

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

**MARTHA GIUGNO TERMIGNONI**

**O Dever de Licitar das Empresas Estatais diante da Ausência de Regulamentação  
do Artigo 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal**

**Porto Alegre**

**2010**

**MARTHA GIUGNO TERMIGNONI**

**O Dever de Licitar das Empresas Estatais diante da Ausência de Regulamentação  
do Artigo 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Maria Isabel de Azevedo Souza

**Porto Alegre**

**2010**

**MARTHA GIUGNO TERMIGNONI**

**O Dever de Licitar das Empresas Estatais diante da Ausência de Regulamentação  
do Artigo 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, ..... de ..... de 2010.

Conceito atribuído: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

---

Prof<sup>ª</sup>. Maria Isabel de Azevedo Souza  
Orientadora  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

---

Prof. Telmo Candiota da Rosa Filho  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

---

Prof<sup>ª</sup>. Vivian Pantaleão Caminha  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer, primeiramente, à Professora Maria Isabel de Azevedo Souza, não apenas pelo acompanhamento na elaboração deste trabalho, mas também pelas aulas de Direito Administrativo, através das quais surgiu o meu interesse pelo estudo da matéria objeto desta monografia.

Agradeço, ainda, à Professora Jacqueline Petkovic pelos anos de ensino da Língua Francesa, bem como pela revisão do resumo deste trabalho.

Por fim, agradeço à minha família pelo incentivo e pelo apoio incondicional ao longo do curso de Direito.

## RESUMO

O presente estudo versa sobre o dever de licitar das empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) que têm por objeto a exploração de atividade econômica, tendo em vista a ausência de regulamentação do artigo 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual prevê a edição de uma lei que disponha sobre o regime licitatório de tais empresas estatais.

Há muita discussão acerca do tema, considerando-se a natureza híbrida das empresas estatais, que são constituídas sob a forma de direito privado, em que pese sejam integrantes da Administração Pública Indireta. Alguns autores sustentam a submissão das empresas estatais ao regime geral previsto na Lei nº 8.666/93, enquanto outros entendem que a alteração do artigo 173 da Constituição definiu um regime diferenciado para elas.

Com efeito, impõe-se reconhecer que a licitação da forma como aplicada ao setor público em geral não condiz com a exploração de atividade econômica em regime de concorrência com os particulares desenvolvida pelas empresas estatais, pois se exige agilidade e flexibilidade que não serão obtidas através do procedimento fixado na Lei nº 8.666/93.

A grande questão, porém, está relacionada à ausência de uma lei que defina o estatuto jurídico das empresas estatais, fato que será abordado no presente trabalho, com a análise dos principais posicionamentos doutrinários e de casos emblemáticos da jurisprudência a respeito do tema, não sem antes serem analisadas as origens e as características das empresas estatais no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Sociedades de Economia Mista. Empresas Públicas. Administração Indireta. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Licitação.

**Título:** O Dever de Licitar das Empresas Estatais diante da Ausência de Regulamentação do Artigo 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal

## RÉSUMÉ

Cette étude porte sur le devoir de liciter des entreprises étatiques (sociétés d'économie mixte et entreprises publiques) qui ont pour objet l'exploitation d'activité économique, dû à l'absence d'une réglementation de l'article 173, premier paragraphe, de la Constitution de la République Fédérative du Brésil, qui prévoit l'édition d'une loi établissant le régime de licitation des entreprises étatiques.

De nombreuses discussions reposent sur ce sujet, étant donné la nature hybride des sociétés d'économie mixte et des entreprises publiques, qui sont basées sur le droit privé, même si elles intègrent l'Administration publique indirecte. Certains auteurs soutiennent que les entreprises étatiques se soumettent au régime général prévu par la loi n° 8.666/93, alors que d'autres affirment que l'altération de l'article 173 de la Constitution a établi une distinction concernant le régime des entreprises étatiques exploitant des activités économiques.

En effet, il faudra bien reconnaître que le recours à la forme de licitation pour le secteur public n'est pas, en général, en accord avec l'exploitation d'activité économique dans un régime de concurrence avec les particuliers développée pour les entreprises étatiques. Il s'avère que dans le contexte de la procédure fixée dans la loi n° 8.666/93, il est difficile d'acquiescer diligence et flexibilité.

La grande question concerne, cependant, l'absence d'une loi qui définisse le régime juridique des entreprises étatiques. Ceci serait abordé dans ce travail, avec une analyse des principaux positionnements de la doctrine et des cas les plus importants de la jurisprudence sur ce sujet. Bien entendu, il sera analysé auparavant les origines et les caractéristiques des entreprises étatiques dans le droit brésilien.

**Mots-clés:** Sociétés d'économie mixte. Entreprises publiques. Administration indirecte.  
Régime juridique des entreprises étatiques. Licitation.

**Titre:** Le devoir de liciter des entreprises étatiques face à l'absence de réglementation de l'article 173, premier paragraphe, de la Constitution Fédérale.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>PRIMEIRA PARTE – EMPRESAS ESTATAIS NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>10</b>
1. Origem das Empresas Estatais	10
1.1. Descentralização Administrativa e Administração Indireta	10
1.2. Antecedentes Históricos	12
2. Conceito de Empresas Estatais no Direito Brasileiro	15
2.1. Sociedades de Economia Mista	15
2.2. Empresas Públicas	16
<b>SEGUNDA PARTE – NATUREZA ESSENCIAL E OBJETO DAS EMPRESAS ESTATAIS</b>	<b>19</b>
1. Natureza Essencial das Empresas Estatais	19
1.1. Empresas Estatais como Instrumentos Auxiliares do Poder Público	19
1.2. Análise de Jurisprudência	23
2. Objeto: Distinção entre Serviço Público e Atividade Econômica em Sentido Estrito	26
2.1. Noção de Serviço Público	28
2.2. Exploração de Atividade Econômica em Sentido Estrito pelo Estado: Subsidiariedade da Intervenção Estatal no Domínio Econômico	32
<b>TERCEIRA PARTE – ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS E DEVER DE LICITAR</b>	<b>36</b>
1. Exposição do Problema	36
1.1. Licitação e Empresas Estatais	36
1.2. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e Projeto de Lei nº 5.345/2009	40
2. Posicionamentos da Doutrina e da Jurisprudência Pátrias sobre o Problema	42
2.1. Discussão Doutrinária	42
2.2. Análise do Recurso Extraordinário nº 441.280/RS	47
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

As empresas estatais têm enorme relevância por constituírem-se em mecanismos para que o Estado atue com maior agilidade e flexibilidade, uma vez que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Justamente devido a essa peculiaridade, restam muitas dúvidas sobre as regras que se aplicam a tais entes, já que estão na fronteira entre o direito público e o direito privado.

Uma das questões mais controversas a respeito das empresas estatais, atualmente, diz respeito à exigência de prévia licitação para as contratações envolvendo os entes da Administração Indireta, contida no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A polêmica teve origem com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do art. 173 da Carta Magna, passando a prever a edição de um estatuto jurídico que regeria o procedimento licitatório aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Ocorre que tal lei prevendo este estatuto jurídico das estatais não foi editada até hoje, de modo que fica a dúvida sobre a aplicabilidade ou não das normas gerais previstas na Lei nº 8.666/93 às estatais que têm por objeto o desempenho de atividades econômicas.

Há, basicamente, dois posicionamentos entre os juristas brasileiros: a) aquele que defende que a nova redação do art. 173, Parágrafo Primeiro, inciso III, da Constituição significou a desoneração das estatais exploradoras de atividade econômica das amarras da Lei nº 8.666/93, podendo tais entidades estabelecer procedimentos licitatórios simplificados, independentemente da edição do estatuto jurídico previsto no texto constitucional; e b) aquele que afirma que as empresas estatais, mesmo aquelas que exercem atividade econômica, permanecem obrigadas a respeitar as normas da Lei nº 8.666/93 enquanto não for editado o mencionado estatuto jurídico, que disporá sobre as regras de licitação aplicáveis a tais entidades.

Como se vê, é pacífico que se aplicam regimes diversos às empresas estatais prestadoras de serviços públicos e às exploradoras de atividade econômica, por força do dispositivo constitucional citado. O foco da questão é outro: podem as empresas estatais que atuam no domínio econômico fazer uso de procedimento licitatório simplificado mesmo na ausência de regulamentação do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal?

Para que se chegue a algumas conclusões sobre este problema que se coloca no direito brasileiro hoje, será preciso, antes, tornar claros alguns conceitos e algumas distinções, a fim de que se possa compreender a questão em toda a sua profundidade.

Sendo assim, a primeira parte desta monografia contém uma breve introdução às origens históricas das sociedades de economia mista e das empresas estatais, de modo que se entenda o contexto em que surgiram tais entes e as finalidades que se buscou atender com a sua criação. Além disso, faz referência aos conceitos de empresas públicas e sociedades de economia mista previstos na legislação e às principais ponderações da doutrina sobre eles para que se compreenda o que são as empresas estatais no direito brasileiro e qual a sua importância.

A segunda parte do trabalho expõe uma questão central: o objeto das empresas estatais, que implica consequências quanto ao seu regime jurídico. O fato de o Estado ter assumido o exercício subsidiário de algumas atividades econômicas levou a que fosse adotada a forma do direito privado para as empresas públicas e para as sociedades de economia mista, tanto pela necessidade de maior eficiência quanto pela própria natureza do seu objeto. Contudo, ao longo do tempo, as empresas estatais foram absorvendo também a prestação de serviços públicos e, hoje, tem-se uma dualidade quanto ao seu objeto, que pode ser tanto a prestação de serviço público quanto a exploração de atividade econômica.

No que toca ao objeto, portanto, é indispensável que se recorra à clássica distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, mencionando-se os critérios constitucionais para a identificação do serviço público, bem como a subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico dentro do sistema constitucional brasileiro.

Ainda na segunda parte desta monografia, é abordado também o problema de definir se a adoção da forma de sociedades mercantis de direito privado significa a submissão das empresas estatais a um regime tipicamente de direito privado; ou se, por outro lado, sua natureza de entes da Administração Indireta (e, portanto, de auxiliares do Estado na perseguição de seus fins) sujeita-as às regras e aos princípios típicos do direito público.

A exposição de lições da doutrina e a análise de algumas decisões pertinentes demonstram que, nestes dois âmbitos do mundo jurídico, têm sido reconhecidas diferenças relacionadas ao regime jurídico das empresas estatais, conforme seu objeto seja o serviço público ou a atividade econômica. A relevância de demonstrar-se isso é que, conforme já mencionado, haverá distinção também no caso das licitações, sendo que as divergências que serão examinadas neste campo referem-se especialmente às estatais que atuam no domínio econômico.

Na terceira parte do trabalho, aborda-se o problema do dever de licitar das empresas estatais propriamente dito. Primeiramente, é feita uma rápida exposição das origens da questão, analisando-se o Projeto de Lei nº 5.345/2009, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe a regulamentação do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal, estabelecendo o estatuto jurídico das empresas estatais que exploram atividade econômica.

Também na terceira parte, analisa-se um caso emblemático para o objeto desta monografia: o Recurso Extraordinário nº 441.280/RS, em que o Supremo Tribunal Federal terá de decidir se a sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), exploradora de atividade econômica, está sujeita às disposições da Lei nº 8.666/93 ou se, pelo contrário, pode fazer uso de um procedimento licitatório simplificado.

Por fim, nas considerações finais, última parte desta monografia, é feito um balanço geral de tudo o que foi exposto, apresentando-se uma breve síntese dos principais pontos do trabalho e extraindo-se algumas conclusões do que foi demonstrado ao longo do estudo.

Evidentemente, não se tem a pretensão de exaurir o tema sobre o qual versa este trabalho, uma vez que se trata de matéria de grande complexidade, sujeita, ademais, a constantes atualizações doutrinárias e jurisprudenciais.

## I – EMPRESAS ESTATAIS NO DIREITO BRASILEIRO

### 1. Origem das Empresas Estatais

#### 1.1. Descentralização Administrativa e Administração Indireta

O termo *empresas estatais*<sup>1</sup> é, geralmente, utilizado para denominar, em conjunto, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, consideradas entes da Administração Indireta aos quais o direito brasileiro atribui personalidade jurídica de direito privado.

A noção de que tais entes, de fato, integram a Administração Pública não é pacífica na doutrina pátria. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> e José Cretella Júnior<sup>3</sup> defendem que as empresas públicas e as sociedades de economia mista somente serão entidades da Administração Indireta quando prestarem serviços públicos: o critério para definição da classificação dos entes é a atividade prestada (critério material). Segundo tais autores, ainda que a lei imprima às sociedades de economia mista e às empresas públicas a característica de pessoas da Administração Indireta, elas não o serão quando desempenharem atividades econômicas.

O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, consagrou a expressão *Administração Indireta* para designar empresas públicas federais e sociedades de economia

---

<sup>1</sup> De acordo com a atualização da obra de Hely Lopes Meirelles, “na denominação genérica *empresas estatais* ou *governamentais* incluem-se as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas que, não tendo as características destas, estão submetidas ao controle do Governo” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 363-364). Ressalta-se, porém, que, na obra original do autor, não é utilizada a expressão *empresas estatais*, mas sim *entidades paraestatais*, que seria o “gênero, do qual são espécies distintas as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações instituídas pelo Poder Público, e os serviços sociais autônomos” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 335). Por sua vez, a definição de *entes paraestatais* é objeto de controvérsia no direito administrativo, mas autores mais recentes têm entendido que o termo deve ser empregado “para designar sujeitos não estatais, isto é, de direito privado, que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivamente seus”, tais como os serviços sociais autônomos, os sindicatos e os partidos políticos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 159). À parte da discussão terminológica, para fazer referência simultaneamente às empresas públicas e às sociedades de economia mista, será adotada a expressão *empresas estatais* utilizada no Decreto-lei nº 200/67.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 101-102.

