese, contudo, justamente para que não se instaure uma “concorrência desleal” com os particulares, a entidade governamental terá de comparecer despojada dos atributos que acompanham os entes governamentais.²⁵⁰

Segundo a parcela da doutrina que defende o critério dicotômico, o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais também deve variar de acordo com a natureza da atividade desempenhada pela entidade²⁵¹, conforme será detidamente analisado no capítulo 4.

A despeito de o critério dicotômico das empresas estatais ter ampla aceitação na doutrina e jurisprudência pátrias, parte da doutrina²⁵² afirma que alguns fatores justificam a necessidade de revisão dessa classificação. Entre eles destacam-se a prestação de alguns serviços públicos em ambiente competitivo, o desempenho simultâneo de serviço público e atividade econômica em sentido estrito, a personalidade jurídica de direito privado e a existência de empresas estatais cujo objeto é diverso da prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica em sentido estrito, como, por exemplo, as empresas estatais que exercem poder de polícia.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que o critério dicotômico constitui reflexo de certo momento histórico e que não é mais condizente com a atualidade, de modo que outros elementos devem ser levados em consideração com o fim de definir as regras aplicáveis às empresas estatais.²⁵³

²⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 341-342.

²⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 212-221.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 409. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. p. 24. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97-98.

²⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 422.

Nessa perspectiva, Vitor Rhein Schirato explica que qualquer fórmula genérica para definir o regime jurídico das empresas estatais está fadada ao fracasso e que a modulação do regime depende não somente da atividade empreendida, como também do grau de abertura à iniciativa privada.²⁵⁴

Do mesmo modo, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ao analisar a evolução dos serviços públicos e a delimitação do respectivo regime jurídico, afirma que não é possível apontar respostas de maneira global utilizando-se como parâmetro apenas o caráter público ou privado de determinado serviço, pois há inúmeras variáveis que influenciam as regras incidentes sobre determinada atividade, de modo que não há que se falar em uniformidade de regime jurídico em relação a todos os serviços públicos.²⁵⁵

Diante disso, com o fim de responder ao problema proposto neste trabalho, qual seja, se o critério dicotômico é determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, faz-se necessário analisar quais são os apontamentos feitos pela doutrina a respeito da necessidade de revisão do critério dicotômico (serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito).

3.4.1 Críticas ao critério dicotômico como determinante do regime jurídico das empresas estatais

Conforme mencionado no item anterior, parte da doutrina afirma que o critério dicotômico é insuficiente para definir o regime jurídico a que as empresas estatais se submetem. Entre as razões apontadas para justificar a mencionada insuficiência, destacam-se: a inserção da competitividade na prestação de alguns serviços públicos; a personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais; o desempenho simultâneo de serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito por uma única empresa estatal, bem como a existência de empresas estatais com objeto distinto dos serviços públicos e das atividades econômicas em sentido estrito.²⁵⁶

²⁵⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 61.

²⁵⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. p. 24.

²⁵⁶ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 197-224, jul./set. 2006. JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 409. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso

No que se refere à inserção da competitividade na prestação de alguns serviços públicos como fator de insuficiência do critério dicotômico, parcela da doutrina afirma que esse fator atenua a distinção entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito.²⁵⁷

Conforme já mencionado, uma das características fundamentais das atividades econômicas em sentido estrito é o fato de ser orientada pela livre concorrência. Logo, em razão de alguns serviços públicos serem prestados em regime de concorrência, atenua-se sobremaneira a distinção entre as duas espécies de atividades econômicas.

Nesse sentido, ressalta-se a explicação de Floriano de Azevedo Marques Neto, que afirma que o que é relevante na atualidade para definir o regime jurídico das empresas estatais é não somente a atividade desempenhada, mas também se esta é desenvolvida ou não em ambiente competitivo. Ao tratar especificamente das normas de licitação e contratação das empresas estatais, o doutrinador explica que permitir a atuação da empresa estatal em regime de mercado e, ao mesmo tempo, submetê-la ao regime jurídico rígido da Administração Pública direta e autárquica é contraditório, já que a rigidez das normas pode prejudicar a atuação da empresa e, por consequência, impedir a consecução do interesse público.²⁵⁸ Destaca-se que o tratamento diferenciado das empresas estatais que atuam no mercado, tanto com a imposição de normas mais rígidas, quanto com a concessão de vantagens não conferidas às empresas privadas, pode ocasionar concorrência desleal, o que é vedado pelos §§ 1º e 2º do artigo 173 da CR/1988, cujo cerne é impedir a deslealdade na concorrência entre as empresas que atuam no mercado.

Conforme abordado no capítulo 2, entende-se que o modelo empresarial é obrigatório tanto para as atividades econômicas em sentido estrito, quanto para os serviços públicos prestados em regime de concorrência. Logo, para fins de definição do instrumento de

Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. p. 24. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97-98.

²⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In: OSÓRIO, Fabio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 580. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. *In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. p. 24. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97-98. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 91.

²⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In: OSÓRIO, Fabio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 581-583.

organização administrativa, a distinção é insuficiente, já que, além da natureza da atividade, é necessário verificar a existência ou não de concorrência.

Em outro sentido, parte da doutrina refuta o critério dicotômico das empresas estatais sob o argumento de que a classificação dessas entidades conforme a atividade desempenhada desconsidera a personalidade jurídica de direito privado, ou seja, ignora seu formato empresarial, o que resulta na publicização do regime jurídico, notadamente daquelas empresas estatais que prestam serviços públicos.²⁵⁹

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Paganini Souza explicam que a constituição das empresas estatais teve, inicialmente, a intenção de despublicização, ou seja, de permitir o desenvolvimento do Estado sem a rigidez que caracteriza o regime público. Porém afirmam que o propósito original foi substituído pela publicização, em razão da desconfiança da doutrina administrativista pátria com o formato empresarial.²⁶⁰ Transcreve-se trecho da explicação dos doutrinadores:

A opção é legítima na medida em que não traz em si qualquer imoralidade ou ilegalidade (lembre-se de que as estatais não são um “pecado tolerado”, mas um modelo de organização da Administração Pública constitucionalmente previsto).

Ademais, a opção tem o deliberado intento de despublicização porque, afinal, afirmar que certas entidades sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas (como fez o art. 173 da Constituição de 1988 originalmente e ainda faz após a alteração sofrida na década de 90) não é algo vazio de significado, mas expressão firme e eloquente de um intento muito importante. Não é indiferente a criação de uma empresa estatal ou de uma autarquia para a realização de determinado cometimento público. Claramente, a opção pela empresa é uma opção inequívoca pelo *modus operandi* empresarial, radicalmente oposto ao paradigma burocrático de atuação estatal típico das autarquias.

[...]

Em suma, a opção do legislador pela criação de entidade sob o figurino empresarial é claramente uma opção pelo *modus operandi* – ágil, flexível e especialmente comprometido com resultados -, o que resulta na necessidade de derrogação do regime publicístico a que se sujeitará a criatura.²⁶¹

²⁵⁹ Destacam-se: FIDALGO, Carolina Barros. Notas sobre a ineficiência das empresas estatais e suas causas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 145-182; SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 237-264; e SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13-30.

²⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13-30.

²⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20-21.

Outro fator apontado pela doutrina para afirmar a insuficiência do critério dicotômico é o desempenho simultâneo da prestação de serviço público e exploração de atividade econômica em sentido estrito por uma mesma empresa estatal.²⁶²

Nesse sentido, Marçal Justen Filho explica que a incorporação de concepções gerenciais mais modernas, que buscam aumentar o lucro e a eficiência, fizeram com que as empresas estatais, em especial as prestadoras de serviços públicos, realizassem negócios distintos daqueles que são seu objeto principal de atuação. Assim, uma única empresa estatal, simultaneamente, presta serviço público e explora atividade econômica em sentido estrito, o que dificulta a definição das normas que serão aplicáveis a essa entidade.²⁶³

Ao tratar do desempenho simultâneo das duas atividades, Marçal Justen Filho afirma não somente a viabilidade jurídica da exploração das atividades econômicas em sentido estrito pelas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, como o “dever de ampliar ao máximo a exploração de projetos associados, conexos ou conjugados com a prestação de serviços públicos, sob pena de violar os princípios de direito público”²⁶⁴. Não se trata, conforme trecho transcrito, de discricionariedade, mas de cumprimento de dever:

Em face da situação concreta, o Estado tem o dever de obter os maiores rendimentos possíveis quanto a oportunidades econômicas geradas pela prestação de serviços públicos. Portanto, não seria facultado ao ente estatal, sob a invocação de discricionariedade, ignorar o potencial de negócios existente numa atividade de serviço público. Essa seria decisão não compatível com o dever de obter a melhor rentabilidade possível o desempenho de suas atribuições – presumindo-se, é claro, que a exploração conjunta se configure, sob o prisma empresarial, como apta a produzir resultados satisfatórios.²⁶⁵

O doutrinador conclui que, em razão de o regime jurídico aplicável à empresa estatal decorrer, conforme o critério dicotômico, da natureza da atividade e não da espécie de entidade estatal, o desempenho simultâneo de serviço público e atividade econômica em sentido estrito

²⁶² SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56-100. JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 403-423.

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 409-410.

²⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 415.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 418.

somente pode conduzir à pluralidade de regimes jurídicos, o que, a despeito de ser problemático, é melhor do que “a tentativa de uniformizar o regime jurídico das entidades”.²⁶⁶

Por fim, parte da doutrina menciona, para fundamentar a insuficiência do critério dicotômico, o fato de existirem inúmeras empresas estatais que desempenham atividades diversas da prestação do serviço público ou exploração de atividade econômica em sentido estrito, tais como o poder de polícia, o fornecimento endógeno de bens e serviços, a execução de obras públicas e o fomento.²⁶⁷

Em relação às empresas estatais que exercem poder de polícia²⁶⁸, ressalta-se a divergência doutrinária a respeito da possibilidade de essas entidades exercerem esse tipo de atividade.²⁶⁹

O entendimento no sentido da impossibilidade jurídica do exercício do poder de polícia por essas empresas fundamenta-se em duas razões principais, quais sejam, a impossibilidade de exercício de poder de polícia por entidade com personalidade jurídica de direito privado e a incompatibilidade do exercício desse poder com o regime celetista dos empregados públicos.²⁷⁰

Em outro sentido, José Vicente Santos de Mendonça afirma que as empresas estatais podem exercer poder de polícia, porém ressalva a necessidade do cumprimento de *três requisitos de cautela*, quais sejam: (a) não podem ser sociedade de economia mista em razão do conflito de interesses que a presença de capital privado pode ensejar; (b) não podem intervir concorrencialmente na economia; e (c) seu objeto principal deve ser a prestação de serviço público e não o exercício do poder de polícia.²⁷¹

²⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 421.

²⁶⁷ BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96-100.

²⁶⁸ Conforme lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder de polícia pode ser compreendido no sentido amplo como “complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos, ou no sentido estrito, que corresponde à noção de polícia administrativa, como as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 838.).

²⁶⁹ A respeito das divergências doutrinárias relativas ao poder de polícia, ver VIEIRA, Ariane Shermam Morais. *Os limites à delegação do exercício do poder de polícia estatal: análise sobre a possibilidade de atuação dos particulares*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

²⁷⁰ No sentido da impossibilidade do exercício do poder de polícia pelas empresas estatais: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 160.