<sup>3</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração Indireta Brasileira**. 4. ed. atualizada, reescrita e revista de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 18-19.

mista federais, independentemente da natureza das atividades desempenhadas por elas, o que, para uma parte da doutrina, seria uma contradição. Ao mesmo tempo em que a definição legal afirma que as empresas públicas e as sociedades de economia mista têm por fim a execução de atividades econômicas, a própria lei classifica-as como entes da Administração Indireta (a qual teria por objeto a gestão de serviços públicos)<sup>4</sup>.

Independentemente da discussão doutrinária acerca do emprego da expressão *Administração Indireta*, adiante serão abordadas distinções entre as empresas estatais que exercem atividade econômica e aquelas que prestam serviço público, já que existem diferenças sutis entre os regimes jurídicos aplicáveis a umas e outras.

Antes de ingressar no estudo das empresas estatais, é indispensável fazer menção à descentralização administrativa, que é justamente o processo ligado ao aparecimento de tais entes. Desde logo, é essencial distinguir a descentralização administrativa de outro fenômeno do direito administrativo: a desconcentração.

A desconcentração é a distribuição de poder decisório entre órgãos e agentes de uma mesma pessoa jurídica administrativa, os quais permanecem ligados por um vínculo de autoridade (a hierarquia), que significa uma relação de subordinação entre órgãos e agentes<sup>5</sup>.

O fenômeno da descentralização, por outro lado, implica a transferência de atribuições de uma pessoa jurídica para outra: os entes aos quais são transferidos poderes não são meros agentes do Poder Central e, logo, não estão submetidos ao dever de obediência hierárquica. A ausência de subordinação hierárquica é um dos traços essenciais que caracterizam a descentralização, mas é preciso ressaltar que, a princípio, os entes descentralizados submetem-se ao controle da Administração<sup>6</sup>.

Interessa para o escopo desta monografia a descentralização administrativa, que ocorre quando há deslocamento da atividade administrativa (ou de seu exercício) para pessoas jurídicas diversas da Administração Central, tendo em vista o dever do Estado de preencher suas finalidades com eficiência<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> CRETELLA, *Administração...*, 2000, p. 82-83. Ressalvado o entendimento do autor, é oportuno lembrar que a atividade estatal não está restrita à prestação de serviços públicos, podendo envolver também a exploração de atividades econômicas em regime de monopólio ou em caráter subsidiário à iniciativa privada, como se mencionará adiante.

<sup>5</sup> MELLO, *Curso...*, 2010, p. 150.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Modalidades de Descentralização Administrativa e seu Contrôlo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n° 04, p. 51-72, abr-jun. 1968. p. 51.

<sup>7</sup> O princípio da eficiência foi incluído no rol de princípios constitucionais da Administração Pública pela Emenda Constitucional n° 19/98, que alterou o art. 37 da Constituição Federal. Muitos autores, porém, consideravam que o princípio da eficiência já constava implicitamente no art. 74, II, da Constituição Federal de 1988. Sobre o princípio da eficiência como informador da Administração Pública cf. ÁVILA, Humberto.

A partir da noção de descentralização é que a doutrina diferencia a Administração Direta da Administração Indireta: a primeira é realizada pela Administração Central (pelo próprio Estado) através de seus órgãos e agentes vinculados por uma relação hierárquica e desprovidos de personalidade jurídica própria; já a segunda é exercida por pessoas com personalidade própria, que não se confunde com a personalidade do Estado<sup>8</sup>.

O que interessa para o presente estudo é a análise dos entes da Administração Indireta brasileira, os quais se encontram arrolados no art. 4º, inciso II, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967<sup>9</sup>: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Restringir-se-á a análise às duas últimas entidades, que diferem das demais por uma característica bastante peculiar já citada: sua personalidade de direito privado.

Sendo assim, convém estabelecer o que se entende por sociedades de economia mista e empresas públicas no direito brasileiro, não sem antes fazer menção aos antecedentes históricos que levaram ao aparecimento destas duas figuras jurídicas no ordenamento brasileiro.

## 1.2. Antecedentes Históricos

As empresas estatais foram originalmente concebidas como meio para aumentar a flexibilidade e a eficiência da máquina administrativa, atribuindo-se-lhes, justamente por isso, a personalidade jurídica de direito privado. Podem-se identificar, na História ocidental, intensas tentativas de descentralização do Estado a partir da década de 1920. A crise do *Welfare State* e a ascensão do liberalismo deram origem a um processo de diminuição das atribuições estatais e sua transferência para entes dotados de personalidade jurídica diversa da personalidade do Estado (entes da Administração Indireta), sobretudo para as autarquias<sup>10</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o processo de descentralização passou a ocorrer de forma diversa. A prestação de serviços pelo Estado, que tradicionalmente se dava

---

**Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa.** Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede](http://www.direitodoestado.com.br/rede)>. Acesso em 25.09.2010.

<sup>8</sup> MELLO, **Prestação...**, 1973, p. 03-16.

<sup>9</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 30.09.2010.

<sup>10</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares.** Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rere](http://www.direitodoestado.com.br/rere)>. Acesso em 15.08.2010. p. 07.

pela Administração Direta, pelas autarquias ou mediante concessões e permissões, passou a ser executada por pessoas de direito privado criadas com recursos públicos: as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), integrantes da Administração Indireta<sup>11</sup>. Na História brasileira, o instituto da concessão de serviços públicos antecedeu ao aparecimento das sociedades de economia mista e, posteriormente a estas, das empresas públicas<sup>12</sup>.

Embora o aparecimento das empresas estatais tenha intensificado-se no Brasil a partir da Segunda Guerra Mundial, estas figuras jurídicas já podiam ser identificadas anteriormente no direito brasileiro: o Banco do Brasil S.A., constituído sob a forma de sociedade por ações em 12 de outubro de 1808, é considerado como a primeira sociedade de economia mista criada no país<sup>13</sup>.

Na História européia, as empresas estatais são ainda mais antigas. Suas origens remontam à época das Grandes Navegações (séculos XVI e XVII), especialmente na Inglaterra e na Holanda, onde o Estado absolutista conferia privilégios e atribuições administrativas às companhias coloniais, das quais o Estado participava, direta ou indiretamente, correndo os riscos do empreendimento. Nas novas terras descobertas e conquistadas, as companhias coloniais funcionavam como verdadeiros órgãos da administração estatal, tendo por objetivo o enriquecimento e a proteção da coroa. Prova disso é que o Estado podia nomear os funcionários para os mais altos cargos das companhias coloniais ou aprovar a escolha deles<sup>14</sup>.

Costuma prevalecer o entendimento de que a Companhia das Índias Orientais, criada em 20 de março de 1692 pelos holandeses, foi não só a primeira sociedade anônima de que se tem notícia, mas também a primeira sociedade de economia mista da História<sup>15</sup>. O grande êxito obtido pela Companhia holandesa levou à criação de figuras semelhantes a ela por outros países europeus, difundindo-se pelo continente (e, mais tarde, por todo o mundo) a forma que hoje conhecemos como sociedade de economia mista.

Há, contudo, autores que preferem identificar o surgimento das sociedades de economia mista na Alemanha do final do século XVIII e início do século XIX. Frente ao

---

<sup>11</sup> MELLO, **Prestação...**, 1973, p. 87-89.

<sup>12</sup> PINTO, Bilac. O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 32, p. 01-15, abr./jun. 1953. p. 11.

<sup>13</sup> SANTOS, Theophilo de Azeredo. **As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro (Doutrina, Jurisprudência e Legislação)**. Rio de Janeiro: Forense, 1964. 107 p. p. 07-10.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>15</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. **A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 34-35.

desenvolvimento industrial verificado naquela época, as comunas alemãs recorreram à transformação de empresas de gás, eletricidade e ferrovias em sociedades anônimas, com a participação do capital privado, aparecendo então a ideia de colaboração entre o Poder Público e os particulares em atividades de interesse geral, daí a expressão “sociedade de economia mista”<sup>16</sup>.

No Brasil, o aparecimento das empresas estatais no ordenamento jurídico foi motivado, em um primeiro momento, pela necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, de forma subsidiária, nos campos em que a iniciativa privada não comparecia ou comparecia deficitariamente<sup>17</sup>. Dentre outros fatores, o fato de o Estado ter assumido o exercício subsidiário de algumas atividades econômicas levou a que fosse adotada a forma do direito privado para as empresas estatais, tanto pela necessidade de maior eficiência quanto pela própria natureza das atividades, assistindo-se à proliferação de tais entes a partir da década de 1950.

Contudo, a motivação que levou à criação das empresas estatais foi desvirtuada, permitindo-se, de forma anômala, que elas tivessem ingerência na prestação de serviços públicos, que hoje são incluídos em seu objeto ao lado da execução de atividades de caráter econômico<sup>18</sup>.

Feita a introdução aos antecedentes históricos das empresas estatais, cabe analisar os conceitos de sociedade de economia mista e de empresa pública, conforme previstos na legislação brasileira, fazendo-se menção às ponderações apresentadas pela doutrina.

---

<sup>16</sup> SANTOS, *As Sociedades...*, 1964, p. 09-10.

<sup>17</sup> Corroborando tal opinião, o art. 5º, incisos I e II, do Decreto-lei nº 200/67 dispõe que as sociedades de economia mista e as empresas públicas são entidades criadas por lei para a “exploração de atividade econômica”. Será mencionado, a seguir, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que a exploração de atividade econômica não deve ser considerada elemento de definição de tais entes, já que há sociedades de economia mista e empresas públicas que desempenham serviços públicos (MELLO, *Curso...*, 2010, p. 191-193).

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 103-107.

## 2. Conceito de Empresas Estatais no Direito Brasileiro

### 2.1. Sociedades de Economia Mista

O conceito legal de sociedade de economia mista encontra-se no art. 5º, inciso III, do Decreto-lei nº 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900/69, que estabelece o que segue:

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

[...]

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;

Logo, a sociedade de economia mista seria caracterizada pelos seguintes aspectos: a) personalidade de direito privado; b) criação mediante lei ou autorização legal; c) forma de sociedade anônima; d) objeto relacionado à exploração de atividade econômica; e e) controle acionário majoritário pertencente à União ou a entidades da Administração Direta<sup>19</sup>.

A doutrina identifica algumas impropriedades no conceito contido no inciso acima transcrito. A principal delas é a de que as sociedades de economia mista não são exclusivamente exploradoras de atividade econômica, podendo prestar serviços públicos, o que se deve justamente ao desvirtuamento de sua função primordial (exploração de atividade econômica)<sup>20</sup>.

Outra falha apontada por alguns autores é a inexistência de menção, no inciso acima transcrito, de que as ações remanescentes devem necessariamente ser de propriedade de particulares, sendo a conjugação de capitais privados com capitais de pessoas da Administração Pública o elemento fundamental para a caracterização das sociedades de economia mista e para sua distinção em relação às empresas públicas<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedades de Economia Mista e Reforma Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 217, p. 91-103, julho/setembro 1999. p. 91-92.

<sup>20</sup> MELLO, **Curso...**, 2010, p. 191-192.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 193.

## 2.2. Empresas Públicas

O Estado não se vale apenas das sociedades de economia mista para prestar serviços e exercer atividades sob o regime de direito privado: existem também as empresas públicas, que, diferentemente das sociedades de economia mista, são constituídas unicamente por recursos públicos, sem participação de capital privado<sup>22</sup>.

O conceito de empresa pública pode ser encontrado no art. 5º, inciso II, do Decreto-lei nº 200/67, cuja redação foi dada pelo Decreto-lei nº 900/69, dispondo o seguinte:

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;

Assim como as impropriedades apontadas para o conceito legal de sociedade de economia mista, há também ressalvas feitas pela doutrina quanto à conceituação de empresa pública prevista no inciso transcrito acima, sobretudo no que se refere à necessidade de que as empresas públicas sejam constituídas por capital integralmente da União. Com efeito, o art. 5º do mesmo Decreto-lei nº 900/69 admite a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno no capital das empresas públicas, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a condição de que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União<sup>23</sup>.

Ademais, outra impropriedade que chama a atenção no conceito legal de empresa pública é a utilização da expressão “exploração de atividade econômica”, porque há também empresas públicas que são criadas com a finalidade de desenvolverem atividades eminentemente públicas, tais como a prestação de serviços públicos ou a realização de obras públicas<sup>24</sup>.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ao empregar o termo “exploração de atividade econômica”, o Decreto-lei nº 200/67 quis apenas fazer referência ao fato de que as atividades desenvolvidas por empresas públicas dão-se mediante contraprestação remunerada, sem ter tido a intenção de restringir o objeto das empresas públicas ao exercício de atividades

<sup>22</sup> MELLO, *Curso...*, 2010, p. 193-194.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 187-188.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 189-190.

econômicas da forma como são conceituadas juridicamente<sup>25</sup>. Outra explicação possível para a utilização da expressão “atividade econômica” é que, na realidade, o Decreto-lei nº 200/67 utilizou-a no sentido de *atividade econômica em sentido amplo*, conforme definiu-a Eros Grau, ou seja, englobando também o serviço público<sup>26</sup>. Adiante, será feita referência mais aprofundada a esta classificação proposta por Eros Grau como pressuposto para as conclusões a que se pretende chegar neste estudo.

Tendo sido devidamente conceituados os dois entes da Administração Indireta que serão estudados aqui, cabe apontar as principais diferenças entre ambos, a fim de tornar ainda mais claras as características de uns e outros.

O principal aspecto que diferencia as empresas públicas das sociedades de economia mista é a forma de composição do capital: o das primeiras é constituído exclusivamente por recursos públicos, enquanto as segundas caracterizam-se pela conjugação de recursos particulares com recursos públicos<sup>27</sup>.

Nesse ponto, alguns autores identificam nas sociedades de economia mista um conflito insolúvel entre o interesse público e o interesse do capital privado, pois os fins a que visa o Estado (resguardar o interesse geral) e os interesses dos particulares (obter lucro) seriam diametralmente opostos, de modo que essa forma societária estaria fadada à extinção pela impossibilidade de prosperar<sup>28</sup>. Embora não haja necessário antagonismo entre o interesse público e o interesse privado<sup>29</sup>, sendo ambos aspectos do bem comum, o fato é que as sociedades de economia mista têm sido substituídas tanto pelas empresas públicas quanto pelos mecanismos de concessão e permissão de serviços públicos para empresas privadas.

Além da formação do capital, empresas públicas e sociedades de economia mista distinguem-se também pela sua forma. As sociedades de economia mista devem adotar necessariamente a forma de sociedades anônimas; já as empresas públicas podem ser constituídas sob qualquer forma societária admitida no direito brasileiro<sup>30</sup> (inclusive a de sociedade unipessoal<sup>31</sup>).

<sup>25</sup> MELLO, *Curso...*, 2010, p. 190-191.

<sup>26</sup> GRAU, *A Ordem...*, 2010, p. 100-103.

<sup>27</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 193.

<sup>28</sup> PINTO, *O Declínio...*, 1953, p. 05-08.

<sup>29</sup> Acerca da inexistência de antagonismo necessário entre interesse público e interesse privado, v. ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio do da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rere](http://www.direitodoestado.com.br/rere)>. Acesso em 15.08.2010.

<sup>30</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 193.

<sup>31</sup> É importante atentar para o fato de que o direito brasileiro não admite, em regra, a constituição de sociedades unipessoais, com exceção da sociedade subsidiária integral, que não pode ser constituída por uma pessoa física, mas apenas por outra sociedade (art. 251 da Lei nº 6.404/76). Ressalvada a hipótese da subsidiária integral, o

Vistos os conceitos legais de sociedades de economia mista e empresas públicas, será abordada, a seguir, a questão do objeto desempenhado por elas, fundamental para a definição do regime jurídico a que estarão submetidas.

---

ordenamento jurídico brasileiro somente admite a unipessoalidade superveniente e temporária, que ocorre quando a sociedade constituída por mais de um sócio passa, por razões diversas, a ter um sócio apenas, permanecendo neste estado por algum tempo (cf. MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa Jurídica: Questões Clássicas e Atuais: Abuso; Sociedade Unipessoal; Contratualismo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, set. 2002).

## II – NATUREZA ESSENCIAL E OBJETO DAS EMPRESAS ESTATAIS

### 1. Natureza Essencial das Empresas Estatais

#### 1.1. Empresas Estatais como Instrumentos Auxiliares do Poder Público

As empresas estatais, em que pese sejam criadas com personalidade de direito privado, não estão limitadas ao exercício de funções de natureza privada, mas, pelo contrário, são constituídas sobretudo para assumir atribuições do Estado. Esse fenômeno de redução da esfera de atuação do Poder Público geralmente toma forma na figura das privatizações, que ganharam força no Brasil a partir da década de 1990.

Maria João Estorninho, em sua obra *A Fuga para o Direito Privado*, trata do tema das privatizações e explica que elas atendem aos objetivos de diminuição das despesas públicas e aumento da qualidade na prestação dos serviços, pela introdução de mecanismos de concorrência, no contexto de insuficiência do modelo de “Estado Providência”. Assim, a partir das privatizações, passa-se a falar em uma “Administração garantidora da prestação de serviços públicos” e não mais em uma Administração prestadora de tais serviços<sup>32</sup>.

A mesma autora portuguesa alerta para os diversos significados possíveis do termo “privatização”, tanto sob a ótica jurídica quanto sob a ótica econômica. Entre o sentido amplo (políticas de privatização para reduzir a intervenção do Estado) e o sentido estrito (“privatização-transferência”, ou seja, passagem de bens do setor público para o setor privado), Estorninho explica o “sentido intermediário” da expressão privatização, que é o que interessa para a presente monografia.

No sentido intermediário, privatização significa a atribuição ao Estado de formas ou de instrumentos de direito privado, de modo que o Estado coloca-se em uma posição de igualdade perante os particulares, atribuindo a si mesmo o regime jurídico comum aos entes privados. Como exemplos desse significado intermediário de privatização, pode-se citar a

---

<sup>32</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 11-14.

criação de sociedades de economia mista, a celebração de contratos de concessão de serviços públicos e, de um modo geral, a atuação do Estado segundo as normas de direito privado<sup>33</sup>.

Sobre esse aspecto, Estorninho faz uma distinção entre a “privatização verdadeira” (que ocorre somente quando a propriedade, a decisão ou a gestão da atividade é essencialmente transferida do Estado para uma entidade privada) e a “falsa privatização”, a qual tem lugar quando a atividade pública é desenvolvida através de formas de direito privado.

Para o âmbito de análise desta monografia, interessa a “falsa privatização”, com a qual Estorninho relacionou o fenômeno da “fuga para o direito privado”, isto é, situações em que a Administração Pública adota formas de atuação e de organização típicas do direito privado para escapar do regime de direito público a que normalmente está sujeita.

A lição essencial de Estorninho que é preciso levar em conta é a de que, nas hipóteses de “falsa privatização” ou de “fuga para o direito privado”, o fato de a atividade pública ser desenvolvida através de mecanismos de direito privado não significa a sua privatização, isto é, a atividade não deixa de ser pública simplesmente por ser prestada por meio de formas de direito privado<sup>34</sup>.

Aqui reside a natureza essencial das empresas estatais: são, fundamentalmente, instrumentos de ação do Poder Público para a realização de seus fins. Sua característica peculiar, que as distingue das sociedades mercantis em geral, é justamente o fato de serem entidades auxiliares da Administração central<sup>35</sup>.

Dessa forma, a personalidade jurídica de direito privado que é conferida às empresas estatais (como meio de aumentar sua eficiência e flexibilidade) não significa que elas devam ser vistas como semelhantes à generalidade das sociedades privadas. Pelo contrário, seu caráter essencial de sujeitos auxiliares do Poder Público deve ser o critério norteador para a interpretação dos princípios jurídicos que são obrigatoriamente aplicáveis a elas, que determinam que as empresas estatais estejam submetidas a um regime específico, de modo que não se equiparam às demais sociedades privadas em geral<sup>36</sup>.

Nesse ponto, é esclarecedora a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito da natureza peculiar das empresas estatais:

---

<sup>33</sup> ESTORNINHO, *A Fuga...*, 1999, p. 16.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 16-17.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n° 71, p. 111-117, 1984. p. 111.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 112.

[...] assim como o direito juridiciza tudo o que toca (como disse Kelsen, comparando-o ao rei Midas, que transformava em ouro o que tangia – **Theorie Pure du Droit**, Dalloz, 1962, p. 369), o Estado também tem o dom de afetar transformadoramente tudo o que é por ele tocado. Por isso publiciza tudo o que toca<sup>37</sup>.

Portanto, em que pese sejam dotadas de personalidade de direito privado, impõe-se reconhecer o necessário influxo de princípios e normas típicos do regime de direito público dos quais o Estado não pode escapar na sua atuação direta ou indireta, impostos pela noção de Estado de Direito<sup>38</sup>.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ser vistas, sobretudo, como instrumentos auxiliares da atuação do Estado, aos quais foi atribuída a personalidade de direito privado para viabilizar o desempenho, com maior eficiência, de finalidades que transcendem os objetivos privados, o que estabelece uma forte distinção entre elas e as demais sociedades mercantis<sup>39</sup>. No mesmo sentido, é oportuno transcrever outra passagem de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, que torna clara a natureza destes entes peculiares no direito brasileiro:

Com efeito, os sujeitos que nascem do sopro estatal, seja quando instaurados com personalidade de direito público, seja quando criados com personalidade de direito privado, têm como traço essencial, como marca que os distingue de quaisquer outros, como signo que lhes preside a existência e comanda a inteligência de suas naturezas, o fato de serem criaturas **instrumentais** do Estado; são seres que gravitam na órbita pública. Estão, tanto como o próprio Estado, atrelados à realização de interesses no todo social e os recursos que os embasam são, no todo em sua parte majoritária [*sic*], originários de fonte pública. Tais criaturas existem para que o Estado, por seu intermédio, conduza de modo satisfatório assuntos que dizem respeito a toda a coletividade<sup>40</sup>.

Da mesma forma, Hely Lopes Meirelles defendia que as “entidades paraestatais”, denominação que o autor empregava para referir-se às empresas estatais, estariam na fronteira entre o público e o privado. Apesar de sua personalidade privada, realizam atividade de interesse público, de modo que se submetem a certos controles administrativos<sup>41</sup>.

Em síntese, a personalidade de direito privado atribuída às empresas estatais deve ser encarada tão-somente como um meio para que elas possam melhor atingir seus fins, não

<sup>37</sup> MELLO, Natureza..., 1984, p. 116.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 112-113.

<sup>40</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Sociedades Mistadas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae>. Acesso em 15.08.2010. p. 02. Grifo no original.

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação nas Entidades Paraestatais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n° 59/60, p. 73-79, jul./dez. 1981. p. 73-74.

podendo ser estimada a ponto de comprometer a própria natureza essencial destas entidades: sujeitos auxiliares do Estado<sup>42</sup>.

Logo, o fato de as empresas estatais serem constituídas, total ou parcialmente, com recursos públicos e, além disso, de serem criadas para realizar fins estatais, significa que, em nenhuma hipótese, seu regime será idêntico ao das empresas privadas<sup>43</sup>.

Com efeito, se o regime das empresas estatais fosse exatamente idêntico aos das demais pessoas jurídicas de direito privado, o Direito, obviamente, não teria se ocupado em destinar um conceito próprio a tais entes<sup>44</sup>.

Estabelecidas estas diferenças fundamentais das empresas estatais em relação à generalidade das sociedades mercantis, é importante que se mencione, ainda, que, através das sociedades de economia mista e das empresas públicas, o Estado realiza finalidades de dupla natureza: explora atividades econômicas (em regime de monopólio ou em concorrência com particulares) e presta serviços públicos, que são seus encargos típicos<sup>45</sup>.

Assim, há duas espécies de empresas estatais, que se diferenciam pelo seu objeto, aplicando-se a cada uma delas um regime jurídico diferenciado, que, em nenhum caso, é idêntico aos das sociedades mercantis em geral. Quando a estatal for criada para prestar um serviço público, sofrerá, naturalmente, influência mais acentuada de princípios e regras que visam a proteger interesses públicos. Por outro lado, quando concebida para a exploração de atividade econômica, a empresa estatal estará submetida a um regime mais próximo daquele aplicável às demais sociedades mercantis, pois exercerá seu objeto em regime de concorrência com estas<sup>46</sup>.

Quando se fala em empresas estatais, há essa necessária distinção, pois os regimes jurídicos apresentam diferenças entre si em função da diversidade do seu objeto, consoante a lição de Geraldo Ataliba:

[...] quando se fala em empresa pública imediatamente vem à idéia, a dicotomia necessária: a empresa que exerce serviço público e a empresa que explora atividade econômica. Evidentemente, em função dessa diversidade, os regimes jurídicos devem ser bastante diferentes [...]<sup>47</sup>

<sup>42</sup> MELLO, Natureza..., 1984, p. 112.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 111-113.

<sup>44</sup> MELLO, **Prestação...**, 1973, p. 104.

<sup>45</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 112.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 112-113.

<sup>47</sup> ATALIBA, Geraldo *et al.* Regime Jurídico das Empresas Estatais. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n° 83, p. 139-195, jul./set. 1987. p. 142.

Esta distinção terá consequências importantes quanto à questão principal que se pretende examinar neste trabalho, qual seja, a da sujeição das empresas estatais ao regime de licitações previsto na Lei nº 8.666/93. Será exposto que as estatais prestadoras de serviços públicos não podem esquivar-se de tal regime; no entanto, com relação às exploradoras de atividade econômica, o problema merece um exame mais aprofundado<sup>48</sup>.

Antes, porém, de entrar nesta discussão, será feita uma análise do modo como a jurisprudência brasileira tem adotado a distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, analisando-se, a seguir, algumas decisões bastante elucidativas.

Logo depois, serão explicados cada um dos objetos das empresas estatais, contrapondo-se a noção de serviço público e o conceito de atividade econômica, indicando-se os meios de execução pelo Estado e as peculiaridades de cada um deles.

Somente quando estiverem bem estabelecidos os elementos da distinção entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público é que se passará ao exame do problema das licitações.

## **1.2. Análise de Jurisprudência**

Tradicionalmente, a jurisprudência vem reconhecendo diferenças entre as empresas estatais com base no seu objeto, conforme seja a prestação de serviços públicos ou a exploração de atividade econômica em sentido estrito. Nos termos do que já foi demonstrado, costuma-se entender que o regime será preponderantemente de direito público quando se tratar de prestadora de serviços públicos; por outro lado, o regime será preponderantemente de direito privado quando o objeto da estatal for a exploração de atividade econômica.

Exemplo disto é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3273/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, que a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), sociedade de economia mista federal, explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico própria das sociedades privadas, nos termos do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal.

---

<sup>48</sup> MELLO, Natureza..., 1984, p. 113.

Em seu voto-vista, o Ministro Eros Grau defende que o monopólio está relacionado com uma atividade empresarial, cuja exploração pode dar-se por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado:

Note-se bem que, não sendo prestadora de serviço público, a Petrobras não pode ser concebida como delegada da União.  
[...] explora atividade econômica em sentido estrito, estando sujeita, portanto, ao disposto no § 1º, II, do artigo 173 da Constituição do Brasil. Vale dizer: está sujeita ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios, as contratações previstas no § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil<sup>49</sup>.

Assim sendo, o próprio Supremo Tribunal Federal admitiu que se há de fazer distinções entre as empresas estatais de acordo com seu objeto, aplicando-se o regime jurídico típico das sociedades mercantis em geral apenas às estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, que competem no mercado com os particulares, como é o caso da Petrobrás.