²⁷¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com Poder de polícia: por que não? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 97-118, set./dez. 2009. Também no sentido da possibilidade do exercício do poder de polícia pelas empresas estatais, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as

Ressalta-se decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 817.534/MG, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da Empresa de Trânsito e Transporte de Belo Horizonte S/A (BHTRANS), sociedade de economia mista criada pelo Município de Belo Horizonte/MG, no sentido da delegabilidade parcial do poder de polícia.²⁷²

É necessário destacar que não é objeto deste trabalho analisar o poder de polícia e todas as peculiaridades inerentes à atividade e eventuais repercussões na organização e funcionamento das empresas estatais que o exercem. Todavia a referência à divergência doutrinária, bem como ao “caso BHTRANS” foi feita com o objetivo de constatar a existência de empresas estatais que exercem poder de polícia e como esse fato repercute, para parcela da doutrina²⁷³, na insuficiência do critério dicotômico das empresas estatais.

No tocante às empresas estatais instituídas para a produção de bens e prestação de serviços usufruídos pela própria Administração Pública²⁷⁴, há entendimento no sentido de que não consistem em serviços públicos, nem atividades econômicas em sentido estrito²⁷⁵, motivo

empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 209-240, jan. 2005; e FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 211-220.

²⁷² O STJ deu provimento ao recurso especial nº 817.534/MG sob o fundamento de que a atividade de polícia é dividida em quatro grupos, quais sejam: a legislação, o consentimento, a fiscalização e a sanção. Conforme o julgado, os atos relativos ao consentimento e fiscalização são delegáveis, ao passo que a legislação e sanção são indelegáveis, já que derivam do poder de coerção do Estado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 817.534/MG*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 10 nov. 2009.).

A BHTRANS, por sua vez, opôs embargos de declaração sob os fundamentos de omissão em relação à competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da causa, omissão a respeito das regras constitucionais sobre o objeto das sociedades de economia mista e contradição entre o provimento final e a fundamentação do acórdão. O STJ, ao julgar os embargos de declaração, refutou as omissões apontadas e acolheu o argumento de existência de contradição para manter o teor da fundamentação e reformar o provimento final no sentido de permitir os atos de fiscalização (policimento), mas não a imposição de sanções. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 817.534/MG*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 25 maio 2010.).

Ressalta-se que o processo mencionado encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) e que o tema foi admitido como de repercussão geral, conforme decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº 662.186. (Supremo Tribunal Federal (Monocrática). *Recurso Extraordinário com Agravo nº 662.186*. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 mar. 2012.).

²⁷³ BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96-100.

²⁷⁴ Trata-se, por exemplo, das empresas estatais que desempenham atividade de imprensa oficial e fabricação de remédios, vacinas e outros suprimentos para fornecimento no sistema único de saúde. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 71-72.).

²⁷⁵ Nesse sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 71-77; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 304. Ressalta-se que há entendimento no sentido de que essas atividades constituem atividade econômica em sentido estrito, e nessa hipótese não há que se falar que a existência dessas entidades serve de fundamento para a insuficiência do critério dicotômico. No sentido de que constituem atividades econômicas em sentido estrito, ver CARDOZO, José Eduardo Martins. *As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar*. In:

pelo qual são também apontadas como uma das razões justificadoras da insuficiência da dicotomia das empresas estatais em razão da natureza da atividade.²⁷⁶

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Vitor Rhein Schirato, segundo o qual o objeto dessas empresas estatais não constitui serviço público, tampouco atividade econômica em sentido estrito. Afirma que se trata de atividade meio e a inclui na noção de função pública, assim como as demais atividades fim típicas de Estado.²⁷⁷

Do mesmo modo, Igor Volpato Bedone afirma que o fornecimento de bens e serviços produzidos pela própria estrutura da Administração Pública não constitui serviço público nem atividade econômica em sentido estrito. Segundo o autor, trata-se de verdadeiro “*tertium genus* em relação à dicotomia tradicional”, já que não ocorre prestação de utilidades materiais diretamente fruíveis pela população, não há oferta de bens e serviços em regime de concorrência e não ocorre prejuízo ao setor privado, que continua livre para explorar a atividade.²⁷⁸

Ressalta-se o entendimento de Marçal Justen Filho, segundo o qual existe a possibilidade de empresas estatais desempenharem serviços de apoio ao Estado, atividades que não se confundem com o serviço público ou a atividade econômica em sentido estrito. Porém, em sentido diverso aos entendimentos acima mencionados, o doutrinador conclui que se submetem ao mesmo regime aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Logo, o exercício de atividades que não consistem em serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito não é tratado pelo doutrinador como justificativa para a insuficiência do critério dicotômico.²⁷⁹

Em relação às empresas estatais que executam obras públicas, há entendimento no sentido de que sua existência comprova a insuficiência do critério dicotômico, já que o objeto por elas desempenhado não consiste em serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito.²⁸⁰

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, as empresas estatais que executam obras públicas em nada prejudicam o critério dicotômico por ele proposto. O doutrinador esclarece que se trata de empresas estatais que desenvolvem atividades “de índole pública

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 357-358.

²⁷⁶ BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 140-145; SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89-91.

²⁷⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89-91.

²⁷⁸ BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 143.

²⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 304.

²⁸⁰ BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 155.

propriamente”, motivo pelo qual se submetem ao “influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público”. Desse modo, conclui que essas empresas se submetem às mesmas normas aplicáveis às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.²⁸¹

Em sentido oposto, Igor Volpato Bedone aponta a existência de empresas estatais que executam obras públicas como uma das razões que justificam a insuficiência do critério dicotômico. Conforme o autor, de acordo com o conceito proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços públicos são distintos das obras públicas, razão pela qual a dicotomia por ele proposta “é insuficiente desde seu nascedouro”. Ademais, afirma o doutrinador que na hipótese de se admitir o conceito amplo de serviço público, segundo o qual qualquer atividade estatal é serviço público, inclusive a intervenção na ordem econômica, a dicotomia perde completamente seu sentido, já que todas as empresas estatais seriam prestadoras de serviços públicos.²⁸²

Por fim, algumas empresas estatais também foram criadas para desempenhar atividade de fomento, que, segundo as lições de Marçal Justen Filho, constitui “atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social”.²⁸³

Vitor Rhein Schirato menciona o fomento como atividade meio, tal qual o fornecimento endógeno de bens e serviços; ou seja, faz parte da cadeia de atividades necessárias à realização de funções típicas estatais, razão pela qual o doutrinador conclui que empresas estatais que exercem atividades dessa natureza também demonstram a insuficiência do critério dicotômico.²⁸⁴

Conforme já mencionado no capítulo 2, adota-se neste trabalho o conceito de atividade econômica como aquela que se destina a satisfazer as necessidades da coletividade por meio da utilização de bens e serviços. Ademais, emprega-se a classificação proposta por Eros Roberto Grau no sentido de que os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito são espécies do gênero atividade econômica, cuja distinção refere-se à titularidade da atividade e ao regime jurídico ao qual elas se submetem. Logo, é necessário analisar se as atividades de

²⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 203.

²⁸² BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 155.

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 721.

²⁸⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 92.

produção de bens e serviços para serem usufruídos pela própria Administração Pública, a execução de obras públicas e o fomento constituem atividade econômica.

As atividades de fornecimento de bens e serviços para serem usufruídos pela própria Administração Pública não constituem serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito, já que nem sequer se enquadram no conceito de atividade econômica em sentido amplo, que exige que os bens e serviços atendam às demandas da coletividade, salvo na hipótese em que essas empresas estatais fornecem bens e serviços para outro ente público, como ocorre, por exemplo, com empresas estatais estaduais de projeto e engenharia que executam esses serviços para municípios com pouca infraestrutura administrativa. Nesse caso, trata-se de exploração de atividade econômica em sentido estrito.²⁸⁵

A obra pública, conforme conceito proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, “é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público”²⁸⁶. Não consiste, portanto, em serviço público ou atividade econômica em sentido estrito.

A atividade de fomento, do mesmo modo, não constitui serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, já que não consiste em atividade econômica destinada a satisfazer as necessidades da coletividade por meio da utilização de bens e serviços.

Apesar de existirem empresas estatais com objetos que não consistem em serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito, não há uniformidade na doutrina no sentido de que a existência de empresas estatais com objetos distintos seja fundamento para a crítica ao critério dicotômico.

Ressalta-se que parcela da doutrina entende que as empresas estatais somente podem ser constituídas para explorarem atividades econômicas em sentido estrito.²⁸⁷ Nessa perspectiva é o entendimento de Ricardo Marcondes Martins, segundo o qual a forma empresarial somente é admitida para a exploração de atividade econômica em sentido estrito por três razões, quais sejam, a literalidade do artigo 173, § 1º, da CR/1988, e do artigo 5º, II e III, do Decreto-Lei nº 200/1967; interpretação sistemática do texto constitucional, já que a restrição do uso do formato empresarial é mais coerente com o ordenamento jurídico pátrio e, por fim, interpretação teleológica, pois o objetivo das normas de Direito Administrativo é proteger a coisa pública do

²⁸⁵ BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 144.

²⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 698.

²⁸⁷ MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e o regime jurídico das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 265. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 63-69.

uso arbitrário do poder, não havendo justificativa para afastar essa proteção. Logo, o doutrinador conclui que a criação de empresas estatais para o desempenho de qualquer outra atividade é inconstitucional, motivo pelo qual afirma que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, construtoras de obras públicas e que exercem funções públicas devem se submeter a regime jurídico idêntico ao das autarquias.²⁸⁸

Adota-se neste trabalho o entendimento no sentido de que as empresas estatais somente podem ter como objeto a exploração de atividades de natureza econômica, ou seja, somente podem ser constituídas para o desempenho de atividades econômicas em sentido amplo, salvo os serviços públicos prestados com exclusividade. Essa afirmação resulta de interpretação do artigo 173, § 1º, da CR/1988, analisado no item 2.1.2, bem como no capítulo 4. Logo, a existência de empresas estatais que exercem poder de polícia, fornecem bens e serviços para a própria Administração Pública, executam obras públicas ou exercem atividade de fomento não tem o condão de justificar eventual crítica e/ou superação do critério dicotômico.

²⁸⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 63-69.

4 REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

A origem do processo licitatório brasileiro remonta ao Decreto nº 2.926/1862²⁸⁹, que regulamentou as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Posteriormente, em 1922, foi editado o Decreto nº 4.536²⁹⁰, que instituiu o Código de Contabilidade Pública da União e também tratou do procedimento de licitação. É evidente que não houve qualquer menção da submissão das empresas estatais aos procedimentos de licitação previstos nos decretos mencionados, já que, conforme referido no capítulo 2, ressalvada a criação do Banco do Brasil, em 1808, o surgimento das empresas estatais ocorreu somente a partir da década de 1940.

Também consoante mencionado no capítulo 2, quando do surgimento das empresas estatais brasileiras, não havia nenhuma norma geral que disciplinasse as entidades. Portanto, a lei autorizativa de cada empresa estatal, assim como seus estatutos estabeleciam as regras a que deveriam se submeter.

Em 1967, foi editado o Decreto-Lei nº 200, que tratou da organização da Administração Pública federal²⁹¹ e que, segundo Carlos Ari Sundfeld, “estabeleceu uma nova era para o tema das licitações”, já que foi a partir desse momento que se disseminou a ideia de que todos os contratos públicos deveriam ser disputados em licitação.²⁹² Ressalta-se que os artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 200/1967 estabeleceram regras sobre licitação e contratação para a Administração Pública direta e autarquias, sem fazer qualquer referência às empresas estatais. Ou seja, as empresas estatais não se submetiam às regras relativas à licitação e contratação.

De acordo com Hely Lopes Meirelles²⁹³, a não submissão das empresas estatais à obrigatoriedade de licitação estava em conformidade com o artigo 170, § 2º, da Constituição da República de 1967, segundo o qual, “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às

²⁸⁹ BRASIL. *Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862*. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. [Rio de Janeiro, RJ]: Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, 1862.

²⁹⁰ BRASIL. *Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922*. Organiza o Codigo de Contabilidade da União. [Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República], 1922.

²⁹¹ Ressalta-se que após a edição da Lei nº 5.456/1968 o regramento de licitação previsto no DL nº 200/1967 passou a ser aplicado também para os Estados e Municípios.

²⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 55-79, mar./ago. 2012.

²⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 132, p. 32-40, jan. 1978.

empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”.²⁹⁴ Entretanto o doutrinador manifestou-se no sentido de que, em razão do princípio da moralidade administrativa, seria conveniente que as empresas estatais adotassem os princípios básicos da licitação pública e elaborassem seus regulamentos de contratação, nos quais deveria constar a previsão do procedimento seletivo simplificado adequado a seus objetivos estatutários.²⁹⁵

Segundo relata Pedro Paulo de Almeida Dutra²⁹⁶, a jurisprudência da época firmou-se no mesmo sentido do posicionamento de Hely Lopes Meirelles. Assim, as decisões judiciais determinavam a obrigatoriedade de as empresas estatais cumprirem os princípios licitatórios e realizarem os procedimentos simplificados, nos termos dos regulamentos de contratação por elas elaborados.

Acorde com o entendimento doutrinário e da jurisprudência consolidada à época, foi editado o Decreto-Lei nº 2.300/1986²⁹⁷, no qual constou a obrigatoriedade de as empresas estatais se submeterem aos princípios gerais de licitação e editarem regulamentos com previsão de procedimento seletivo simplificado. Nos termos do artigo 86 do mencionado Decreto-Lei, até que os regulamentos fossem editados, as empresas estatais se submeteriam às regras de licitação e contratos previstas para a Administração Pública direta e autarquias.

Parte da doutrina²⁹⁸ criticou a ausência de obrigatoriedade de submissão das empresas estatais às normas de licitação (DL nº 200/1967), assim como a submissão dessas entidades a procedimento seletivo simplificado (DL nº 2.300/1986) sob o argumento de que a flexibilidade, além de violar os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e economicidade da atuação administrativa, possibilitou o uso dessas empresas com finalidades políticas, o que as tornou ineficientes e deficitárias.

Foi nesse cenário de crítica à flexibilidade conferida às empresas estatais que foi promulgada a Constituição da República de 1988, cujo tratamento conferido ao tema de licitação e contratos das empresas estatais será abordado no item a seguir.

²⁹⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1969].

²⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 132, p. 32-40, jan. 1978.

²⁹⁶ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 39.

²⁹⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986*. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. [Revogado pela Lei nº 8.666, de 21.6.1993.]

²⁹⁸ BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 194-195.

4.1 REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Foi nesse cenário de crítica à flexibilidade conferida às empresas estatais que foi promulgada a Constituição da República de 1988, na qual constou, no artigo 37, XXI, a obrigatoriedade de licitação para toda a Administração Pública direta e indireta, e no artigo 22, XXVII, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para toda a Administração Pública direta e indireta.²⁹⁹

Essa opção política gerou reação negativa em parte da doutrina³⁰⁰, sob o fundamento de que, ainda que a intenção do constituinte fosse a moralização, submeter todas as empresas estatais a regras idênticas àquelas estabelecidas para o restante da Administração Pública elimina as vantagens de flexibilidade, que são inerentes às empresas cuja personalidade jurídica é de direito privado.

Destaca-se que, a despeito de a crítica doutrinária mencionada ter sido dirigida ao legislador constituinte, entende-se que este não impôs nem vedou que o regime jurídico fosse único para toda a Administração Pública, já que o artigo 22, XXVII, da CR/1988, estabelece a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação e não distingue as espécies de entidades da Administração Pública indireta. Logo, a unificação do regime jurídico de licitação e contratação decorreu de opção do legislador ordinário, que, com fundamento no artigo 22, XXVII, da CR/1988, editou a Lei nº 8.666/1993³⁰¹, por meio da qual disciplinou as regras de licitação e contratação para toda a Administração Pública.³⁰²

²⁹⁹ Na redação original: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

³⁰⁰ Destacam-se: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26-29; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado*. In: OSÓRIO, Fábio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 579.

³⁰¹ “Art. 1º [...] Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.).

³⁰² Carlos Ari Sundfeld, ao tratar do regime jurídico das empresas estatais proposto no anteprojeto da organização administrativa brasileira, critica a unificação de regimes estabelecida na Lei nº 8.666/1993. Conforme o doutrinador, “a comissão responsável pelo anteprojeto concluiu que a modificação é necessária, pois o regime amplamente unificado de licitação instaurado pela Lei nº 8.666, de 1993, é um equívoco que tornou a Administração brasileira ineficiente e gerou problemas muito graves de aplicação, dada a grande diferença de organização e atuação que existe entre as inúmeras entidades estatais”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Uma lei de*

Nesse contexto de crítica à unificação do regime de licitação e contratação de toda a Administração Pública, em 1998, a Constituição da República foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19, que modificou a redação do artigo 22, XXVII³⁰³, prevendo a competência da União para editar normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública direta, autarquias e fundações, bem como normas gerais de licitação e contratação aplicável às empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, nos termos do artigo 173, § 1º, inserido pela referida Emenda Constitucional. Este dispositivo previu a edição de lei para estabelecer o estatuto jurídico próprio das empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços com disciplina de vários temas, entre eles o previsto no inciso III, qual seja, “licitação e contratação de bens, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.³⁰⁴

Assim, após a alteração constitucional, as normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública direta, autarquias e fundações devem ser editadas com fulcro no artigo 22, XXVII, ao passo que as normas gerais de licitação e contratos das empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, devem estar fundamentadas no artigo 173, § 1º. Logo, afirma-se que, após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o legislador ordinário foi obrigado a instituir, no mínimo, dois regimes jurídicos de licitação e contratação para a Administração Pública.

Durante a ausência do estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, III, da CR/1988, que somente foi editado em 2016, a doutrina divergiu sobre dois aspectos, quais sejam: (i) a abrangência do estatuto jurídico, ou seja, se a lei deve ser aplicada a toda e qualquer empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido amplo, ou somente para aquelas cuja

normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (coord.) *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 59.). Pode-se afirmar, com fundamento na crítica do doutrinador, que de acordo com o entendimento da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da organização administrativa brasileira, a unificação de regime não foi imposta pela Constituição da República e sim pela legislação ordinária.

³⁰³ Redação estabelecida pela Emenda Constitucional nº 19/1998: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] 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*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

³⁰⁴ Na redação original, o artigo 173 tratava apenas das hipóteses de intervenção estatal no domínio econômico e mencionava a sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

atividade desempenhada seja a exploração de atividade econômica em sentido estrito; e (ii) qual deve ser a legislação sobre licitação e contratos aplicável às empresas estatais na ausência do estatuto jurídico previsto no dispositivo constitucional.

Em relação à abrangência do estatuto jurídico, destacam-se três correntes de entendimento.

De acordo com a primeira corrente, o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais deve variar conforme o critério dicotômico, ou seja, de acordo com a natureza da atividade exercida pela empresa estatal. Assim, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos deveriam se submeter ao mesmo regime jurídico de licitação e contratos fixado para a Administração Pública direta, autarquias e fundações. Por outro lado, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito deveriam se submeter a regime jurídico mais flexível em razão de atuarem no mercado, motivo pelo qual o estatuto jurídico editado nos termos do artigo 173, § 1º, III, deveria ter aplicabilidade exclusiva a essas entidades.³⁰⁵

Ressalta-se o posicionamento de Alice Gonzales Borges³⁰⁶ no sentido de que, apesar de as empresas estatais demandarem tratamento jurídico variável com a atividade desenvolvida, deveria ser editado um único estatuto jurídico com fulcro no artigo 173, § 1º. Entretanto a autora conclui que, não obstante a unicidade da lei, não deveria haver unicidade de regimes, já que este deveria variar de acordo com a natureza da atividade desempenhada.

Conforme a segunda corrente, o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais deve variar de acordo com o critério da concorrência, ou seja, com a atuação ou não da entidade em ambiente de mercado. Assim, as empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido amplo em ambiente concorrencial devem se submeter a regime mais flexível, nos termos do artigo 173, § 1º, já que as submeter ao mesmo regime da Administração

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339-349. PEREIRA, Cesar Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 431-444. BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183-184. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6 e p. 210. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 115-116.

³⁰⁶ BORGES, Alice Gonzales. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 1-12, jul./set. 1999. BORGES, Alice Gonzales. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 9-26, jul./dez. 2010. No mesmo sentido: CARDOZO, José Eduardo Martins. As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 331-371.

Pública direta, autárquica e fundacional pode gerar prejuízos, o que viola o princípio da legalidade e impede a consecução do interesse público. Por outro lado, as empresas estatais que não atuam em ambiente concorrencial devem se submeter ao mesmo regime da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.³⁰⁷

Consoante a terceira corrente, o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais é definido pelo critério da natureza empresarial, ou seja, de acordo com sua conformação e atuação empresarial. Assim, as empresas estatais, independente da natureza da atividade ou da existência de concorrência, devem se submeter a regime jurídico mais flexível, nos termos do artigo 173, § 1º, da CR/1988.³⁰⁸

Nesse sentido, ressalta-se que, segundo as lições de Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Paganini Souza, a obrigatoriedade de as empresas estatais se submeterem a regime jurídico de licitação e contratos mais flexível é imposta desde o texto originário da Constituição da República de 1988, já que é inerente à natureza empresarial da entidade. De acordo com os doutrinadores, a única inovação da Emenda Constitucional nº 19/1998 sobre o tema foi a exigência de estatuto jurídico próprio para essas empresas. Assim, afirmam que tanto a Emenda Constitucional nº 19/1998, como a inserção da competitividade na prestação de alguns serviços públicos ocorrida na década de 1990 tornaram apenas mais evidente a necessidade de adoção de regime diferenciado de licitação e contratos para as empresas estatais.³⁰⁹

Em outro sentido, entende-se, conforme já mencionado anteriormente, que não constava do texto originário da CR/1988 nenhuma vedação ou imposição a respeito da unicidade do regime jurídico de licitação e contratação das empresas estatais. Somente após a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, o legislador ordinário foi obrigado a instituir, no mínimo, dois regimes jurídicos de licitação e contratação para a Administração Pública.

³⁰⁷ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Revisitando o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 263. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 203. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. RIBEIRO, Márcia Carla; ALVES, Rosângela do Socorro. *Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no mercado*. [S. l.: s. n., 2008]. [Monografia contemplada com menção honrosa em concurso promovido pelo DEST]. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 91.

³⁰⁸ Destacam-se: SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 237-264; e SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Paganini. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13-30.

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Paganini. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13-30.

Conforme mencionado no item 3.4, o critério dicotômico consolidou-se tanto no âmbito doutrinário³¹⁰, quanto no jurisprudencial³¹¹. Assim, prevaleceu o entendimento de que é a natureza da atividade desempenhada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) o critério determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais. Logo, o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, III, da Constituição da República, deveria incidir somente sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

No que se refere à legislação aplicável durante a ausência de edição do estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, III, da Constituição da República de 1988, a doutrina divergiu, em suma, a respeito da autoaplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional.

De acordo com alguns doutrinadores³¹², o artigo 173, § 1º, não seria autoaplicável, razão pela qual, na falta do estatuto jurídico próprio, as empresas estatais deveriam se submeter às normas já existentes, em especial à Lei nº 8.666/1993, estando impedidas de realizar procedimentos licitatórios simplificados com fundamento em regulamentos próprios.

Segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, as empresas estatais não deveriam realizar procedimento licitatório somente nas hipóteses nas quais a disputa pudesse ocasionar prejuízo à atuação empresarial da entidade. Ou seja, situação que configura hipótese de inexigibilidade de licitação em razão da ausência de pressuposto jurídico.³¹³

³¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339-349. PEREIRA, Cesar Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 432-444. BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2010. p. 13. No mesmo sentido: CARDOZO, José Eduardo Martins. As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 331-371. BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183-184. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6 e p. 210. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 115-116.