Por outro lado, tem-se o Recurso Especial nº 894.730/RS<sup>50</sup>, a respeito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública prestadora de serviço público. Neste caso, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o caráter híbrido do regime jurídico das empresas estatais, que congrega aspectos de direito público e privado.

Na decisão, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o entendimento doutrinário no sentido de que não é exclusivamente de direito privado o regime das estatais, menos ainda quando seu objeto for a prestação de serviços públicos.

O cerne da questão discutida referia-se à possibilidade de incidir causa de aumento de pena prevista para bem da União no caso de receptação de bem pertencente ao patrimônio de empresa pública federal, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

Em seu voto, a Ministra Laurita Vaz afirma:

Cabe esclarecer que as Empresas Públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com **patrimônio próprio**, criadas mediante autorização legal, sob qualquer forma admitida em lei, mas submetidas a certas regras decorrentes da finalidade pública<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3273/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24.10.2010.

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 894.730/RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24.10.2010. Grifos inexistentes no original.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 894.730/RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24.10.2010. Grifo no original.

O voto da Ministra foi pelo afastamento da causa de aumento de pena, já que o conceito de bem da União não pode abranger bem de empresa pública federal, uma vez que esta detém patrimônio próprio, que é independente do patrimônio da União.

Os demais Ministros, porém, não pactuaram com tal entendimento. O voto vencedor, proferido pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, assim explicou a natureza das empresas estatais:

Inicialmente, cumpre esclarecer que as Empresas Estatais – Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista – são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e possuem regime híbrido, isto é, predominará o público ou o privado a depender da finalidade da estatal – se prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

A ECT é **empresa pública, pessoa jurídica de direito privado**, prestadora de serviço postal, de **natureza pública e essencial** (art. 21, X, da CF). [...]

Assim, diversamente daquelas Empresas Estatais exercentes de atividade econômica, que estão predominantemente sob o regime de direito privado, a EBCT está sob o domínio do regime público, dada a essencialidade e exclusividade do serviço postal prestado. [...]

Logo, os bens da EBCT estão sob o regime de direito público e diretamente ligados à atividade essencial, sendo insuscetíveis de quaisquer restrições que afetem a continuidade, a regularidade e a qualidade da prestação do serviço<sup>52</sup>.

O Ministro Esteves Lima concluiu que o objeto do crime estava diretamente relacionado à prestação do serviço postal. Como o Código Penal<sup>53</sup> prevê a incidência da majorante quando o crime for praticado contra bens e instalações do patrimônio de empresa concessionária de serviços públicos, impunha-se sua aplicação no caso.

Em que pese tenham os Ministros chegado a conclusões diferentes acerca da aplicação da causa de aumento da pena, a ideia principal que se extrai de seus votos, para os fins deste trabalho, é a de que as estatais estão submetidas a regimes diversos conforme o objeto desempenhado por elas: predominantemente de direito público quando prestadoras de serviços públicos e predominantemente de direito privado quando exploradoras de atividade econômica. Em nenhum dos casos, porém, sujeitar-se-ão a regime idêntico ao das sociedades mercantis em geral, tendo em vista sua natureza de auxiliares da Administração, realizando finalidades públicas.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 894.730/RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24.10.2010. Grifo no original.

<sup>53</sup> *Capítulo VII – Da Receptação*

Art. 180. *Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.*

§ 6º. *Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro.*

## 2. Objeto: Distinção entre Serviço Público e Atividade Econômica em Sentido Estrito

Para que seja possível compreender as peculiaridades do regime jurídico que se aplica às empresas estatais, é de suma importância estabelecer com clareza a distinção entre o campo dos serviços públicos e o campo da atividade econômica, já que as empresas estatais têm sua disciplina jurídica determinada pela natureza do seu objeto.

Portanto, qualquer conclusão acerca do regime jurídico aplicável às empresas estatais só é possível a partir da definição do que se entende por exercício de atividade econômica e por prestação de serviço público.

O processo de ampliação das atribuições estatais, típico da configuração do *Welfare State*, em que o Estado foi compelido a intervir no domínio econômico para poder realizar seus fins, levou à inclusão de atividades de natureza econômica entre as funções desempenhadas por ele. Desde este momento, surgiu o problema de determinar qual o regime jurídico aplicável ao exercício de atividades econômicas pelo Estado, que se distingue do regime que se aplica à prestação de serviços públicos, a qual configura atividade estatal típica<sup>54</sup>.

A principal distinção que aparta o campo dos serviços públicos do campo da atividade econômica é a questão de a quem compete o seu exercício preferencial. O serviço público é considerado como o âmbito de atuação estatal, enquanto a chamada atividade econômica constitui, tradicionalmente, a área de atuação do setor privado. Contudo, é fundamental que se saliente que o serviço público não está dissociado da atividade econômica, mas, ao contrário, a integra, já que é também voltado a satisfazer necessidades, envolvendo a utilização de bens e serviços<sup>55</sup>.

Desde já, deve-se reforçar a ideia, expressada por Eros Grau, de que inexistente oposição entre atividade econômica e serviço público, visto que este é o tipo de atividade econômica que compete preferencialmente ao setor público, mas não exclusivamente, já que o setor privado presta serviços públicos em regime de concessão ou permissão. Assim sendo, o

---

<sup>54</sup> PINTO, O Declínio..., 1953, p. 01-03.

<sup>55</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: \_\_\_\_\_ ; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267. p. 250.

serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado<sup>56</sup>.

Acerca do tema, é indispensável citar a lição de Eros Grau, para quem o serviço público é uma espécie do gênero atividade econômica. O jurista afirma que a atividade econômica em sentido amplo é gênero, o qual compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito<sup>57</sup>. A distinção entre tais espécies depende das relações travadas entre as forças sociais (capital e trabalho), consoante explicita o mencionado jurista:

Pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*. É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito* e dos *serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho<sup>58</sup>.

Apesar de tais dificuldades para traçar a diferença entre as espécies de atividade econômica, é importante que se afirme que a exploração de atividade econômica em sentido estrito e a prestação de serviços públicos estão sujeitas a regimes jurídicos distintos: a primeira compete preferencialmente aos particulares, enquanto a segunda incumbe ao Estado, como se pode entender a partir da leitura dos arts. 173 e 175 da Constituição Federal de 1988.

Uma vez que as empresas estatais têm, no sistema brasileiro, atribuições relacionadas tanto à prestação de serviços públicos quanto à exploração de atividade econômica em sentido estrito, serão abordadas de maneira mais aprofundada as características de cada uma destas espécies de atividade econômica em sentido amplo.

<sup>56</sup> GRAU, Constituição..., 2001, p. 250.

<sup>57</sup> Segundo Eros Grau, o gênero atividade econômica em sentido amplo compreende, rigorosamente, três espécies, acrescentando-se às duas primeiras espécies a das *atividades ilícitas*: atividades econômicas em sentido amplo cujo exercício é vedado por lei (GRAU, **A Ordem...**, 2010, p. 102).

<sup>58</sup> GRAU, **A Ordem...**, 2010, p. 108-109. Grifos no original.

Primeiramente, será feita referência aos elementos e critérios que permitem identificar determinada atividade econômica em sentido amplo como serviço público.

## 2.1. Noção de Serviço Público

Assim como ocorre com tantos outros conceitos de direito administrativo, a noção de serviço público é bastante indeterminada, o que exigiu grande esforço da doutrina para delimitá-la.

Na França, a chamada “Escola do Serviço Público” fundamentou o direito administrativo na ideia de “serviço aos administrados”, atribuindo extrema relevância e amplitude ao que hoje entendemos como serviço público<sup>59</sup>. Ainda hoje, a doutrina francesa mais recente confere enorme importância ao tema, conforme se vê pela afirmação de Jacqueline Morand-Deville: “*Le service public est sans doute la notion la plus complexe, controversée et essentielle du droit administratif*”<sup>60</sup>.

À parte da dificuldade e da complexidade de definir-se serviço público, é imprescindível expor o conceito empregado pela doutrina brasileira, aqui representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem se pode conceituar serviço público da seguinte maneira:

*Serviço público* é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo<sup>61</sup>.

A conclusão a que se chega é que, no Brasil, o conceito de serviço público segue a noção clássica francesa em suas principais linhas, designando o serviço que é prestado pelo Estado visando a fins de interesse público ou, de outro lado, o serviço executado por um particular, mas apenas por delegação do Estado<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Sobre a “Escola do Serviço Público”, cf. a obra de um de seus representantes: JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. v. II. Buenos Aires: Depalma, 1949. 556 p.

<sup>60</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1991. p. 378.

<sup>61</sup> MELLO, Celso..., 2010, p. 671. Grifo no original.

<sup>62</sup> É fundamental, nesse ponto, salientar a ressalva feita por Almiro do Couto e Silva: há atividades de interesse geral que são desempenhadas tanto pelo Estado quanto pelos indivíduos, não sendo o Estado seu titular

A ideia principal que se deve extrair do conceito transcrito acima é de que a prestação de serviços públicos está necessariamente vinculada a um regime específico: o regime de direito público. No Brasil, segundo afirma Almiro do Couto e Silva, é impossível adotar-se um conceito de serviço público desprovido de vínculo orgânico com o Estado, já que ele mantém, em todas as situações, a titularidade dos serviços e apresenta-se sempre investido de amplo instrumental normativo e sancionatório, indispensável às atividades das agências regulatórias<sup>63</sup>.

Assim, o conceito de serviço público designa aquele serviço que é prestado por órgão estatal ou por particular (mediante delegação do Estado), destinando-se a satisfazer um interesse geral. Costuma-se dizer que o Estado é o titular do serviço, podendo sua gestão ser delegada a particulares. No direito brasileiro, em síntese, não há serviço público sem vinculação ao direito público, pois o serviço será prestado pelo Estado ou será prestado por particular mediante delegação estatal.

Nesse ponto, é essencial fazer menção à lição de Ruy Cirne Lima, para quem o serviço público configura uma atividade existencial, supondo que a Administração execute-a, diretamente ou por concessão, já que é indispensável à sociedade a existência e o funcionamento daquela atividade<sup>64</sup>.

Retomando os ensinamentos de Cirne Lima, Eros Grau traz a seguinte noção de serviço público: atividade explícita ou supostamente definida na Constituição Federal como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico<sup>65</sup>. Por trás desta noção, esta a ideia de que a Constituição Federal apresenta todos os elementos que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviços públicos, tese afirmada por Ruy Cirne Lima.

As lições de Cirne Lima e Eros Grau vinculam-se à definição da noção de serviço público sob o aspecto material, em oposição ao critério formal. Por este último, o regime de direito público é que determina quais atividades são serviços públicos, ou seja, as atividades serão consideradas serviços públicos se o regime a que se submetem for o regime de direito

---

exclusivo. Como exemplos temos as atividades ligadas à saúde e à educação, as quais, quando prestadas pelo Estado ou por delegação estatal, serão consideradas como serviços públicos; por outro lado, quando ausente qualquer laço com o Estado, serão consideradas atividades meramente privadas (COUTO E SILVA, **Privatização...**, 2009, p. 02). Tais atividades são geralmente classificadas como “serviços públicos não privativos” pela doutrina brasileira (GRAU, **Constituição...**, 2001, p. 252-253).

<sup>63</sup> COUTO E SILVA, **Privatização...**, 2009, p. 31.

<sup>64</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Organização Administrativa e Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n° 65, p. 129-133, 1981. p. 131-133.

<sup>65</sup> GRAU, **Constituição...**, 2001, p. 267.

público. Por outro lado, o elemento material do serviço público traz a ideia de que não é o regime, mas a qualidade da atividade que determina se ela é um serviço público.

Assim, afirma Eros Grau, a atividade fica sujeita a um determinado regime por ser serviço público e não o inverso. Logo, baseando-se nas teses de Cirne Lima e Duguit, Eros Grau defende incumbir ao Estado a responsabilidade pela provisão à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo tidas como indispensáveis à realização da coesão e interdependência sociais<sup>66</sup>.

Ainda sobre o tema do serviço público, Almiro do Couto e Silva relata que, no Brasil, a grande onda de privatizações significou a transferência do exercício de funções públicas aos particulares. Essa atribuição de funções tradicionalmente de interesse público aos particulares teve origem na crise do Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) e na ascensão do liberalismo, com uma série de medidas que visavam a reduzir o tamanho do Estado através de privatizações, desregulamentações e quebras de monopólio estatal<sup>67</sup>.

Nesse contexto, ganharam impulso as formas de colaboração de particulares com o Estado, que, em um primeiro momento, focaram-se, sobretudo, no instituto da concessão de serviços públicos. Após a Segunda Guerra Mundial, porém, esse fenômeno de descentralização do Estado passou a ocorrer predominantemente no sentido de “fuga para o direito privado”: as atividades comerciais e industriais exercidas pelo Estado (antes atribuídas às autarquias) passaram a ser realizadas por pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista e empresas públicas integrantes da Administração Indireta), que substituíram em grande medida o uso do instrumento de concessão de serviços públicos<sup>68</sup>.

Na década de 1990, a forte onda de privatizações verificada no Brasil contribuiu para a retomada da concessão, da permissão e da autorização de serviços públicos, sobretudo pelo fato de ter havido a quebra do monopólio estatal em importantes setores da atividade econômica, tais como o das telecomunicações. Nesse cenário, foram introduzidas, no ordenamento jurídico brasileiro, as agências reguladoras, com a função de disciplinar e controlar a prestação de serviços públicos por particulares, criadas a espelho das agências existentes nos Estados Unidos<sup>69</sup>.

Obviamente, os serviços públicos delegáveis mediante concessão ou permissão são aqueles de natureza comercial e industrial, isto é, aqueles que têm caráter econômico, classificados como *atividade econômica em sentido amplo*, segundo a divisão proposta por

---

<sup>66</sup> GRAU, Constituição..., 2001, p. 265.

<sup>67</sup> COUTO E SILVA, *Privatização...*, 2009, p. 04.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 07-08.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 12.