³¹¹ Destacam-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.642-3-MG*. Relator: Ministro Eros Roberto Grau, 19 set. 2008; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 689.588-GO*. Relator: Ministro Luiz Fux, 27 nov. 2012.

³¹² Destacam-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 431; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 221.

³¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 214-222 e 560-562. De acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, nas hipóteses de inexigibilidade de licitação a competição não é viável em razão da inexistência de um dos três pressupostos necessários, quais sejam, o fático, o lógico e o jurídico. O pressuposto fático significa o interesse dos prestadores de serviços em disputar o objeto licitado, ou seja, devem existir interessados na licitação. O

Em sentido oposto, parcela dos doutrinadores³¹⁴ afirmava que o artigo 173, § 1º, da Constituição da República, seria autoaplicável, razão pela qual as empresas estatais já estavam autorizadas a editar seus regulamentos para disciplinar o procedimento simplificado de licitação.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto explica que o artigo 1º da Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre a aplicabilidade do regime jurídico nela previsto para as empresas estatais, assim como o artigo 119 do mesmo diploma, que trata da possibilidade de as empresas estatais editarem regulamentos próprios, desde que sujeitas às disposições da lei, não foram recepcionados pela Constituição emendada ou devem ser interpretados conforme o texto constitucional. Logo, conclui que a lei geral de licitação e contratos não se aplica às empresas estatais, que poderão adotar procedimentos de licitação mais flexíveis com fundamento em regulamentos próprios, desde que observados os princípios da Administração Pública.³¹⁵

Ressalta-se o posicionamento de Adilson de Abreu Dallari segundo o qual o artigo 173, §1º, da CR/1988, também seria autoaplicável, já que impedir que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito licitem com fundamento em regulamentos simplificados é retirar completamente a eficácia da norma constitucional. Todavia o doutrinador afirma que a edição de regulamentos simplificados de licitação antes da edição do estatuto jurídico próprio das empresas estatais somente seria admissível se existisse lei específica com autorização para regramento diferenciado, assim como ocorreu com a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) por meio da Lei nº 9.478/1997.³¹⁶

pressuposto lógico exige a pluralidade de objetos e ofertantes. O pressuposto jurídico é que a realização do procedimento licitatório deve ser um meio para alcançar o interesse público (fim).

³¹⁴ Destacam-se: BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos Simplificados de Licitações das Empresas Estatais: O caso da Petrobras. In: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 307-336. DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 69-85, jul./set. 2002. Destaca-se que a edição de regulamentos próprios pelas empresas estatais foi contemplada no anteprojeto da organização administrativa brasileira. Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (coord.) *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 59.

³¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 589-594. No mesmo sentido, CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 107-114, out. 1998.

³¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 69-85, jul./set. 2002.

Ressalte-se que a discussão relativa à constitucionalidade da edição de regulamentos simplificados ganhou destaque devido à edição do Decreto nº 2.745/1998³¹⁷, que aprovou o regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras), conforme autorizado pelo artigo 67 da Lei nº 9.478/1997.³¹⁸

O Tribunal de Contas da União³¹⁹ decidiu que tanto o Decreto nº 2.745/1998³²⁰, quanto o artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 eram inconstitucionais e determinou que a Petrobras se submetesse às regras da Lei nº 8.666/1993 até que o estatuto próprio das empresas estatais fosse editado.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, proferiu decisões³²¹ por meio das quais suspendeu os efeitos dos acórdãos do Tribunal de Contas da União que determinavam a incidência da Lei nº 8.666/1993 e permitiu o uso do regulamento simplificado nos termos do Decreto nº 2.745/1998. Conforme as decisões do STF, a Petrobras S/A passou a atuar em regime de concorrência com agentes econômicos privados após a Emenda Constitucional nº 9/1995 e, apesar de a Emenda ter mantido o monopólio estatal sobre o petróleo, flexibilizou a execução ao permitir que empresas privadas participassem dessa atividade econômica por meio da celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público. Assim, autorizou a submissão da Petrobras S/A ao regime diferenciado de licitação e contratação estabelecido no referido decreto.

Ressalta-se que não foram todas as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito que editaram regulamentos, por isso permaneceram submetidas

³¹⁷ BRASIL. *Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1988*. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

³¹⁸ “Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República. (Vide Decreto nº 2.745, de 1998) (Revogado pela Lei nº 13.303, de 2016).” (BRASIL. *Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997.).

³¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC-016176/2000-5: Petrobras – Análise dos procedimentos licitatórios e dos contratos da entidade. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 19 jun. 2002. *Revista TCU*, Brasília, DF, v. 33, n. 92, p. 142-205, abr./jun. 2002.

³²⁰ BRASIL. *Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1988*. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

³²¹ Destacam-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 31235-DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 29 mar. 2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25986-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello, 22 jun. 2006. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26783-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 6 jul. 2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Liminar no Mandado de Segurança 26808-DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 25 jul. 2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 25888-DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 22 mar. 2006.

à Lei nº 8.666/1993. Entretanto a imposição, sem temperamentos, do procedimento licitatório poderia causar prejuízos à atividade empresarial, motivo pelo qual parte da doutrina³²², assim como a jurisprudência³²³ passaram a distinguir a atividade fim da atividade meio desenvolvida pela empresa estatal. Em decorrência, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito ficavam desobrigadas de realizar procedimento licitatório para o desempenho das atividades que constituíssem o objeto social da entidade, ou seja, sua atividade fim, pois a exigência de licitação, nessa hipótese, impede e/ou prejudica a atuação competitiva.

A distinção entre atividade fim e atividade meio foi objeto de crítica por parcela da doutrina³²⁴, sob o fundamento de que nem sempre a realização de procedimento licitatório para a atividade fim constitui empecilho à atuação em regime de mercado, ao passo que, a depender do tipo de atividade meio, a realização da licitação pode gerar prejuízos à atuação competitiva da empresa estatal. Essa crítica doutrinária teve ressonância em alguns julgados³²⁵ do Tribunal de Contas da União, que passou a se posicionar no sentido de que a empresa estatal somente estaria autorizada a não realizar a licitação na hipótese de o procedimento representar risco à atuação competitiva.

O histórico das normas de licitação e contratos das empresas estatais comprova que a definição do seu regime jurídico desde sempre foi permeada por inúmeras tensões, em especial a relativa aos limites de flexibilidade e enrijecimento das normas a que se submetem e a correlação desses limites com a distinção das entidades conforme a natureza da atividade.

Ademais, a indefinição das normas aplicáveis às empresas estatais em razão do longo período sem a edição do estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, da Constituição da República, causava ainda mais divergências de entendimento a respeito do tema. O estatuto foi editado depois de 18 (dezoito) anos da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº

³²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 208-209. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, O Regime Jurídico das Empresas Estatais. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 158-160. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança n. 17.949-DF*. Relator: Ministro Otávio de Noronha, 26 set. 2005.

³²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fábio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 589-584.

³²⁵ Segundo o relator Ministro Guilherme Palmeira, no Acórdão 624/2003: “No que concerne ao primeiro ponto, julgo que o só fato de tratar-se de atividade-fim não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 624/2003*. Relator: Ministro Guilherme Palmeira, 4 jun. 2003.).

19/1998. Após trâmite em regime de urgência³²⁶ do Projeto de Lei – PLS nº 555/2015³²⁷, foi editada a Lei nº 13.303³²⁸, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Entretanto a edição do estatuto jurídico não encerrou os problemas que envolvem a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais. Ao contrário, fez ressurgir, por exemplo, a divergência relativa à abrangência do estatuto jurídico, já que desconsiderou o critério dicotômico que havia se consolidado no âmbito doutrinário e jurisprudencial, conforme será analisado nos itens a seguir.

4.2 REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS NO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS (LEI Nº 13.303/2016)

A Lei nº 13.303/2016 dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas estatais e de suas subsidiárias no âmbito de todas as unidades federadas. A despeito de não constar expressamente do texto legal, trata-se de regulamentação do artigo 173, § 1º, CR/1988.

Assim que a Lei nº 13.303/2016 foi editada, três aspectos foram objeto de controvérsia, quais sejam, o início de vigência da lei (direito intertemporal); a competência da União para editar normas relativas às empresas estatais estaduais, distritais e municipais; e a aplicabilidade da lei para as empresas estatais que prestam serviços públicos.

No que se refere à primeira controvérsia, a questão é relativa ao momento da incidência normativa, já que o artigo 97 da Lei nº 13.303/2016 prevê que sua entrada em vigor ocorre na data da publicação, ao passo que o artigo 91 dispõe que as empresas estatais constituídas

³²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Requerimento de Urgência nº 4.600/2016*. [Acessório de: PL 4918/2016]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Apesar de o estatuto jurídico ter sido editado somente após 18 anos da previsão constitucional, pode-se justificar o trâmite em regime de urgência em razão do contexto de desconfiança em relação à atuação das empresas estatais. Esse contexto decorre de um conjunto de investigações conduzidas pela Polícia Federal e Ministério Público Federal a partir do ano de 2009, início da denominada Operação Lava Jato, que se constituiu em um conjunto de investigações em que foram e ainda são apurados inúmeros crimes, entre eles ilicitudes que envolviam o procedimento licitatório e os contratos firmados pela Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), sociedade de economia mista brasileira criada em 1953. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes Casos. Caso Lava Jato. *Atuação na 1ª Instância*. [201-].).

³²⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 555, de 2015*. Responsabilidade das estatais - Agenda Brasil 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

³²⁸ BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

anteriormente à vigência da lei terão o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para proceder às adaptações necessárias.³²⁹

Em relação à segunda controvérsia, a doutrina diverge a respeito da competência legislativa da União para alcançar empresas estatais dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Na hipótese de prevalecer o entendimento de que o artigo 173, § 1º, da CR/1988, apenas dispõe sobre o conteúdo das leis que devem ser editadas por cada ente federativo, a Lei nº 13.303/2016 teria vício formal de inconstitucionalidade.³³⁰

As duas primeiras controvérsias não consistem em objeto de análise deste trabalho, já que não têm pertinência com o problema proposto.

No que diz respeito à terceira controvérsia, relativa à aplicabilidade da lei para as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, trata-se do objeto deste trabalho cujo problema proposto consiste em definir se é a natureza da atividade que determina o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais e se a Lei nº 13.303/2016, em especial a parte relativa à licitação e contratos, se aplica a todas as empresas estatais independente da natureza da atividade desempenhada.

Ressalta-se que a Lei nº 13.303/2016 é objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 5624-DF, cujo aspecto principal é a análise da abrangência da lei, conforme será abordado a seguir.

4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624-DF³³¹

A Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEE) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT) ajuizaram a ação direta de inconstitucionalidade nº 5624-DF³³², com pedido de medida cautelar, objetivando declarar a inconstitucionalidade da totalidade da Lei nº 13.303/2016 ou de seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25, e, nesse caso, ser feita interpretação

³²⁹ FERRAZ, Luciano. Lei das estatais e seu período de transição: estudo de caso em MG. *Conjur*, 27 out. 2016. MOREIRA, Egon Bockmann. Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal. *Gazeta do Povo*, 4 jul. 2016.

³³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal. *Gazeta do Povo*, 4 jul. 2016. MAFFINI, Rafael. Artigo 1º. In: MAFFINI, Rafael *et al.* *Comentários à lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/2016*. Fórum: Belo Horizonte, 2018. p. 31-44.

³³¹ A Lei nº 13.303/2016 também é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6029-DF, 5924-MG e 5846-DF. Por terem elas pedidos mais restritos do que aqueles formulados na ADI nº 5624-DF, que impugna a totalidade da lei, a esta foram apensadas para julgamento conjunto. Ressalta-se que foi destacada no item 4.2.1 apenas a ADI nº 5624-DF por se tratar da primeira ação que foi distribuída e cujo objeto é mais amplo que o das demais, ou seja, todos os aspectos questionados nas demais ADIs constam da primeira.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 5624-DF*: acompanhamento processual. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, ajuiz. em 17 nov. 2016.

conforme a Constituição para que as demais normas sejam aplicadas, exclusivamente, às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado.

Conforme consta da petição inicial³³³, os requerentes apontam a existência de inconstitucionalidade formal decorrente de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Afirmam que, em razão de a lei versar sobre a organização e o funcionamento do Poder Executivo, bem como reduzir prerrogativas relativas à direção superior da Administração Pública federal, a competência para iniciar o processo legislativo de aprovação do estatuto jurídico das empresas estatais é do chefe do Poder Executivo. Tendo em vista que o processo legislativo que culminou com a aprovação da Lei nº 13.303/2016 foi de iniciativa parlamentar, afirmam os postulantes que ela possui vício de inconstitucionalidade formal, por violação dos artigos 61, II, “c” e “e”, e 84, VI, da CR/1988.

Em relação à alegada inconstitucionalidade material, os requerentes afirmam que houve violação dos artigos 5º, XVII; 8º, III; 25; 30, I e II; e 173, § 1º, da CR/1988.

No tocante à afronta ao princípio da razoabilidade e aos artigos 5º, XVII, e 8º, III, da CR/1988, o argumento é de que houve excessiva restrição à investidura em cargos de gestão das empresas estatais.

Em relação à ofensa aos artigos 25 e 30, I e II, da Constituição da República de 1988, os requerentes afirmam que a Lei nº 13.303/2016 dispõe exhaustivamente sobre regras de governança, critérios de organização e funcionamento, requisitos para constituição e vários outros aspectos da gestão das empresas estatais sem levar em consideração a diversidade das empresas do Estado, o nível de capacidade técnica de cada um dos entes federados, o mercado de atuação das empresas, bem como a composição e o controle. Assim, concluem que ocorreu violação à autonomia dos entes federados e à capacidade de auto-organização dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No tocante à violação do artigo 173, § 1º, os requerentes questionam a “excessiva abrangência da Lei” ao submeter a seu regime jurídico, sem qualquer critério distintivo, a totalidade das empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja em regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. Afirmam que o estatuto previsto no dispositivo constitucional somente inclui as empresas estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito em regime de competição com o mercado, razão pela

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 5624-DF*: petição inicial. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 6 jun. 2019.

qual o estatuto não pode ser “aplicado às empresas prestadoras de serviços públicos, ou que atuem em regime de monopólio ou exclusividade pelo Estado”³³⁴.

Ademais, afirmam que a exclusão das empresas estatais que, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício anterior, tiveram receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais) também viola o artigo 173, § 1º, pois o critério da dependência é irrelevante, já que o critério constitucional é o exercício de atividade econômica em sentido estrito.

Por fim, aduzem que as exigências impostas às empresas estatais são mais restritivas do que aquelas impostas às empresas privadas, o que contraria o disposto no artigo 173, § 1º, II, da CR/1988, que determina a sujeição das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação direta de inconstitucionalidade, reconheceu a ilegitimidade ativa da FENAEE e concedeu parcialmente a medida cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/2016. Conforme o dispositivo legal, é dispensável a realização de licitação pelas empresas estatais na hipótese de compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. Em razão da decisão cautelar, a venda de ações das empresas estatais e suas subsidiárias e controladas exige prévia autorização legislativa sempre que se tratar de alienação do controle acionário, sendo a dispensa de licitação somente admitida se não importar em perda do controle acionário.

A decisão do relator foi submetida ao plenário, que referendou parcialmente a medida cautelar anteriormente deferida, conforme ementa abaixo transcrita:

Apregoadas em conjunto as ADI 5.624 (MC-Ref), MC-ADI 5.846, MC-ADI 5.924 e MC-ADI 6.029. Preliminarmente, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF/CUT e a ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – FENAEE. Votaram pelo referendo total da cautelar os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin e Marco Aurélio, referendavam parcialmente a cautelar os Ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente) e não referendavam a medida cautelar os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, nos termos e limites dos respectivos votos proferidos. No mérito, em razão de voto médio, o Tribunal referendou, em parte, a medida cautelar anteriormente parcialmente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), para conferir ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 5624-DF*: petição inicial. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 6 jun. 2019.

necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade. Redigirá o acórdão o Ministro-Relator. Plenário, 06.06.2019.³³⁵

Constata-se que não houve deferimento de cautelar relativa à aplicabilidade da lei às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Logo, a Lei nº 13.303/2016, até eventual provimento da ADI, tem aplicabilidade para todas as empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que se dediquem à prestação de serviços públicos ou cuja atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União.

Tendo em vista que o objeto do trabalho consiste em analisar se é a natureza da atividade que determina o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, assim como verificar se a Lei nº 13.303/2016, em especial a parte relativa à licitação e contratos, tem aplicabilidade para todas as empresas estatais, independente da natureza da atividade desempenhada, constata-se que parte do objeto da ADI, em especial a alegação de violação do artigo 173, § 1º, da CR/1988, em razão de excessiva abrangência da lei, tem relação direta com o objeto do trabalho. Logo, o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016, que dispõe a respeito da abrangência do estatuto jurídico, será analisado no item a seguir.

4.2.2 Análise do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016

A Lei nº 13.303/2016 instituiu o regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, conforme o artigo 1º, *caput*, transcrito abaixo:

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.³³⁶

A partir da leitura do *caput*, verifica-se que o legislador desconsiderou o critério dicotômico (serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito), já que

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 5624-DF*: acompanhamento processual. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, ajuiz. em 17 nov. 2016.

³³⁶ BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

expressamente previu a incidência da lei tanto para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito (em regime de concorrência ou monopólio), quanto para as empresas estatais prestadoras de serviços públicos.³³⁷ A única ressalva de aplicabilidade da lei, ao menos expressa, consta do artigo 1º, § 1º, que prevê a inaplicabilidade do regime por ela instituído para as empresas estatais que tiverem, em conjunto com suas subsidiárias, receita bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).³³⁸

Afirma-se, portanto, que a opção legislativa foi de encontro ao entendimento consolidado no âmbito doutrinário³³⁹ e jurisprudencial³⁴⁰ segundo o qual o regime jurídico das empresas estatais deve variar conforme a natureza dicotômica da atividade desempenhada. Conforme esse critério, o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, III, da CR/1988, deveria incidir exclusivamente nas empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito, ao passo que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos deveriam se submeter às mesmas normas de licitação e contratação aplicáveis à Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

O primeiro problema proposto neste trabalho consiste em verificar se a natureza da atividade é o critério determinante para definir o regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais. Logo, se a resposta for positiva, significa dizer que o artigo 1º da Lei nº

³³⁷ No sentido de que o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 abrange toda e qualquer empresa estatal, ver também: PEREIRA, Gabriel Senra da Cunha; FARIA, Edmur Ferreira de. *O regime jurídico das empresas estatais sob a ótica da Lei n. 13.303/2016: aspectos gerais, específicos e polêmicos*. Dez. 2017.

³³⁸ “Art. 1º. [...] § 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).” (BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.).

³³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339-349. PEREIRA, Cesar Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 432-444. BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2010. p. 13. No mesmo sentido: CARDOZO, José Eduardo Martins. As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 331-371. BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183-184. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6 e p. 210. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 115-116.

³⁴⁰ Destacam-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.642-3-MG*. Relator: Ministro Eros Roberto Grau, 19 set. 2008; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 689.588-GO*. Relator: Ministro Luiz Fux, 27 nov. 2012.

13.303/2016 é inconstitucional. Por outro lado, se for negativa, não há inconstitucionalidade no que se refere à abrangência da lei.

No sentido de que a previsão do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 é constitucional, Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos³⁴¹ explicam que, apesar de o estatuto conter previsão mais ampla do que aquela determinada no artigo 173, § 1º, não há que se falar em vício de constitucionalidade, já que o dispositivo constitucional não determina a edição de lei específica e exclusiva, bem como é competência da União editar leis que versem a respeito de licitação e contratos. Transcreve-se:

A norma legal, assim, transcendeu a determinação da Constituição e incluiu no regime jurídico que preceitua as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Não há inconstitucionalidade nesta inclusão no que diz respeito ao regime de licitações e de contratos das estatais – que é o 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 a trata a Constituição poderia mesmo incluir normas correlatas e relacionadas ao regime jurídico preceituado, como fez ao abranger as estatais prestadoras de serviços públicos – ao menos no que tange à disciplina de licitações e contratos.

É que as normas contidas na lei que versam sobre licitações e contratos administrativos abrangendo as empresas estatais prestadoras de serviços públicos foram editadas no exercício da competência legislativa privativa da União instalada no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição.³⁴²

No mesmo sentido, Fabrício Motta³⁴³ esclarece que a Constituição da República de 1988 não prevê que a Administração Pública direta e as autarquias se submetam ao mesmo regime jurídico que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, razão pela qual a opção legislativa é constitucional. Todavia o doutrinador ressalva que o critério da concorrência seria o mais adequado para a definição do regime jurídico das empresas estatais em razão da complexidade das atividades desempenhadas, da dificuldade de categorizar a atividade como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito e do exercício cumulativo das duas atividades por uma única empresa estatal.

³⁴¹ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Livro das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. No mesmo sentido: BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 83-86; BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 266; FECURI, Ana Cristina. A nova Lei das Estatais: aspectos gerais licitatórios e contratação direta. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 177-211. MAFFINI, Rafael. Artigo 1º. In: MAFFINI, Rafael et al. *Comentários à lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/2016*. Fórum: Belo Horizonte, 2018. p. 31-44.

³⁴² GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Livro das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 20-21.

³⁴³ MOTTA, Fabrício. Lei de licitações de estatais peca pelo excesso de regras. *Conjur*, 21 jul. 2016.

Do mesmo modo, Alexandre Santos de Aragão entende que não há inconstitucionalidade na previsão do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016. Conforme as explicações do doutrinador, decorre do artigo 173, § 1º, da CR/1988, a obrigatoriedade de o estatuto jurídico das empresas estatais disciplinar o regime de licitação e contratos daquelas entidades que atuam em regime de concorrência com as empresas privadas (exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito e prestadoras de serviços públicos, ambas em ambiente competitivo), o que foi cumprido pelo legislador ordinário. Ademais, não há vedação no sentido de que o mesmo regime incida também sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito que atuam em regime de monopólio e/ou para as empresas estatais prestadoras de serviço público que atuam em regime de exclusividade, razão pela qual conclui que não há vício de constitucionalidade na opção política efetivada pelo legislador ordinário.³⁴⁴

Ao analisar o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016, em especial a inclusão das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, Joel de Menezes Niebuhr afirma que o artigo 173, § 1º, da CR/1988, prevê tratamento especial apenas para as empresas estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito. Contudo o autor opina no sentido de que, se se admitir que as normas da Lei nº 13.303/2016 são melhores, oferecem mais flexibilidade e não contrariam o regime jurídico administrativo, não há razão para excluir de sua incidência as empresas estatais que prestam serviços públicos e até mesmo todo o restante da Administração Pública.³⁴⁵

É importante ressaltar o entendimento de Marçal Justen Filho, segundo o qual:

O modelo consagrado na Lei 13.303 não é incompatível com a Constituição, ainda que possa ser heterodoxo em face da doutrina clássica do Direito Administrativo. A Constituição não consagrou distinção específica, rígida e insuperável entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público. Essa diferenciação foi delineada na prática e pelo trabalho da doutrina.