Eros Grau, já exposta. Logo, a espécie de atividade econômica conhecida como serviço público permite a transferência de sua gestão aos particulares, mantendo-se a sua titularidade estatal, nos termos do art. 175 da Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos<sup>70</sup>.

Ainda que prestados em regime privado e situados em ambiente de competição e concorrência, mas em um mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegados aos particulares continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, ficando sujeito às normas e aos princípios típicos do direito público, como a estrita vinculação à legalidade, por exemplo<sup>71</sup>.

A concorrência na exploração de quaisquer serviços públicos no Brasil não é regulada somente pelas inclinações do mercado. Trata-se de uma liberdade permanentemente vigiada pelo Poder Público que, pelas agências reguladoras, tem meios de intervir no sentido de preservar o interesse público quando ameaçado<sup>72</sup>.

Quanto ao regime jurídico a que se submete o exercício de serviço público, pode ser tanto um regime inteiramente de direito público quanto um regime híbrido (predominantemente de direito privado com algumas normas de direito público), que se denominou “Direito Privado Administrativo”<sup>73</sup>. Trata-se de regime especial: direito privado nas relações com os usuários, mas direito público no vínculo com o Estado.

A circunstância de os serviços prestados serem de interesse coletivo não implica necessariamente que eles devam ser prestados em regime público. Apenas quando modalidades de serviços de interesse coletivo forem essenciais e sujeitas a deveres de universalização é que sua exploração não será feita em regime privado.

O que é importante ressaltar, contudo, é que mesmo nos casos de serviços de interesse coletivo que não estejam sujeitos ao monopólio estatal, haverá o influxo de princípios de direito público, devendo o serviço prestado satisfazer as condições de continuidade, segurança, cortesia na prestação, dentre outras típicas dos serviços públicos, conforme dispõe o art. 6º da Lei nº 8.987/94 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), submetendo-se, ademais, à fiscalização estatal através das agências reguladoras.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. (Série Legislação Brasileira). p. 899.

<sup>71</sup> COUTO E SILVA, **Privatização...**, 2009, p. 32.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>73</sup> A expressão “Direito Privado Administrativo” foi empregada por Almiro do Couto e Silva com base na obra do alemão Hans Julius Wolff (cf. *Ibidem*, p. 02).

A partir desse entendimento é que, quando o objeto de uma empresa estatal for o desempenho de um serviço público, torna-se mais difícil afastar os princípios públicos de sua atuação, a despeito da personalidade de direito privado atribuída a tais empresas.

Em que pese a necessária vinculação do serviço público ao Estado (que o prestará direta ou indiretamente), a mera atribuição estatal de determinada competência relacionada ao empreendimento de certa atividade não é suficiente para defini-la como serviço público. O Estado atua não apenas no âmbito da atividade econômica em sentido amplo (através dos serviços públicos), mas também na exploração de atividades econômicas em sentido estrito, que não configuram serviços públicos. É indispensável que se faça tal ressalva, pois o Estado atua no domínio econômico seja através do monopólio estatal de determinados setores da atividade (estabelecidos no art. 177 da Constituição Federal), seja mediante a exploração subsidiária de atividades econômicas por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei (consoante art. 173 da Constituição Federal)<sup>74</sup>, conforme será abordado a seguir.

## **2.2. Exploração de Atividade Econômica em Sentido Estrito pelo Estado: Subsidiariedade da Intervenção Estatal no Domínio Econômico**

A partir da Revolução Industrial, verificada no século XIX, houve uma alteração no panorama constitucional, que passou a contemplar normas destinadas à correção de distorções na ordem econômica, na qual o Estado passou a atuar de modo dirigista e intervencionista, no intuito de amenizar disfunções e desigualdades causadas pela adoção do liberalismo econômico extremado<sup>75</sup>.

Em tal contexto, contrapõem-se ao longo da História duas concepções acerca da atuação do Estado no domínio econômico: a tese segundo a qual é prescindível a atuação estatal nessa seara e o entendimento de que o Estado deve atuar positivamente no domínio econômico, agindo e regulando. Ambas estas concepções têm por base a ideia de que os entes

<sup>74</sup> GRAU, Constituição..., 2001, p. 256-257.

<sup>75</sup> PREDIGER, Carin. **A Atuação do Estado na Ordem Econômica da Constituição de 1988 sob a Ótica da Subsidiariedade Estatal ou Horizontal**. 2005. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. f. 21-24.

privados possuem, no plano da economia, a primazia de ação, cabendo ao Estado agir quando aos particulares não for possível fazê-lo, cerne da noção de subsidiariedade<sup>76</sup>.

A subsidiariedade da ação estatal, assim, significa que o Estado deixa aos particulares a primazia de atuação nas áreas comercial, industrial e financeira<sup>77</sup>. A não ingerência estatal na área econômica somente cede nas hipóteses em que a iniciativa privada for omissa, desinteressada ou incapaz de desenvolver as atividades.

A Constituição de Weimar, de 1919, dedicou capítulo próprio à disciplina do papel do Estado na ordenação do espaço econômico, servindo de inspiração para outros textos constitucionais de diversas nações do mundo, entre eles o Brasil, cuja Constituição Federal de 1934 foi a primeira do país a dedicar um título à “Ordem Econômica e Social”.

Os textos constitucionais promulgados a partir de 1934 preocuparam-se com a delimitação do espaço de atuação estatal direta e indireta no domínio econômico. A atuação direta do Estado, que é o foco desta parte da monografia, deu-se, como regra geral, de modo supletivo à ação da iniciativa privada: o Poder Público tomou para si a incumbência de explorar os setores da economia que não encontraram nos particulares a capacidade de arcar com os investimentos necessários<sup>78</sup>.

Na Constituição Federal de 1988, a atividade econômica em sentido estrito cabe aos particulares, podendo ser explorada diretamente pelo Estado, subsidiariamente, nos casos excepcionais previstos no art. 173 do texto constitucional (quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei).

É evidente que o mencionado art. 173 faz alusão à atividade econômica em sentido estrito, que é de titularidade do setor privado, sendo que as hipóteses em que se permite a atuação do setor público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) nesse campo são aquelas especificadas no dispositivo constitucional<sup>79</sup>. Por tal razão é que se diz que, no sistema constitucional brasileiro, a atuação do Estado como agente econômico em área de titularidade do setor privado é meramente subsidiária: apenas nas hipóteses indicadas no art. 173 é permitida a exploração direta de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado.

A Constituição Federal traz o agir do Estado no domínio econômico dividido em duas modalidades. A primeira delas, já abordada anteriormente, diz respeito ao agir do Estado em

<sup>76</sup> PREDIGER, *A Atuação...*, 2005, f. 21-24.

<sup>77</sup> Este modelo condiz com o Estado liberal, que se opõe ao *Welfare State*, em que se reserva ao Estado o papel de protagonista no desempenho de variadas funções, inclusive as relacionadas à atividade econômica (cf. *Ibidem*, f. 27).

<sup>78</sup> *Ibidem*, f. 26-29.

<sup>79</sup> GRAU, *A Ordem...*, 2010, p. 103.

setor que lhe é típico, a prestação de serviços públicos, prevista no art. 175 do texto constitucional. A segunda modalidade, contida no art. 173, é a atuação direta do Estado no campo típico do setor privado, isto é, o agir estatal na atividade econômica em sentido estrito. Tal atuação direta<sup>80</sup> pode ocorrer de modo exclusivo (monopólio estatal, hipótese em que o Estado retira da iniciativa privada o desempenho de determinada atividade) ou em regime de competição com os particulares (conhecida como *participação* do Estado, em que o exercício da atividade ocorre paralelamente aos particulares).

Com efeito, além da previsão contida no art. 173, o texto constitucional também delimita os setores da atividade econômica em que ocorre o monopólio da União, os quais estão reunidos no art. 177 da Constituição Federal. Aqui, também se trata de exploração de atividade econômica em sentido estrito, o que corrobora a afirmação feita anteriormente de que a atribuição ao Estado do exercício de certas atividades não configura, por si só, prestação de serviços públicos, existindo situações excepcionais em que será possível a exploração direta de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, quais sejam: a exploração de atividades que constituem monopólio estatal (art. 177 da Constituição Federal) e a atuação no domínio econômico em caráter subsidiário (art. 173 do texto constitucional).

Historicamente, a subsidiariedade relaciona-se às ideias de descentralização estatal e de limitação do poder. A doutrina faz distinção entre a subsidiariedade institucional e a subsidiariedade estatal. A primeira diz respeito à descentralização político-administrativa, ligando-se às relações estabelecidas entre os entes estatais e à divisão do exercício de competências entre eles. Propõe que as decisões, sempre que possível, sejam tomadas por um nível político e administrativo mais próximo dos cidadãos, sendo apontada como fundamento do federalismo<sup>81</sup>.

Já a subsidiariedade estatal, mais relevante para o presente trabalho, refere-se às relações entre indivíduos e Estado, definindo o grau de *intervenção*<sup>82</sup> do Estado na vida econômica e social de um país e o âmbito de livre atuação dos cidadãos. Desse modo, poderá haver normas de subsidiariedade que imponham ao Estado um dever positivo (de atuação) ou

---

<sup>80</sup> À atuação direta do Estado na economia, contrapõe-se a sua atuação indireta, que se dá por meio da ação regulatória incidente sobre a iniciativa privada, nos termos do art. 174 da Constituição (cf. GRAU, **A Ordem...**, 2010, p. 90-97).

<sup>81</sup> PREDIGER, **A Atuação...**, 2005, f. 55-61.

<sup>82</sup> O termo *intervenção* expressa justamente o sentido de atuação na esfera de outrem (em área de titularidade do setor privado): o Estado não pratica intervenção quando presta ou regula serviço público, já que atua, nesse caso, em área de sua própria titularidade (cf. GRAU, *op. cit.*, p. 91).

que determinem ao Estado um dever negativo (de abstenção), conforme a conjuntura admita o Estado como ator principal da vida social<sup>83</sup>.

Assim, trazendo tais conceitos para o contexto do modo de produção capitalista, tem-se a subsidiariedade estatal, simultaneamente, como um critério de delimitação material da atuação do Estado e de legitimação da sua intervenção na economia<sup>84</sup>.

Ao apresentar os princípios que regem a atividade econômica, a Constituição brasileira de 1988 dispõe que há dois agentes distintos: o Estado e a iniciativa privada, os quais possuem, cada qual, sua esfera de atuação. Quanto à exploração de atividade econômica em sentido estrito, o art. 173 deixa claro que, neste âmbito, o exercício preponderante é deixado à iniciativa privada, tendo o Estado papel subsidiário. Portanto, apenas em situações excepcionais pode o Estado ter atuação direta na economia<sup>85</sup>.

O tema da delimitação do âmbito de atuação do Estado e dos particulares no ordenamento jurídico brasileiro torna-se ainda mais complexo quando se leva em conta o tema central desta monografia: as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração Indireta que exploram atividade econômica em sentido estrito, sobre as quais persistem muitas dúvidas. Dentre elas, a que se pretende examinar é a questão da submissão das estatais ao regime de licitação típico da Administração Pública em geral, regulamentado pela Lei nº 8.666/93.

---

<sup>83</sup> PREDIGER, *A Atuação...*, 2005, f. 55-61.

<sup>84</sup> *Ibidem*, f. 55-61.

<sup>85</sup> *Ibidem*, f. 65-66.

### III – ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS E DEVER DE LICITAR

#### 1. Exposição do Problema

##### 1.1. Licitação e Empresas Estatais

Diferentemente dos particulares, que podem contratar livremente, adquirir, alienar, onerar seus bens, o Poder Público não goza de tamanha liberdade, devendo adotar um procedimento prévio e rigorosamente determinado na lei para a escolha de seus contratantes. Tal procedimento é chamado de *licitação*<sup>86</sup>.

A expressão *licitação* passou a ser empregada no Brasil a partir do Decreto-lei nº 200/67, que implantou a reforma administrativa federal no país. Antes disso, as chamadas *concorrências públicas* para compras, obras e serviços no âmbito da Administração eram regidas pelo Código de Contabilidade Pública da União, de 1922<sup>87</sup>.

Sob a égide do Decreto-lei nº 200/67, era pacífica na doutrina e na jurisprudência brasileiras a inexigência de licitação para as contratações com as empresas estatais: a regra era a livre escolha dos contratantes por parte das sociedades de economia mista e das empresas públicas<sup>88</sup>. Isso devido ao fato de que a legislação brasileira, fazendo referência explícita à Administração Direta e às autarquias, excluía do regime licitatório as demais entidades da Administração Indireta<sup>89</sup>.

As normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações pelo Poder Público estavam definidas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200/67, hoje revogados, que excluía do regime licitatório as sociedades de economia mista e as empresas públicas. O art. 125, já revogado, do referido Decreto-lei expressamente dispunha que as normas sobre licitações aplicavam-se tão-somente à Administração Direta e às autarquias, conforme se transcreve a seguir:

---

<sup>86</sup> MELLO, Curso..., 2010, p. 524.

<sup>87</sup> CRETELLA JÚNIOR, Administração..., 2000, p. 383.

<sup>88</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação nas Entidades Paraestatais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 59/60, p. 73-79, jul./dez. 1981. p. 75.

<sup>89</sup> CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 383.

Art. 125. As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas em decreto<sup>90</sup>.

Desse modo, inexistia dúvida sobre a liberdade das empresas estatais para contratarem diretamente, sem que houvesse um procedimento licitatório pré-definido para elas.

Apesar disso, Hely Lopes Meirelles já apontava, desde então, a conveniência de estabelecer-se um procedimento seletivo simplificado para as empresas estatais, no qual fossem observados os princípios (não as regras) da licitação administrativa. O autor criticava a liberdade do sistema então vigente, sugerindo que a licitação fosse a regra para toda a Administração, tanto Direta quanto Indireta<sup>91</sup>.