A Lei 13.303 contemplou solução adequada à evolução das circunstâncias econômicas. Ela deixou de lado a distinção fundada na natureza da atividade e reconheceu que a diferenciação entre exploração de atividade econômica e prestação de serviço público tornou-se insuficiente para determinar o regime jurídico aplicável às entidades estatais dotadas de personalidade de direito privado. O reconhecimento da submissão das sociedades estatais, quando organizadas sob forma empresarial, às normas de Direito Comercial representa uma evolução não apenas compatível com a Constituição, mas indispensável à sua atuação eficiente como sujeitos privados.³⁴⁶

³⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 218.

³⁴⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 209.

³⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais empresárias e não empresárias. *Revista eletrônica da PGERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

Do mesmo modo, César A. Guimarães Pereira afirma que a opção legislativa não foi no sentido de incluir toda e qualquer empresa estatal que presta serviço público ou explora atividade econômica em sentido estrito. Todavia, em sentido diverso da interpretação de Marçal Justen Filho, o doutrinador explica que a Lei nº 13.303/2016 incide somente naquelas empresas estatais que explorem atividade econômica (em sentido amplo) em ambiente competitivo ou de mercado, ou seja, a opção legislativa foi pelo critério da competitividade. De acordo com o autor, o uso da expressão “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” significa que a incidência da lei restringe-se à atuação do Estado no ambiente econômico concorrencial, de modo que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos em ambiente não competitivo, ou seja, fora de mercado, não se submetem à mencionada lei.³⁴⁷

Por outro lado, no sentido de que é inconstitucional a incidência da lei sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, destaca-se o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Conforme o doutrinador, de acordo com a literalidade do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016, as normas nela previstas incidem sobre toda e qualquer empresa estatal, sem distinção quanto ao objeto desempenhado (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) e independente de a empresa estatal atuar ou não em ambiente competitivo. Entretanto ele esclarece que o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, da CR/1988 deve ter aplicabilidade somente para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em regime concorrencial, inclusive por estar inserido no capítulo I do título VII da Constituição da República de 1988 que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Assim, conclui que a solução é interpretar o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 conforme a Constituição com o fim de excluir da incidência legal as empresas estatais que atuam em regime de monopólio e as que prestam serviço público em regime de exclusividade.³⁴⁸

É importante enfatizar que os posicionamentos acima mencionados analisaram exclusivamente a inclusão, no artigo 1º da Lei nº 13.303/2016, das empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Todavia, conforme abordado no item 3.4.1, existem empresas estatais que desempenham atividades diversas da econômica em sentido amplo. Logo, é necessário analisar

³⁴⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo Licitatório das Empresas Estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 329-330. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Fernão Justen de. Os administradores das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 148-149.

³⁴⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As licitações na lei 13.303/2016 (lei das estatais): mais do mesmo? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 230, 2016.

se a Lei nº 13.303/2016, notadamente na parte relativa à licitação e contratos, tem aplicabilidade para as empresas estatais cujo objeto é diverso do serviço público ou atividade econômica em sentido estrito. A esse respeito, destacam-se abaixo alguns posicionamentos favoráveis à incidência da Lei nº 13.303/2016, independente do objeto, para todas as empresas estatais.

Conforme Luciano de Araújo Ferraz, decorre do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 que o critério adotado pelo legislador ordinário foi o subjetivo, pois basta ser empresa estatal para que se submeta ao regime jurídico previsto na lei. Assim, é indiferente o tipo de atividade desempenhada (serviço público, atividades econômicas, planejamento, fomento, fiscalização) e não há nenhum vício de constitucionalidade nessa opção legislativa.³⁴⁹

De modo similar, Bernardo Strobel Guimarães afirma que o artigo 173 da CR/1988 é claro ao prever a incidência do regime jurídico de direito privado às empresas estatais sem distingui-las em razão da atividade. Afirma que a classificação das empresas estatais em prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, apesar de majoritariamente aceita pela doutrina e jurisprudência, não vincula o legislador. Assim, o doutrinador conclui que é constitucional a opção legislativa de privilegiar o critério estrutural (empresa) em detrimento do critério da atividade desenvolvida, conforme previsto no artigo 1º da Lei nº 13.303/2016.³⁵⁰

Augusto Neves Dal Pozzo e Renan Marcondes Facchinatto, por sua vez, afirmam que o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 consagrou o critério da personalidade jurídica de direito privado, segundo o qual a personalidade jurídica da empresa estatal atrai regime jurídico próprio. Logo, a lei é aplicável para todas as empresas estatais independente do objeto desempenhado. Ademais, os doutrinadores afirmam que esse critério foi consagrado pela Constituição da República desde seu texto originário.³⁵¹

Com o fim de analisar a constitucionalidade da submissão das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ao regime jurídico de licitação e contratação previsto na Lei

³⁴⁹ FERRAZ, Luciano de Araújo. Novo estatuto das empresas estatais e bilateralidade nos contratos. *Conjur*, 15 set. 2016.

³⁵⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A Lei das Estatais e o regime único para as empresas prestadoras de serviço público e as prestadoras de atividade econômica. *Blog Zenite*, 30 ago. 2016.

³⁵¹ Conforme os autores, as mudanças no texto constitucional buscaram expressar de maneira mais precisa a necessidade de se apartar dois regimes diversos no que toca a licitação e contratos (não obstante o texto original da Constituição Federal pudesse, desde a sua promulgação, sugerir essa dicotomia), que respeitassem a personalidade atribuída às pessoas estatais: um próprio da Administração direta englobando as entidades autárquicas e fundacionais; e outro pertinente às empresas estatais, nos termos anotados pelo artigo 173, § 1º, III. Isso significa que a Lei Federal nº 13.303/2016, no que tange às licitações e contratos, não substituiu a Lei nº 8.666/1993, mas ambas passam a conviver, sem qualquer espécie de conflito à luz do princípio da especialidade, contido na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. (DAL POZZO, Augusto Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. Contratos na Lei das Empresas Estatais. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 243-269.).

nº 13.303/2016, assim como a possibilidade de esse regime incidir sobre toda e qualquer empresa estatal independente do objeto, faz-se necessário proceder à distinção entre o regime jurídico da atividade desempenhada e o regime jurídico da gestão da entidade, bem como tecer considerações a respeito do artigo 173, § 1º, da CR/1988.

Conforme ensina Floriano de Azevedo Marques Neto, no âmbito do Direito Administrativo Econômico existem duas ordens de regime público, quais sejam, o regime público quanto à gestão do ente e o regime público quanto à prestação da atividade. A gestão do ente refere-se à relação entre a pessoa jurídica e o poder público, e consiste nas regras relativas ao regime de contratação, concurso público, controle de atos etc. Por outro lado, a prestação da atividade diz respeito à natureza da atividade e trata da aplicação ou não de regras de continuidade, universalidade, modicidade remuneratória, ou seja, regras próprias dos serviços públicos. Assim, o autor conclui que pode existir empresa que se submete a regime público quanto à gestão do ente e a regime privado em relação à prestação da atividade, como as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito; empresa que se submete a regime público tanto no aspecto da gestão, quanto no aspecto da atividade, tal como as empresas estatais prestadoras de serviços públicos e, ainda, empresa que se submete a regime privado quanto à gestão do ente e a regime público quanto à prestação da atividade, assim como as concessionárias privadas de serviços públicos.³⁵²

Com suporte na classificação proposta por Floriano de Azevedo Marques Neto, afirma-se que o regime jurídico de licitação e contratação das empresas estatais refere-se à gestão do ente. Assim, a natureza do regime jurídico de licitação e contratação pode ser distinta da natureza do regime jurídico incidente sobre a atividade desempenhada. Todavia, no caso das empresas estatais, o regime jurídico de licitação e contratação tem natureza híbrida e não exclusivamente pública, como parece afirmar o doutrinador.

As empresas estatais possuem especificidades que decorrem tanto do Direito Público, quanto do direito privado, o que reflete no regime de licitação e contratação, nos termos do artigo 173, § 1º, III, da CR/1988. Logo, o estatuto jurídico dessas empresas deve estabelecer o regime de licitação e contratação, observados os princípios da Administração Pública, o que significa que deve ser mais flexível, menos burocrático do que aquele que incide no restante da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, e, em contrapartida, será mais rígido se comparado com o sistema de compras e contratação das empresas privadas.

³⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In*: OSÓRIO, Fábio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 578-580.

Ressalta-se que, apesar de o artigo 173, *caput*, da CR/1988 abordar as hipóteses de exploração de atividades econômicas em sentido estrito, o § 1º não trata especificamente da atividade, mas do modelo empresarial. Isto é, o artigo 173, § 1º, da CR/1988, cuida das especificidades do modelo empresarial adotado pelo Estado que, em suma, deverão constar do estatuto jurídico próprio. Ou seja, o dispositivo constitucional dispõe sobre a consequência da adoção do modelo empresarial, qual seja, atrair a incidência do estatuto jurídico próprio. Por essa razão, o artigo 22, XXVII, ao tratar da competência privativa da União para legislar sobre licitação e contratação, remete ao artigo 173, § 1º, o que significa que o uso do modelo empresarial atrai regras próprias de licitação e contratação. Assim, pode-se asseverar que a adoção do modelo empresarial implica a submissão da entidade a regime jurídico de licitação e contratação diferente daquele que se aplica ao restante da Administração Pública.

Ademais, é necessário relembrar, conforme abordado no item 2.1.2, que resulta do dispositivo constitucional ora analisado que a adoção do modelo empresarial é obrigatória nas hipóteses de exploração de atividade econômica em sentido estrito, tanto em regime de monopólio, quanto em regime de concorrência, e de prestação de serviços públicos em ambiente concorrencial. As atividades econômicas em sentido estrito são típicas dos particulares e não cabe ao Estado exercê-las diretamente e sob o influxo de normas típicas do regime jurídico de direito público. Além disso, independente da espécie de atividade econômica, a atuação estatal não pode gerar concorrência desleal. Logo, a obrigatoriedade de utilizar o modelo empresarial resulta tanto da natureza da atividade, quanto da existência ou não de concorrência.

Além da obrigatoriedade de uso do modelo empresarial nas hipóteses acima mencionadas, decorre da literalidade do artigo 173, § 1º, da CR/1988 que as empresas estatais somente podem ser constituídas para o exercício de atividades de natureza econômica, ou seja, somente podem ter como objeto a exploração de atividades econômicas em sentido amplo. Logo, as empresas estatais podem ser criadas apenas para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito e prestação de serviços públicos. Todavia, no caso da prestação de serviços públicos prestados em regime de exclusividade, assim como ocorre com as demais atividades desempenhadas pelo Estado (exercício do poder de polícia, fornecimento endógeno de bens e serviços, execução de obras públicas e fomento), não está presente a razão que justifica o uso do modelo empresarial, qual seja, impedir a concorrência desleal, razão pela qual entende-se ser vedado o uso do modelo empresarial para o desempenho dessas atividades.

Ademais, admitir a adoção do modelo empresarial para o desempenho de toda e qualquer atividade implica autorizar o Estado a, discricionariamente, optar pelo regime de licitação e contratação mais flexível e com mais influência das normas de direito privado, já

que esse regime é inerente ao modelo de empresa. Assim, a autorização do uso do modelo empresarial em qualquer hipótese consiste em admitir esse modo de organização em situações nas quais não está presente o fundamento constitucional para a incidência desse regime. Ou seja, admitir a adoção do modelo empresarial nas hipóteses em que não exista concorrência a ser protegida vai de encontro à finalidade do texto constitucional, que é de impedir a concorrência desleal, por meio da incidência de regime de licitação e contratação mais flexível.

Desse modo, afirma-se que a ausência de menção, no artigo 1º da Lei nº 13.303/2016, às empresas estatais que têm como objeto o exercício do poder de polícia, fomento, execução de obras públicas e fornecimento endógeno de bens e serviços está adequada ao texto constitucional. Todavia, a inclusão das empresas estatais prestadoras de serviços públicos sem distinção das atividades prestadas em regime de exclusividade, daquelas que são desempenhadas em ambiente concorrencial, vai de encontro à Constituição da República de 1988 pelas razões acima explicitadas.

É pertinente mencionar as lições de Ricardo Marcondes Martins a respeito das contrafações administrativas (fraude, simulação), que, conforme o doutrinador, ocorrem nas hipóteses em que o legislador utiliza uma expressão com significado diferente daquele que é comumente empregado na linguagem jurídica, e nos casos em que determinado conceito é utilizado em situação incompatível com o regime jurídico que atrai. O autor esclarece ainda que a contrafação administrativa pode ser considerada real, hipótese em que a interpretação correta do texto conduz a normas jurídicas inválidas, ou aparente, naquelas hipóteses em que a interpretação adequada do texto afasta a contrafação.³⁵³ Com fundamento nas explicações do doutrinador, pode-se afirmar que a inclusão no artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 das empresas estatais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade atrai o regime jurídico de licitação e contratação mais flexível, o que é incompatível com o texto constitucional, segundo o qual o regime diferenciado deve incidir para evitar concorrência desleal. Logo, trata-se de contrafação administrativa aparente cuja solução é interpretar corretamente o texto com o fim de evitá-la, razão pela qual se deve proceder à interpretação conforme o texto constitucional para excluir da submissão ao regime jurídico de licitação e contratação previsto na Lei nº 13.303/2016 as empresas estatais que prestam serviços públicos com exclusividade.³⁵⁴

³⁵³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A & C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p.115-148, abr./jun.2016.

³⁵⁴ Ressalta-se que, conforme o entendimento de Ricardo Marcondes Martins, consiste em contrafação administrativa aparente as empresas estatais que têm como objeto atividade diversa da econômica em sentido estrito. Logo, para o doutrinador, o modelo empresarial é vedado também para a prestação de serviços públicos em regime de concorrência. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A & C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p.115-148, abr./jun.2016.).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações feitas no decorrer deste trabalho conduzem à afirmação de que o critério dicotômico não é determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais, bem como que a Lei nº 13.303/2016 não se aplica a todas as empresas estatais, independentemente da atividade desempenhada por elas.

O critério determinante para a definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais é o modelo empresarial. Logo, a adoção do modelo de empresa implica a submissão às normas de licitação e contratos diferentes daquelas aplicáveis ao restante da Administração Pública. Contudo o critério dicotômico (atividade econômica em sentido estrito e serviço público), assim como a existência de concorrência são determinantes para a escolha do modelo de organização administrativa, já que, para a exploração de atividade econômica em sentido estrito, em regime de monopólio e de concorrência, assim como para a prestação de serviços públicos em regime competitivo, é obrigatório o uso das empresas estatais, ao passo que para as demais atividades a utilização desse instrumento é vedada.

Tendo em vista que a adoção do modelo empresarial é vedada para a prestação de serviços públicos em regime de exclusividade, a Lei nº 13.303/2016 deve ser interpretada conforme o texto constitucional para excluir da submissão ao regime jurídico de licitação e contratos as empresas estatais que tenham esse objeto. Assim, o estatuto jurídico das empresas estatais, em especial a parte relativa a licitação e contratos, incide apenas sobre as entidades que exploram atividade econômica em sentido estrito (em regime de monopólio ou concorrência) e que prestam serviço público em regime competitivo.

As respostas aos problemas propostos foram obtidas a partir das conclusões parciais expostas ao longo do trabalho e sintetizadas a seguir.

Descreveu-se a classificação proposta por Floriano de Azevedo Marques Neto segundo a qual se deve distinguir o regime jurídico relativo à gestão do ente, daquele que se refere à atividade desempenhada. A gestão do ente refere-se à relação entre a pessoa jurídica e o poder público, e consiste nas regras relativas, por exemplo, ao regime de contratação. Por outro lado, a prestação da atividade diz respeito à sua natureza e trata da aplicação ou não de regras de continuidade, universalidade, modicidade remuneratória, ou seja, regras próprias dos serviços públicos. Com suporte na classificação explicitada, constatou-se que o regime jurídico de licitação e contratação das empresas estatais refere-se à gestão do ente, razão pela qual a natureza do regime jurídico de licitação e contratação pode ser distinta da natureza do regime jurídico incidente sobre a atividade desempenhada. Logo, concluiu-se que definir o regime

jurídico de licitação e contratação das empresas estatais conforme o critério dicotômico, ou seja, conforme a natureza da atividade desempenhada, é desconsiderar a distinção entre os aspectos de gestão e atividade.

Afirmou-se que o conceito de empresa deve ser analisado como categoria jurídica, ou seja, como formulação genérica, sem comprometimento com o Direito Público ou Privado, e que, após a definição dessas características gerais, deve-se proceder aos ajustes das especificidades decorrentes dos traços típicos do direito privado ou do Direito Público.

Assim, concluiu-se que a previsão do artigo 173, § 1º, III, da CR/1988, tem como objeto as especificidades do modelo empresarial adotado pelo Estado. Logo, asseverou-se que a especificidade se refere à submissão das empresas estatais a regime jurídico de licitação e contratação de natureza híbrida. Ou seja, o estatuto jurídico dessas empresas deve estabelecer o regime de licitação e contratação, observados os princípios da Administração Pública, o que significa que deve ser mais flexível, menos burocrático do que aquele que incide sobre o restante da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, e, em contrapartida, será mais rígido se comparado com o sistema de compras e contratação das empresas privadas. Portanto, concluiu-se que a adoção do modelo empresarial implica a submissão da entidade a regime jurídico de licitação e contratação diferente daquele que se aplica ao restante da Administração Pública.

Ademais, afirmou-se que resulta do artigo 173, § 1º, da CR/1988, que a adoção do modelo empresarial é obrigatória nas hipóteses de exploração de atividade econômica em sentido estrito, tanto em regime de monopólio, quanto em regime de concorrência, e de prestação de serviços públicos em ambiente concorrencial. As atividades econômicas em sentido estrito são típicas dos particulares, não cabendo ao Estado exercê-las diretamente e sob o influxo de normas típicas do regime jurídico de direito público. Além disso, independente da espécie de atividade econômica, a atuação estatal não pode gerar concorrência desleal. Logo, a obrigatoriedade de utilizar o modelo empresarial resulta tanto da natureza da atividade, quanto da existência ou não de concorrência.

Além disso, concluiu-se que decorre da literalidade do artigo 173, § 1º, da CR/1988, que as empresas estatais somente podem ser constituídas para o exercício de atividades de natureza econômica, ou seja, somente podem ter como objeto a exploração de atividades econômicas em sentido amplo. Logo, as empresas estatais podem ser criadas apenas para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito e prestação de serviços públicos. Todavia, no caso de serviços públicos prestados em regime de exclusividade, assim como ocorre com as demais atividades desempenhadas pelo Estado (exercício do poder de polícia, fornecimento endógeno

de bens e serviços, execução de obras públicas e fomento), não está presente a razão que justifica o uso do modelo empresarial, qual seja, impedir a concorrência desleal, razão pela qual se afirmou ser vedado o uso do modelo empresarial para o desempenho dessas atividades. Admitir a adoção do modelo empresarial para o desempenho de toda e qualquer atividade implica autorizar o Estado a, discricionariamente, optar pelo regime de licitação e contratação mais flexível e com mais influência das normas de direito privado, já que esse regime é inerente ao modelo de empresa. Assim, a autorização do uso do modelo empresarial em qualquer hipótese consiste em admitir esse modo de organização em situações nas quais não está presente o fundamento constitucional para a incidência desse regime. Ou seja, admitir a adoção do modelo empresarial nas hipóteses em que não exista concorrência a ser protegida vai de encontro à finalidade do texto constitucional, que é impedir a concorrência desleal, por meio da incidência de regime de licitação e contratação mais flexível.

No tocante à Lei nº 13.303/2016, consta expressamente no artigo 1º que a lei incide sobre todas as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito e prestadoras de serviços públicos. A doutrina nacional divergiu a respeito da interpretação do referido dispositivo e três compreensões distintas se destacam, quais sejam: (i) parcela da doutrina compreendeu que o estatuto jurídico das empresas estatais tem aplicabilidade tanto para aquelas entidades que prestam serviços públicos, quanto para as que exploram atividades econômicas em sentido estrito; (ii) parte dos doutrinadores afirmou que a opção legislativa foi no sentido de o estatuto jurídico ter aplicabilidade somente para as empresas estatais que desempenham suas atividades em ambiente competitivo; e (iii) parcela dos doutrinadores concluiu que a opção legislativa foi no sentido de o estatuto jurídico ser aplicável para todas as empresas estatais, independente do objeto desempenhado, ou seja, para as empresas estatais que têm como objeto não somente as atividades de natureza econômica, mas o poder de polícia, o fornecimento de bens e serviços para a própria Administração Pública, as obras públicas e o fomento. Concluiu-se que o legislador desconsiderou o critério dicotômico (serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito), já que expressamente previu a incidência da lei tanto para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito (em regime de concorrência ou monopólio), quanto para as empresas estatais prestadoras de serviços públicos (em regime de concorrência ou exclusividade). Observou-se que a única ressalva de aplicabilidade da lei, ao menos expressa, consta do artigo 1º, § 1º, que prevê a inaplicabilidade do regime por ela instituído para as empresas estatais que tiverem, em conjunto com suas subsidiárias, receita bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais). Assim, afirmou-se que a opção legislativa foi de encontro ao entendimento consolidado no âmbito

doutrinário e jurisprudencial segundo o qual o regime jurídico das empresas estatais deve variar conforme a natureza dicotômica da atividade desempenhada.

Afirmou-se que a ausência de menção, no artigo 1º da Lei nº 13.303/2016, às empresas estatais que têm como objeto o exercício do poder de polícia, fomento, execução de obras públicas e fornecimento endógeno de bens e serviços está adequada ao texto constitucional. Todavia a inclusão das empresas estatais prestadoras de serviços públicos sem distinguir entre as atividades prestadas em regime de exclusividade e aquelas que são desempenhadas em ambiente concorrencial vai de encontro à Constituição da República de 1988, pelas razões acima explicitadas.

A inclusão no artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 das empresas estatais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade atrai o regime jurídico de licitação e contratação mais flexível, o que é incompatível com o texto constitucional, segundo o qual o regime diferenciado deve incidir para evitar concorrência desleal. Assim, asseverou-se que se trata de contrafação administrativa aparente, cuja solução é interpretar corretamente o texto constitucional a fim de evitá-la, razão pela qual se deve proceder à interpretação conforme o texto constitucional para excluir da submissão ao regime jurídico de licitação e contratação previsto na Lei nº 13.303/2016 as empresas estatais que prestam serviço público com exclusividade.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 421-440.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ARAUJO, Florivaldo Dutra de. Regime jurídico único. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/23/edicao-1/regime-juridico-unico>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do Estatuto Jurídico das Estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). *Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 43-66.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa [Perfis da empresa]. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXXV, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4289050/mod_resource/content/1/Perfis%20da%20Empresa%20-%20Asquini%20-%20PT.pdf. Acesso em: 2 ago. 2018.
- BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016*. Salvador: JusPodivm 2018.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, p. 10-21, jul./set. 1994. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46328/46900. Acesso em: 10 mar. 2018.

BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. In: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 307-336.

BOLETIM DAS EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS, Brasília, DF, MP, n. 9 [4º trimestre de 2018], mar. 2019. Disponível em: <http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais/2019/9a-edicao-boletim-das-empresas-estatais-federais.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

BORGES, Alice Gonzales. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 1-12, jul./set. 1999.