O eminente jurista defendia que fosse adotado um procedimento seletivo simplificado para as empresas estatais, em que houvesse a observância dos princípios da licitação das entidades públicas, tais como formalidades mínimas, igualdade entre os proponentes, publicidade dos atos, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital, julgamento objetivo<sup>92</sup>. Hely Lopes Meirelles entendia que deveria haver uma conciliação entre as exigências da moralidade e da probidade administrativas com a atuação no mercado das empresas estatais, já que, ainda que administradas nos moldes da iniciativa privada, a elas seriam aplicáveis os deveres genéricos de qualquer gestor de bens e de dinheiro público<sup>93</sup>.

A posição de Hely Lopes Meirelles estava assentada no fato de que, no Estado de Direito, a Administração está obrigada a agir com impessoalidade. Com efeito, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação atende às exigências públicas de proteção aos interesses e aos recursos públicos, de observância aos princípios da isonomia e da impessoalidade e de respeito à probidade administrativa<sup>94</sup>. Por tais razões, deveria ser exigida em qualquer manifestação de atividade administrativa.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi incluída, em seu art. 37, inciso XXI, a exigência de licitação pública para a Administração Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, assegurando-se a igualdade de condições a todos os concorrentes. Este inciso XXI foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93, a qual expressamente

---

<sup>90</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.09.2010.

<sup>91</sup> MEIRELLES, Licitação..., 1981, p. 77.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 77-78.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>94</sup> MELLO, **Curso...**, 2010, p. 526.

dispõe que seu regime é aplicável também às empresas estatais, nos termos de seu art. 1º, Parágrafo Único:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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<sup>95</sup>.

A partir daí, as empresas estatais, qualquer que fosse seu objeto, vinham promovendo licitações em estrita observância das normas gerais previstas pela Lei nº 8.666/93<sup>96</sup>. Contudo, apesar da clareza de tais dispositivos, a personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais e a necessidade de compatibilizar seu regime com a atuação em regime de competição colocaram delicadas dúvidas acerca da aplicabilidade de tais artigos às empresas estatais exploradoras de atividade econômica<sup>97</sup>, sobretudo a partir da Emenda Constitucional nº 19/98.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98<sup>98</sup>, o tratamento uniforme dispensado às estatais exploradoras de atividade econômica e prestadora de serviços públicos em matéria de licitações passou a ser questionado. Em face da nova redação do art. 173 da Constituição Federal, dada pela referida Emenda, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito passaram a receber tratamento diferenciado, determinando-se que seja editado um estatuto jurídico para elas, dispondo, entre outros aspectos, sobre a licitação e a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 173, Parágrafo Primeiro, inciso III do texto constitucional)<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10.11.2010.

<sup>96</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 229, p. 69-85, jul./set. 2002. p. 69.

<sup>97</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Empresa Pública; Sociedade de Economia Mista; Princípio da Igualdade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 144, p. 191-202, abr./jun. 1981. p. 193.

<sup>98</sup> A Emenda Constitucional nº 19/98 também alterou a redação do inciso XXVII do art. 22, que passou a diferenciar as normas gerais de licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista, fazendo remissão ao art. 173, Parágrafo Primeiro, inciso III, do texto constitucional:

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;

<sup>99</sup> DALLARI, Licitações..., 2002, p. 69.

Assim, com a Emenda Constitucional nº 19/98, surgiu a discussão doutrinária sobre se as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão obrigadas a obedecer às normas gerais de licitações estabelecidas pela Lei nº 8.666/93 ou se, ao contrário, podem pautar-se por normas próprias, estabelecendo procedimentos simplificados<sup>100</sup>.

Quanto às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, não recaem questionamentos sobre sua submissão às regras gerais de licitação do Poder Público, já que a Constituição Federal não fez qualquer distinção em relação a elas<sup>101</sup>. Assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que têm por objeto um serviço público permanecerão submetidas às disposições da Lei nº 8.666/93, uma vez que não foram afetadas pelas alterações do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição<sup>102</sup>.

De fato, essa interpretação parece a mais adequada, mesmo por que é justamente sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica que repousa o problema maior, cuja solução depende fundamentalmente da edição de uma lei que estabeleça o seu estatuto jurídico, como quer o Parágrafo Primeiro do art. 173 do texto constitucional.

Contudo, mesmo que se adote o entendimento de que o estatuto a ser elaborado deve abranger também as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, pois o Parágrafo Primeiro do art. 173 faz alusão à “prestação de serviços”, isto não significaria que tal estatuto dar-lhes-ia uma disciplina única, pois isso não é constitucionalmente possível, já que, pela leitura e interpretação da Constituição Federal, nota-se que as empresas estatais possuem vocações diferentes conforme seu objeto seja a prestação de serviços públicos ou a exploração de atividade econômica<sup>103</sup>.

Exposto o problema que se pretende analisar, convém identificar na doutrina os posicionamentos divergentes, bem como explicar a ausência de regulamentação do art. 173, Parágrafo Primeiro, inciso III, da Constituição Federal e suas implicações.

---

<sup>100</sup> DALLARI, Licitações..., 2002, p. 69.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>102</sup> MELLO, Curso..., 2010, p. 537.

<sup>103</sup> BORGES, Alice Gonzalez. O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 217, p. 1-12, jul./set. 1999. p. 07-08.

## 1.2. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e Projeto de Lei nº 5.345/2009

Nos termos já expostos, há uma grande polêmica no direito brasileiro envolvendo as empresas estatais exploradoras de atividade econômica no que se refere à obrigatoriedade de sua submissão às regras gerais de licitação dispostas na Lei nº 8.666/93.

A Constituição Federal de 1988 optou por não definir claramente as diretrizes para o regime jurídico a ser dispensado às empresas estatais. A Emenda Constitucional nº 19/98, por sua vez, deu nova redação ao Parágrafo Primeiro do art. 173 da Carta Magna e previu a edição de uma lei que fixasse o estatuto jurídico das empresas estatais, delimitando parâmetros mínimos, dentre eles a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal) e as regras para seus procedimentos licitatórios (art. 173, § 1º, III, do texto constitucional).

Tal estatuto regulamentando o regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista jamais foi editado. Desde a Emenda Constitucional nº 19/98, houve propostas de projetos de lei sobre a matéria, mas, até o momento, nenhum deles foi aprovado pelo Congresso Nacional, de modo que a indefinição sobre esse tema permanece até hoje, o que torna ainda mais importante o fomento do debate pela doutrina.

Entre os membros da comissão de elaboração de um destes projetos de lei, constavam juristas de grande projeção, como Marçal Justen Filho, para quem, aliás, o referido estatuto abrangia tão-somente as entidades destinadas à exploração de atividade econômica, sobre as quais recaem as maiores incertezas. Tal interpretação baseia-se no fato de que o Parágrafo Primeiro do art. 173 da Constituição faz menção expressa à exploração de atividade econômica. Logo, o referido estatuto não abrangia as empresas estatais destinadas à prestação de serviço público, conforme já mencionado<sup>104</sup>.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, o Projeto de Lei nº 5.345/2009<sup>105</sup>, apresentado pelo Deputado Federal Gustavo Fruet (PSDB-PR) em 03 de junho de 2009, que tem por objeto, justamente, a regulamentação do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição. Pretende ser aplicado às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que prestem serviços ou produzam ou comercializem bens,

---

<sup>104</sup> BORGES, O Estatuto..., 1999, p. 04-05.

<sup>105</sup> O conteúdo integral do Projeto de Lei nº 5.345/2009 está disponível no *site* da Câmara dos Deputados: <[www.camara.gov.br/sileg](http://www.camara.gov.br/sileg)>. Acesso em 22.09.2010.

denominando-as “empresas paraestatais”, sejam vinculadas à União, aos Estados ou aos Municípios, conforme seu art. 2º:

Art. 2º Consideram-se, para os fins desta Lei:

I - empresas paraestatais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, bem como aquelas sob controle acionário dessas ou da União, de Estado, do Distrito Federal ou de Município; [...]<sup>106</sup>

O Projeto, extremamente sucinto, admite que as “empresas paraestatais” podem dispor de maior flexibilidade na sua atuação do que as pessoas de direito público, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro permite que o Estado atue por meio de pessoas de direito privado. Porém, o Projeto faz a ressalva de que uma maior flexibilidade não significa que tais empresas não estejam sujeitas a alguns mecanismos especiais de controle, já que são criadas para alcançar fins de interesse da coletividade.

Dessa forma, o Projeto estabelece que as estatais deverão sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal, mas propõe uma série de regulações especiais. Dentre elas, a exigência de concurso público para a contratação de empregados, nomeação dos administradores pelo chefe do Poder Executivo a que estejam submetidas, fiscalização pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Um dos pontos mais interessantes do Projeto de Lei nº 5.345/2009 é o que exige que as “empresas paraestatais” permitam o acesso, pela internet, aos dados referentes à sua atuação, ressalvadas as informações sigilosas, com base no princípio da publicidade que deve informar a Administração Pública.

No que toca à licitação, cerne desta monografia, o Projeto de Lei nº 5.345/2009 prevê a exigência de licitação para as empresas estatais nos seguintes termos:

Art. 12. A contratação de obras, serviços, compras e alienações pela empresa paraestatal será feita mediante licitação, observados os princípios da administração pública e as normas de regulamento próprio, aprovado pelo Ministério ou Secretaria competente e devidamente publicado<sup>107</sup>.

O Projeto de Lei nº 5.345/2009, assim, admite que as sociedades de economia mista e as empresas públicas não se submetam ao regime da Lei nº 8.666/93, podendo determinar as próprias regras para realizar procedimento licitatório simplificado, desde que atendidos os

<sup>106</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público. **Projeto de Lei nº 5.345/2009**. Autor: Deputado Gustavo Fruet. Data de apresentação: 03.06.2009. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg>. Acesso em 22.09.2010.

<sup>107</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público. **Projeto de Lei nº 5.345/2009**. Autor: Deputado Gustavo Fruet. Data de apresentação: 03.06.2009. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg>. Acesso em 22.09.2010.

princípios informadores da Administração Pública, como, aliás, era a sugestão de Hely Lopes Meirelles ainda na década de 1980: procedimento licitatório simplificado, porém em observância aos princípios norteadores da atividade administrativa<sup>108</sup>.

Ocorre que, pela leitura do art. 12 acima transcrito, vê-se que o Projeto de Lei nº 5.345/2009 não apresenta critérios materiais, delegando às autoridades do Poder Executivo a incumbência de editar as normas do regulamento próprio, o que pode ser entendido como hipótese de delegação imprópria, tema que será abordado na análise do Recurso Extraordinário nº 441.280/RS, a seguir.

Independentemente desta solução sugerida pelo Projeto de Lei nº 5.345/2009, a discussão doutrinária permanece no que toca à possibilidade de aplicação de procedimento licitatório simplificado sem que tenha sido finalmente aprovada uma lei que o discipline. Conforme se exporá a seguir, grande parte da doutrina entende que, enquanto não for editado o estatuto jurídico das estatais exploradoras de atividade econômica, elas permanecem sujeitas à Lei 8.666/93. Já outros autores defendem a possibilidade de adoção de procedimento simplificado mesmo antes da edição do estatuto. A seguir, contrapor-se-ão os principais argumentos de cada uma destas correntes.

## **2. Posicionamentos da Doutrina e da Jurisprudência Pátrias sobre o Problema**

### **2.1. Discussão Doutrinária**

Grande parte da doutrina brasileira tem entendido que a observância das normas gerais sobre licitações previstas na Lei nº 8.666/93 é obrigatória para as sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividade econômica enquanto não for editado o estatuto jurídico das empresas estatais previsto no Parágrafo Primeiro do art. 173 da Constituição Federal. Dentre os autores que adotam tal entendimento está Maria Sylvia Zanella di Pietro, cuja opinião sobre as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98 é a seguinte:

Com essa alteração, abriu-se ensejo a que se estabeleça normas sobre licitação e contratos diferentes para as empresas estatais. Enquanto não for

---

<sup>108</sup> MEIRELLES, Licitação..., 1981, p. 77-78.

estabelecido o estatuto jurídico previsto no art. 173, § 1º, continuam a aplicar-se as normas da Lei nº 8.666/93, já que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável<sup>109</sup>.

Em resumo, entende a autora que a aplicabilidade da distinção constitucionalmente prevista em relação às empresas estatais somente se dará com a edição da lei prevista no Parágrafo Primeiro do art. 173 da Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos principais administrativistas brasileiros, corrobora esta tese de que as estatais exploradoras de atividade econômica estarão, futuramente, regidas pela lei que será editada em conformidade com o art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição, conforme trecho de sua obra reproduzido abaixo:

Questão que, mesmo hoje, merece certa detença é a de se saber se sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica estão ou não sujeitas ao dever de licitar. Estarão também elas obrigadas a licitar, tendo em vista que o art. 173, § 1º, II, da Constituição as declarou “sujeitas ao regime próprio das empresas privadas”? Parece-nos que, *com as significativas ressalvas adiante feitas*, a resposta terá de ser afirmativa. E que, pois, não se pode tomar ao pé da letra a dicção do preceptivo cogitado.

Com efeito, em inúmeros outros artigos da Constituição – como no art. 37, XXI, atinente à licitação – encontram-se normas que impõem a quaisquer entidades da Administração indireta regramento diverso do aplicável às empresas privadas, *sem discriminar se são ou não exploradoras de atividade econômica*. E em nenhum deles caberia duvidar de que também estas últimas estão abrangidas pelos sobreditos preceitos, conquanto as normas em questão lhes confirmam tratamento distinto do que se aplica às empresas privadas. Assim, também, não há por que pretender que o art. 37, XXI, esbarre no art. 173, § 1º, II<sup>110</sup>.