BORGES, Alice Gonzales. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 9-26, jul./dez. 2010.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 6 fev. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1º out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Requerimento de Urgência nº 4.600/2016*. [Acessório de: PL 4918/2016]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087004>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1988*. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm. Acesso em: 1º out. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 2.926, de 14 de maio de 1862*. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. [Rio de Janeiro, RJ]: Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, 1862. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acesso em: 1º maio 2018.

BRASIL. *Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922*. Organiza o Codigo de Contabilidade da União. [Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República], 1922. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-567786-publicacaooriginal-91144-pl.html>. Acesso em: 1º maio 2018.

BRASIL. *Decreto n. 41.066, de 28 de Fevereiro de 1957*. Concede autorização para funcionar como empresa de energia elétrica à Central Elétrica de Furnas S.A. - Furnas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1957. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-41066-28-fevereiro-1957-379830-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979*. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-83740-18-julho-1979-433047-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 84.128, de 29 de outubro de 1979*. Dispõe sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. [Revogado pelo Decreto nº 99.606, de 1990.]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84128.htm. Acesso em: 1º out. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 86.215, de 15 de julho de 1981*. Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 15 jul. 1981. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/norma/508855/publicacao/15672381>. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969*. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0900.htm. Acesso em: 20 out. 2017

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.186, de 3 de abril de 1939*. Cria o Instituto de Resseguros do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. [Revogado pelo Decreto-Lei nº 9.735, de 1946.] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1186.htm. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986*. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da

República, 1986. [Revogado pela Lei nº 8.666, de 21.6.1993.] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 5 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.002, de 30 de janeiro de 1941*. Autoriza a constituição da Companhia Siderúrgica Nacional e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3002-30-janeiro-1941-412984-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.532, de 1º de junho de 1942*. Encampa as Companhias Brasileiras de Mineração e Siderurgia S.A. e Itabira de Mineração S.A. e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4352-1-junho-1942-414669-republicacao-68227-pe.html>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 8.031, de 3 de outubro de 1945*. Autoriza a organização da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del8031.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 6 fev. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995*. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc08.htm. Acesso em: 16 jun. 2018

BRASIL. *Lei n. 1.628, de 20 de junho de 1952*. Dispõe sobre a restituição dos adicionais criados pelo art. 3º da Lei nº 1.474, de 26 de novembro de 1951, e fixa a respectiva bonificação; autoriza a emissão de obrigações da Dívida Pública Federal; cria o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; abre crédito especial e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1952. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1628-20-junho-1952-361532-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1º maio 2018.

BRASIL. *Lei n. 2.004, de 03 de outubro de 1953*. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade por ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1953. [Revogada pela Lei nº 9.478, de 1997.] Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-2004-3-outubro-1953-366242-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1º maio 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 fev. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 7 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 1º out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016*. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. [Conversão da Medida Provisória nº 727, de 2016.] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm. Acesso em: 27 maio 2019.

BRASIL. *Medida Provisória n. 813, de 1º de janeiro de 1995*. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1995/medidaprovisoria-813-1-janeiro-1995-377320-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 555, de 2015*. Responsabilidade das estatais - Agenda Brasil 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 817.534/MG*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 25 maio 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10361616&num_registro=200600252881&data=20100616&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança n. 17.949-DF*. Relator: Ministro Otávio de Noronha, 26 set. 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1902633&num_registro=200400264751&data=20050926&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 817.534/MG*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 10 nov. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7054568&num_registro=200600252881&data=20091210&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Monocrática). *Recurso Extraordinário com Agravo nº 662.186*. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 mar. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=96189029&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.642-3-MG*. Relator: Ministro Eros Roberto Grau, 19 set. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548571>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 5624-DF*: petição inicial. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 6 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5624&processo=5624>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 5624-DF*: acompanhamento processual. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, ajuiz. em 17 nov. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5093069>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 689.588-GO*. Relator: Ministro Luiz Fux, 27 nov. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3396261>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25986-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello, 22 jun. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2384193>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26783-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 6 jul. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2536042>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 31235-DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 29 mar. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24137852/mandado-de-seguranca-ms-31235-df-stf>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 25888-DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 mar. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14782467/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25888-df-stf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Liminar no Mandado de Segurança 26808-DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 25 jul. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2539150>. Acesso em 12 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 624/2003*. Relator: Ministro Guilherme Palmeira, 4 jun. 2003. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/21419973.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=cff9c0e0-8e20-11e9-8459-754df6281e1c>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC-016176/2000-5: Petrobras – Análise dos procedimentos licitatórios e dos contratos da entidade. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 19 jun. 2002. *Revista TCU*, Brasília, DF, v. 33, n. 92, p. 142-205, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/21419973.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=cff9c0e0-8e20-11e9-8459-754df6281e1c>. Acesso em: 24 out. 2017.

CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 107-114, out. 1998.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. *REDAE*, Salvador, n. 30, p. VII-1-VII-10, maio/jul. 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/jacintho-arruda-camara/o-lucro-nas-empresas-estatais>. Acesso em: 14 out. 2017.

CARDOZO, José Eduardo Martins. As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 331-371.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Revisitando o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 255-328.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed., rev., ampl. e atual. até 31/12/2014. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 197-224, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37254>. Acesso em: 8 ago. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4. ed., atual., reescrita e rev. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 85, p. 28-33, jul. 1966. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/28805/27657>. Acesso em: 2 fev. 2019.

DAL POZZO, Augusto Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. Contratos na Lei das Empresas Estatais. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 243-269.

DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 69-85, jul./set. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; CHAGAS, Carolina F. Dolabela. O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016 (“Estatuto jurídico das estatais”). *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 16-33, jan./jun. 2018.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de Empresas Estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 8. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Novo estatuto das empresas estatais e bilateralidade nos contratos. *Conjur*, 15 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set->

15/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-bilateralidade-contratos. Acesso em: 20 mar. 2019.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Regime jurídico aplicável à Administração Pública é híbrido. *Conjur*, 14 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-14/interesse-publico-regime-juridico-aplicavel-administracoes-publicas-hibrido>. Acesso em: 20 mar. 2019.

FERRAZ, Luciano. Lei das estatais e seu período de transição: estudo de caso em MG. *Conjur*, 27 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-27/interesse-publico-lei-estatais-periodo-transicao-estudo-mg>. Acesso em: 19 abr. 2019.

FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Panorama dos programas brasileiros de privatização: trinta anos depois da Constituição. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 97-105.

FERREIRA, Waldemar Martins. *A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

FIDALGO, Carolina Barros. Notas sobre a ineficiência das empresas estatais e suas causas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 145-182.

FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O regime jurídico das empresas estatais. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 125-179.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 10 jul. 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 183-196, abr. 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>. Acesso em: 16 jun. 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A Lei das Estatais e o regime único para as empresas prestadoras de serviço público e as prestadoras de atividade econômica. *Blog Zenite*, 30 ago. 2016. Disponível em: <http://www.zenite.blog.br/a-lei-das-estatais-e-o-regime-unico-para-as-empresas-prestadoras-de-servico-publico-e-as-prestadoras-de-atividade-economica/>. Acesso em 10 nov. 2016.

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

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed., rev. e atual. pela NBR 14.724/2011; NBR 15,287/2011 e NBR 6024/2012, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais empresárias e não empresárias. *Revista eletrônica da PGERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/a-constitucionalidade-da-lei-13-3032016-a-distincao-entre-sociedades-estatais-empresarias-e-nao-empresarias>. Acesso em: 2 jan. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 39-57.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47171>. Acesso em: 3 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 403-423.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. O lucro nas sociedades de economia mista. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 99-129.

LEITE, Sandro Grangeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 109, p. 99-110, maio/ago. 2007.

Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/440>. Acesso em: 5 jun. 2019.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública: centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MAFFINI, Rafael. Artigo 1º. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres *et al.* *Comentários à lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/16*. Fórum: Belo Horizonte, 2018. p. 31-44.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso em 18 jun. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medida; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 575-604.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 17-112.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 132, p. 32-40, jan. 1978. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42715/41438>. Acesso em: 6 fev. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 17, n. 71, p. 111-117, jul./set. 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Atividade Econômica: Serviço Postal. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 301-314.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339-349.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com Poder de polícia: por que não? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 97-118, set./dez. 2009. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/7958/6823. Acesso em: 12 jan. 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Intervenção do Estado no domínio econômico. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/109/edicao-1/intervencao-do-estado-no-dominio-economico>-Acesso em: 10 maio 2018.

MINAS GERAIS. *Lei 828, de 14 de dezembro de 1951*. Dispõe sobre organização de sociedades de economia mista, destinadas a financiar e executar serviços de energia elétrica, e dá outras providências. Belo Horizonte: Estado de Minas Gerais, 1951. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=828&ano=1951>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Empresas Estatais. *Histórico*. [2019]. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>. Acesso em: 27 maio 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes Casos. Caso Lava Jato. *Atuação na 1ª Instância*. [201-]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal. *Gazeta do Povo*, 4 jul. 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevxj/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

MOTTA, Fabrício. Lei de licitações de estatais pela pelo excesso de regras. *Conjur*, 21 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-21/interesse-publico-lei-licitacoes-estatais-peca-excesso-regras>. Acesso em: 17 dez. 2018.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e o regime jurídico das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 209. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>. Acesso em: 19 jul. 2018.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Os administradores das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 141-169.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As licitações na lei 13.303/2016 (lei das estatais): mais do mesmo? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 230, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>. Acesso em: 1º nov. 2016.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mistas e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 1-15, abr. 1960. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/20539/19279>. Acesso em: 1º jun. 2019.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 434-444.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo Licitatório das Empresas Estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 329-330.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, v. 9, n. 3, p. 115-130, jul./set. 1989. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/35-7.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2019.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 50, n. 4, p. 5-30, out./dez. 1999. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/354/360>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PEREIRA, Gabriel Senra da Cunha; FARIA, Edmur Ferreira de. *O regime jurídico das empresas estatais sob a ótica da Lei n. 13.303/2016: aspectos gerais, específicos e polêmicos*. Dez. 2017. Disponível em: <http://cunhapereira.adv.br/wp-content/uploads/2017/12/regime-juridico-empresas-estatais-sob-a-otima-da-lei-13303-2016.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler; PINTO, Henrique Motta. *Empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção direito econômico).

PINTO, Bilac. *Da regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. atual. por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12801/11678>. Acesso em: 15 abr. 2018.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *A empresa pública no direito brasileiro: doutrina e legislação*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973.

REVISTA DAS ESTATAIS. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, v. 1, jan. 2017. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/arquivos/revista-das-estatais>. Acesso em: 5 jun. 2019.

RIBEIRO, Márcia Carla; ALVES, Rosangela do Socorro. *Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no mercado*. [S. l.: s. n., 2008]. [Monografia contemplada com menção honrosa em concurso promovido pelo DEST]. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_avaliacao_premio_dest_2008.pdf. Acesso em: 8 nov. 2016.

SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SADDY, André. Limites e técnicas de contenção à intervenção direta do Estado brasileiro na economia. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JÚNIOR, Celso Rodrigues (coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 73-103.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Bancos estatais ou estado banqueiro? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 265-299.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 209-240, jan. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43868>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 237-264.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 55-79, mar./ago. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (coord.) *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 57-67.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13-30.

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

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Estatais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 151, p. 22-28, jan./mar. 1983. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43723>. Acesso em: 3 jun. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22.

VIEIRA, Ariane Shermam Morais. *Os limites à delegação do exercício do poder de polícia estatal: análise sobre a possibilidade de atuação dos particulares*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASJF74/disserta__o_ariane_vers_o_impress_o.pdf?sequence=1. Acesso em: 20 jan. 2019.

WAHRLICH, Beatriz M. Sousa. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas – uma apreciação geral. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 27-76, nov. 1974. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/5965/4625> Acesso em: 1º jun. 2019.