No mesmo sentido é o posicionamento de outro eminente jurista, Marçal Justen Filho, que afirma que o *caput* do art. 37 do texto constitucional consagra princípios aplicáveis de modo uniforme a todas as entidades integrantes da Administração Pública, seja Direta ou Indireta. Da mesma forma, o inciso XXI do mesmo artigo prevê a regra geral de prévia licitação, sendo que as exceções deverão estar previstas em lei. Conclui o autor que a personalidade jurídica de direito privado das sociedades de economia mista e das empresas públicas não afasta a sua submissão ao regime licitatório, o que não significa que tal regime deve ser idêntico àquele a que se subordinam os entes de direito público<sup>111</sup>.

O trecho transcrito a seguir sintetiza o pensamento de Marçal Justen Filho sobre a questão:

<sup>109</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 394.

<sup>110</sup> MELLO, **Curso...**, 2010, p. 538.

<sup>111</sup> JUSTEN FILHO, **Comentários...**, 2008, p. 22.

A EC nº 19/98 alterou a redação do art. 173, que passou a prever que as entidades da Administração indireta, exercentes de atividade econômica, estariam sujeitas a regime jurídico específico no tocante às licitações. Ali se previu um “estatuto” para tais entidades, ao qual caberia disciplinar licitação e contratação, “observados os princípios da administração pública” (inc. III). Supõe-se que a vontade do legislador reformador era a de aliviar as restrições da Lei nº 8.666, relativamente a sociedades de economia mista e empresas públicas exercentes de atividade econômica. Mas a nova redação não assegurou tal resultado. A questão apenas pode se resolver no âmbito da legislação infraconstitucional. Enquanto não for editado um estatuto de licitações da Administração indireta, a matéria continuará sob a disciplina da Lei nº 8.666. [...]

Em síntese, as entidades da Administração indireta permanecerão sujeitas ao regime da Lei nº 8.666 até a edição de novas regras. No futuro, haverá dois regimes básicos, um destinado à Administração direta e autárquica e outro para as entidades de direito privado organizadas segundo padrões empresariais. O regime especial para essas últimas não consistirá na liberação pura e simples para realização de contratações, mas envolverá a adoção de limites e procedimentos simplificados<sup>112</sup>.

Ressalta também este doutrinador que, quanto à estatais prestadoras de serviços públicos, não merecem prosperar quaisquer dúvidas sobre estarem no âmbito de abrangência da Lei nº 8.666/93, já que os próprios entes exploradores de atividade econômica também se sujeitam a tal legislação<sup>113</sup>. A discussão toda foca-se nestas últimas, às quais a aplicação rigorosa da disciplina da Lei nº 8.666/93 poderia gerar resultados desastrosos em certas situações, já que elas atuam em regime de competição com a iniciativa privada<sup>114</sup>.

O art. 173 da Constituição Federal veda que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica desfrutem de benefícios e vantagens não extensíveis à iniciativa privada, o que deve ser acompanhado pela eliminação de ônus excessivos impostos pelo direito público que venham a comprometer a competitividade das estatais no mercado. Logo, o regime público deverá ser afastado quando comprometer a isonomia entre estatais e agentes privados que operam no mercado, o que se aplica tanto a vantagens quanto a encargos excessivos<sup>115</sup>.

Por isso é que o regime licitatório deve ser flexibilizado em determinadas situações, no caso das empresas estatais que tenham por escopo atividade econômica, desde que exista competição entre elas e os particulares. Nesses casos, em que há a intervenção do Estado no domínio econômico, regido pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, Marçal

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, 2008, p. 26.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 29.

Justen Filho admite até mesmo a ausência de licitação, devendo-se assegurar condições de competitividade às empresas estatais:

A ausência de licitação derivará, então, da impossibilidade de obter sucesso na atividade empresarial se for aplicada a licitação, eis que isso eliminará margens de autonomia indispensáveis e inerentes à atuação no mercado. Admitir-se-á a ausência de licitação quando essa for a única alternativa sustentável perante a técnica e a ciência para desempenho satisfatório da atividade empresarial considerada, em face de circunstâncias concretas e determinadas<sup>116</sup>.

Em síntese, a posição do autor é de que as alterações introduzidas no art. 173 pela Emenda Constitucional nº 19/98 não eliminaram, automaticamente, a submissão das entidades da Administração Indireta exercentes de atividade econômica à obrigatoriedade de realizarem licitação. Poderá, entretanto, existir situações em que as regras da Lei nº 8.666/93 serão flexibilizadas em nome da preservação da competitividade da empresa estatal no mercado.

Também Bandeira de Mello, já citado, admite casos excepcionais em que a realização de procedimento licitatório será incompatível com o cumprimento das finalidades da empresa estatal. Nestas hipóteses, em que a licitação tornaria inviável o cumprimento do escopo da empresa, deve-se entender que a licitação é inexigível. Isso se verificará sempre que a realização de atos tipicamente comerciais exigir rapidez e agilidade<sup>117</sup>.

Na realidade, o sentido da tese deste administrativista é o de que a licitação somente poderá ser inexigível quanto à realização da atividade-fim da empresa estatal, no que, mais uma vez, concorda com Marçal Justen Filho, o qual leciona:

A diferença entre atividade-fim e atividade-meio está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da entidade. A atividade-fim é aquela para a qual se vocaciona a sociedade de economia mista ou empresa pública. Considera-se todo o restante como atividade-meio<sup>118</sup>.

Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União, como será demonstrado adiante, já reconheceu a autorização para contratação direta por empresas estatais em caso de atividade-fim, uma vez que o regime de concorrência do mercado impõe um dinamismo que não condiz com as amarras da Lei nº 8.666/93.

Porém, excepcionados estes casos de exigência da atividade comercial, tanto Marçal Justen Filho quanto Celso Antônio Bandeira de Mello defendem a existência de obrigação de

---

<sup>116</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, 2008, p. 29.

<sup>117</sup> MELLO, *Curso...*, 2010, p. 538-539.

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 28.

licitar por parte das estatais, estando vinculadas ao regime da Lei nº 8.666/93 até que haja a edição de uma lei regulamentando o art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal.

O entendimento oposto a este está representado por Adilson Dallari, professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), que refuta a tese de que a desoneração das empresas estatais em relação às normas previstas na Lei nº 8.666/93 somente ocorrerá após a edição do estatuto jurídico previsto no Parágrafo Primeiro do art. 173 do texto constitucional. Para ele, as estatais não precisam mais, desde a alteração do referido artigo, observar as mesmas normas aplicáveis à Administração Direta e às autarquias, embora estejam sujeitas aos princípios da Administração Pública<sup>119</sup>.

Segundo Dallari, não se pode interpretar a Constituição sem dar a devida importância aos seus dispositivos: entender pela aplicabilidade de um regime licitatório diferenciado para as empresas estatais somente após a edição de seu estatuto jurídico seria atribuir ao art. 173 da Constituição Federal a qualidade de um “nada jurídico”, de uma norma absolutamente ineficaz<sup>120</sup>.

Assim, para o professor da PUC-SP, todo o foco do debate deve relacionar-se com a questão da eficácia da norma contida no Parágrafo Primeiro e nos seus incisos, do art. 173 da Carta Magna brasileira<sup>121</sup>. Dallari defende que toda norma constitucional, ainda que se trate de norma de eficácia limitada (norma programática, cuja eficácia plena depende da edição de outras normas), é dotada de um mínimo de eficácia, devendo servir de parâmetro para a interpretação do direito e para aplicação da legislação ordinária<sup>122</sup>.

Desta forma, no entendimento de Dallari, a falta de um estatuto jurídico das empresas estatais não impediria que a legislação ordinária estabelecesse regras diferenciadas para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, dispondo sobre um procedimento licitatório simplificado, desde que atendidos os princípios da Administração Pública. Para o professor, a Emenda Constitucional nº 19/98 expressamente autorizou o tratamento diferenciado às estatais que exploram atividade econômica, de modo que se deve dispensar as complicações típicas do regime da Lei nº 8.666/93, impondo-se o abandono das formalidades burocráticas com base no princípio da eficiência, independentemente da regulamentação do Parágrafo Primeiro do art. 173 da Constituição Federal<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> DALLARI, Licitações..., 2002, p. 72.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 72-73.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 82-85.

Contrapostas as principais teses presentes na doutrina brasileira acerca da questão que ora se examina, convém fazer o estudo de casos concretos, expondo-se qual tem sido o entendimento adotado pelos tribunais pátrios para, posteriormente, extrair-se as conclusões pertinentes.

## 2.2. Análise do Recurso Extraordinário nº 441.280/RS

Devido à inexistência, até o momento, de lei regulamentando o Parágrafo Primeiro do art. 173 da Constituição Federal, conforme já explicitado, a doutrina e a jurisprudência têm tido um papel fundamental na fixação de critérios que norteiem o regime licitatório das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Exatamente por isso, torna-se relevante estudar alguns casos concretos e a posição que tem sido seguida pelos tribunais brasileiros recentemente.

No que se refere, especificamente, à exigência de licitação, a posição predominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a de que as estatais prestadoras de serviços públicos não podem estar excluídas das normas gerais sobre procedimento licitatório e contratação administrativa fixadas pela União<sup>124</sup>, restringindo-se a controvérsia às empresas que exploram atividade econômica, isto é, aos casos em que o Estado atua no domínio econômico, esfera típica dos particulares.

O caso mais emblemático acerca desta questão, também envolvendo a Petrobrás, é o Recurso Extraordinário nº 441.280<sup>125</sup>, em que a Frota de Petroleiros do Sul Ltda. (Petrosul) e a Brasilmar Navegação S.A. pretendem obter a reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a qual reconheceu a legalidade do ato da Petrobras que cancelou contrato com elas e submeteu o serviço de afretamento de navios para transporte de suas cargas a outra empresa, sem realizar procedimento licitatório de acordo com a Lei nº 8.666/93. O Tribunal reformou a sentença de primeiro grau, que havia concedido indenização em favor da Frota de Petrosul e da Brasilmar, fundamentando a decisão no fato de que a Petrobrás submete-se a regime de direito privado por ser sociedade de economia mista, conforme ementa transcrita a seguir:

---

<sup>124</sup> JUSTEN FILHO, **Comentários...**, 2008, p. 27.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 441.280/RS**, Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24.10.2010.

Contrato de Transporte Marítimo. Ação objetivando a nulidade de procedimento adotado pela Petrobras, sociedade de economia mista, para a abertura do mercado de afretamento de navios destinados ao transporte de suas cargas, arguido de nulo por ofensa à regra constitucional que exige licitação. Incidente de inconstitucionalidade do artigo 1, par-1 da Lei n.8.666/93 acolhido pelo Órgão Especial. Pretensão indenizatória por danos emergentes e lucros cessantes desacolhidos. Rescisão contratual justificada pela prevalência do interesse comercial e da seguridade operacional da ré. Apelo provido<sup>126</sup>.

O que se discute no Recurso Extraordinário nº 441.280 é, portanto, se a Petrobras, sociedade de economia mista, está submetida à disciplina da Lei nº 8.666/93. Neste caso, a argumentação da Petrobrás foi no sentido de que o art. 1º da Lei nº 8.666/93 não se aplica às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, sobretudo para a contratação de serviços ligados à sua atividade-fim, por força do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal.

O Recurso Extraordinário nº 441.280 chegou ao Supremo Tribunal Federal em 2005, mas ainda aguarda decisão definitiva. Em sessão do dia 12 de maio de 2009, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiram, por unanimidade, encaminhar ao Plenário a discussão, dada a relevância da matéria.

Durante o julgamento pela Primeira Turma do Supremo, em setembro de 2008, o Ministro Marco Aurélio Mello pediu vista dos autos. Na ocasião, houve empate de votos. O Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, afirmou que o próprio constituinte previu a necessidade de um regime diferenciado para as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, uma vez que a necessária celeridade e a concorrência entre as empresas que atuam no mercado seriam incompatíveis com o regime licitatório.

O Ministro Menezes Direito, acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, referiu que, na hipótese em exame, não houve ausência de licitação, mas procedimento simplificado adotado pela Petrobrás, o que estaria de acordo com o art. 173 da Constituição Federal, considerando-se que se trata de empresa estatal exploradora de atividade econômica.

Em sentido contrário votaram os Ministros Carlos Ayres Britto e Carmen Lúcia Rocha. Esta última fundamentou sua divergência no art. 37 da Constituição Federal, que exige que as normas gerais sobre licitações previstas na Lei nº 8.666/93 sejam aplicadas a todos os entes da Administração Pública, inclusive Indireta.

---

<sup>126</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 596130211**. Relatora: Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgado em 27.04.2010. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em 24.10.2010.

O Ministro Ayres Britto, por sua vez, lembrou que o art. 173, Parágrafo Primeiro, da Carta Magna prevê o estabelecimento de um estatuto jurídico para as empresas estatais que explorem atividade econômica. No entanto, o inciso III do mesmo dispositivo prevê que o regime de direito privado aplicável a tais empresas não se aplica em matéria de licitação. Assim sendo, para o Ministro, as estatais devem submeter-se às regras da Lei nº 8.666/93 da mesma forma que estão obrigadas a realizar concurso público para a admissão de seus funcionários.

É imprescindível lembrar que, neste caso específico da Petrobrás, toda a discussão surgiu ainda antes da Emenda Constitucional nº 19/98. A Emenda Constitucional nº 09/95, que alterou o art. 177 da Constituição e restringiu o monopólio estatal do petróleo, deu ensejo à edição da Lei nº 9.478/97<sup>127</sup>, a qual estabeleceu que a empresa estatal Petrobrás, exploradora de atividade econômica em sentido estrito, estaria autorizada a realizar suas licitações em modelo de “procedimento licitatório simplificado”, aprovado pelo Presidente da República, nos termos do art. 67:

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<sup>128</sup>.

No entanto, o Tribunal de Contas da União, invocando a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal<sup>129</sup>, pronunciou a inconstitucionalidade deste art. 67, por entender que se tratava de delegação legislativa imprópria, uma vez que não foram especificados os critérios a serem seguidos pelo Chefe do Executivo no exercício da regulamentação, consoante a passagem a seguir, extraída do voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar:

Vê-se, então, que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 revestiu-se de inconstitucionalidade, por remeter à norma de hierarquia inferior, o completo disciplinamento de questão que, nos termos do art. 37, XXI, da Carta Magna, deveria ser normatizado por lei. Por consequência, tem-se por inconstitucional o Decreto nº 2.745/98<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> BRASIL. Lei nº 9.487, de 06 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03.11.2010.

<sup>128</sup> DALLARI, Licitações..., 2002, p. 70.

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27.10.2010.

<sup>130</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 663/2002 - Plenário**. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás). Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 19.06.2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28.10.2010.

A matéria foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, alegando-se a ausência de competência do Tribunal de Contas para analisar a constitucionalidade de leis, tese que foi reconhecida por uma decisão em sede de liminar em mandado de segurança<sup>131</sup>. Porém, não houve, até o momento, decisão sobre o mérito da questão.

Com efeito, Marçal Justen Filho critica a delegação da disciplina da matéria à competência regulamentar. A regulamentação admissível, segundo o jurista, deveria versar sobre a complementação das normas fundamentais contidas na lei. No caso concreto, a lei não editou norma material alguma: nada dispôs, apenas a transferência para o Poder Executivo da competência para disciplinar a matéria<sup>132</sup>.

O autor afirma que a solução encontrada no art. 67 da Lei nº 9.478/97 é incompatível com a ordem constitucional brasileira, existindo violação à vontade constitucional explícita, que reservou a disciplina da matéria à lei. O que se admitiria é que a lei contivesse regras jurídicas não exaustivas, deixando que o regulamento preenchesse as lacunas para a fixação de um regime jurídico próprio de licitação. Não foi o que ocorreu<sup>133</sup>.

No que toca à distinção entre atividade-fim e atividade-meio da empresa estatal exploradora de atividade econômica, conforme já ressaltado, está consagrada na doutrina e já foi adotada pelo Tribunal de Contas da União<sup>134</sup>. Na oportunidade, o Tribunal admitiu a possibilidade de a Petrobrás Distribuidora S.A. contratar diretamente bens, produtos e serviços atinentes à sua atividade-fim, qual seja, a comercialização de combustíveis líquidos.

O Tribunal de Contas acolheu a tese de que há dispensa<sup>135</sup> de licitação para as atividades-fim desempenhadas pelos entes administrativos que exploram atividade econômica, reconhecendo “a possibilidade de contratação direta nas hipóteses de mecanismos de mercado incompatíveis com a licitação, demandando rapidez e informalidade para o êxito empresarial”<sup>136</sup>.

As decisões ora mencionadas demonstram a dificuldade de compatibilizar-se a atuação das empresas estatais no mercado com sua natureza essencial de auxiliares do Estado. O caso da Petrobrás é bastante peculiar e ainda mais complexo, visto que há lei específica sobre a

---

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25.888-DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 22.03.2006. Publicação: DJ 29.03.2006.

<sup>132</sup> JUSTEN FILHO, **Comentários...**, 2008, p. 31.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>134</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 121/1998 - Plenário**. Entidade: Petrobrás Distribuidora S.A. Relator: Ministro Iram Saraiva. Data da sessão: 26.08.1998. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28.10.2010.

<sup>135</sup> Marçal Justen Filho faz a ressalva de que, no seu entendimento, a hipótese enquadra-se como caso de inexigibilidade e não de dispensa de licitação (cf. JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 28).

<sup>136</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 28.

aplicação de procedimento licitatório simplificado, tendo em vista a restrição do monopólio estatal do petróleo.

Assim sendo, em que pese a relevância que terá a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 441.280 para a evolução do debate acerca do dever de licitar das empresas estatais, não se pode tomá-la como precedente para todo e qualquer tipo de estatal. A situação da Petrobrás é diversa, tendo em vista que explora atividade econômica estabelecida como monopólio da União no art. 177 da Constituição Federal, o que a coloca em um contexto diferente daquele em que se encontram as estatais que atuam em regime de concorrência com os particulares.

Todas essas decisões mencionadas demonstram as nuances do problema que envolve a Petrobrás e que terá de ser solucionado pelo Supremo Tribunal Federal através da apreciação do Recurso Extraordinário nº 441.280.

É importante que se lembre, porém, que a Petrobrás explora atividade econômica que se coloca em regime de monopólio da União, conforme o art. 177 da Constituição Federal, situação bastante diversa das empresas públicas e sociedades de economia mista que têm por objeto atividades econômicas sujeitas à livre iniciativa, às quais necessitam, ainda mais, de mecanismos flexíveis que lhes permitam concorrer com as empresas privadas no mercado.

A partir da análise destas decisões e diante de tudo o que foi exposto nesta monografia, podem ser extraídas algumas conclusões, reunidas a seguir.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de descentralização do Estado em que se buscou aumentar a eficiência e a flexibilidade da máquina administrativa deu origem à criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista<sup>137</sup>. A tais entidades, denominadas em conjunto *empresas estatais*, foi atribuída personalidade jurídica de direito privado, característica esta que suscita uma série de questionamentos.

Embora sejam constituídas sob a forma privada, as empresas estatais integram a Administração Pública Indireta e sua natureza essencial é a de entes auxiliares do Poder Público, o que as distingue da generalidade das sociedades mercantis. Esta característica fundamental determina que as estatais estejam sujeitas a um regime específico, híbrido, que reúne aspectos públicos e privados<sup>138</sup>.

A determinação de tal regime específico, porém, depende da análise do objeto da empresa estatal, existindo uma dicotomia necessária entre as que prestam serviços públicos e aquelas que exploram atividade econômica<sup>139</sup>. Quanto às últimas, impõe-se que seu regime seja preponderantemente de direito privado, uma vez que atuam no domínio econômico, em regime de competição com particulares (salvo quando exploram atividade econômica que seja monopólio estatal). Com relação às estatais prestadoras de serviços públicos, porém, o regime deve ser preponderantemente de direito público, visto que suas finalidades são eminentemente públicas. Ademais, no sistema constitucional brasileiro, não há serviço público sem vinculação ao direito público, já que o Estado mantém, em todas as situações, a titularidade do serviço<sup>140</sup>.

O serviço público é o campo de atuação estatal por excelência e é considerado como integrante do âmbito de atividade econômica em sentido amplo, já que também é voltado à satisfação de necessidades, fazendo uso de bens e serviços. A atividade econômica em sentido estrito, por sua vez, compete preferencialmente aos particulares, podendo ser explorada diretamente pelo Estado apenas em situações excepcionais, determinadas nos arts. 173 e 177 da Constituição Federal<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> COUTO E SILVA, **Privatização...**, 2009, p. 87-89.

<sup>138</sup> MELLO, *Natureza...*, 1984, p. 111-113.

<sup>139</sup> ATALIBA, *Regime...*, 1987, p. 142.

<sup>140</sup> COUTO E SILVA, *op. cit.*, p. 31.

<sup>141</sup> GRAU, *Constituição...*, 2001, p. 250.

Com relação à exploração de atividade econômica, a subsidiariedade da atuação estatal no domínio econômico significa que é deixada aos particulares a primazia de ação, podendo o Estado intervir apenas subsidiariamente<sup>142</sup>. No caso das empresas estatais, é sobre aquelas que exploram atividade econômica que resta a dúvida quanto à submissão ao regime licitatório previsto pela Lei nº 8.666/93.

Desde a Emenda Constitucional nº 19/98, tem sido questionado o tratamento uniforme conferido às empresas estatais em matéria de licitações, independentemente do seu objeto. Antes dela, era pacífico que as estatais deveriam submeter-se ao regime da Lei nº 8.666/93. Porém, a nova redação do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal fez uma diferenciação em relação às exploradoras de atividade econômica, determinando que fosse editado um estatuto jurídico que preveria normas próprias sobre licitação, respeitados os princípios da Administração Pública<sup>143</sup>.

Daí podem ser extraídas duas conclusões de modo bastante claro. A primeira delas é a de que, com efeito, foi previsto um regime licitatório diferenciado para as empresas estatais que atuam no domínio econômico. A segunda conclusão é que, em que pese haja essa previsão de procedimento distinto, tais empresas permanecerão vinculadas aos princípios administrativos, sobretudo à impessoalidade, que fundamenta a exigência de prévia licitação.

Tais conclusões, no entanto, não solucionam a questão fundamental que se colocou no meio jurídico brasileiro, que é a de determinar se a aplicação de procedimento licitatório diferenciado às estatais que atuam no domínio econômico depende da edição do estatuto previsto no art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição. Em outras palavras, o debate volta-se à determinação sobre se as empresas estatais permanecerão vinculadas às regras da Lei nº 8.666/93 enquanto não for editado o referido estatuto.

Respeitado o entendimento dos autores que afirmam que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão autorizadas a fixar seus próprios procedimentos de seleção simplificados, independentemente da regulamentação prevista constitucionalmente, não há como aceitar tal opinião. Urge que se edite, finalmente, uma lei que fixe os parâmetros a serem seguidos na seleção dos contratantes pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, aliando-se a necessidade de preservação da isonomia entre os candidatos a uma maior flexibilidade e celeridade no procedimento.

Cumpre fazer aqui uma crítica ao Projeto de Lei nº 5.345/2009, cujos termos foram expostos na terceira parte desta monografia, uma vez que ele não traz solução efetiva às

---

<sup>142</sup> PREDIGER, *A Atuação...*, 2005, f. 55-61.

<sup>143</sup> DALLARI, *Licitações...*, 2002, p. 70.

divergências. Verifica-se, no Projeto, a ausência de diretrizes substanciais para a definição do procedimento licitatório simplificado, já que o Projeto limita-se a mencionar a necessária observância dos princípios da Administração Pública.

Na verdade, o que o Projeto faz é transferir a responsabilidade pela definição da questão ao Poder Executivo, delegando a edição das normas. Se aprovado tal Projeto, a lei em que culminará provavelmente será alvo de muitas críticas da doutrina, pois, como se viu, há a possibilidade de que se reconheça a configuração de delegação imprópria, pela ausência de critérios materiais para a edição das normas, como ocorreu com o art. 67 da Lei nº 9.478/97, que continha termos semelhantes aos do art. 12 do Projeto de Lei nº 5.345/2009, porém no âmbito específico da exploração de petróleo, e que foi considerado inconstitucional pelo Tribunal de Contas da União<sup>144</sup>.

Quanto ao Recurso Extraordinário nº 441.280/RS<sup>145</sup>, provavelmente o caso de maior importância que se tem hoje a respeito do tema, em que pese a relevância que terá a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal para a evolução do debate acerca do dever de licitar das empresas estatais, não se pode tomá-la como precedente para todo e qualquer tipo de estatal. A situação da Petrobrás é bastante peculiar, tendo em vista que explora atividade econômica estabelecida como monopólio da União no art. 177 da Constituição Federal, o que a coloca em um contexto diferente daquele em que se encontram as estatais que atuam em regime de concorrência com os particulares.

Ora, se, em certos casos, já se tem reconhecido a impossibilidade de exigir-se que a Petrobrás siga os termos do procedimento licitatório fixado na Lei nº 8.666/93 por exigências de mercado no que toca às suas atividades-fim, tais exigências são ainda mais prementes no caso de atividade que não constituem monopólio estatal, em que as empresas estatais disputam espaço com agentes privados.

Se o Estado cria pessoas jurídicas de direito privado, é justamente para que possa despir-se de algumas restrições que lhe são impostas e atuar com maior agilidade, de modo que não faria sentido defender a obrigação das estatais exploradoras de atividade econômica de seguirem estritamente as regras previstas na Lei nº 8.666/93. Em que pese não se devam furtrar de certos princípios típicos das relações estatais, não podem as empresas públicas e as sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica em sentido estrito estar

---

<sup>144</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 663/2002 - Plenário**. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás). Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 19.06.2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 28.10.2010.

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 441.280/RS**, Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24.10.2010.

vinculadas a normas que as façam sofrer perda de sua competitividade no mercado, comprometendo-se a sua própria sobrevivência e o fim para o qual foram criadas.

Portanto, no que toca às empresas estatais que exploram atividades econômicas sujeitas à livre iniciativa, é preciso que se reconheça que o regime licitatório aplicável a elas deve ser mais flexível para aumentar sua competitividade, admitindo-se, inclusive, a contratação direta em caso de atividades-fim, tendo em vista a necessidade da atuação em regime de concorrência com os particulares<sup>146</sup>, muito embora se deva admitir que, face à ausência de regulamentação do art. 173, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal, não há hoje critérios legais claros que norteiem tal regime simplificado.

Deve ser feito um esforço no sentido de harmonização entre os princípios norteadores da Administração Pública e o dinamismo e a flexibilidade necessários ao exercício de atividade econômica em regime de concorrência com empresas privadas, sob pena de impossibilitar-se a existência das estatais no sistema da livre iniciativa. É indispensável que se encontre uma fórmula que compatibilize as necessidades empresariais com a fundamental proteção dos interesses coletivos envolvidos na Administração Indireta.

Infelizmente, a indeterminação quanto a este tema deve permanecer até que seja, enfim, editada a lei que regulamentará o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Se tal lei for editada nos termos do Projeto nº 5.345/2009, porém, a discussão deve perpetuar-se, tendo em vista a ausência, no texto do Projeto, de fixação de critérios materiais, bem como a delegação da regulação de todas as questões relevantes a autoridades do Poder Executivo.

Assim sendo, o problema do dever de licitar das empresas estatais que exploram atividade econômica permanece atual e de extrema relevância, sobretudo pela enorme dificuldade de harmonizar-se a efetiva realização dos princípios da Administração Pública com um regime que permita a concorrência de tais empresas em igualdade de condições com os particulares no mercado.

Em síntese, o exposto até aqui demonstra a incompatibilidade entre a sobrevivência das empresas estatais no mercado e a exigência de submissão destas ao regime licitatório fixado na Lei nº 8.666/93. Não se pode conceber que sociedades de economia mista e empresas públicas estejam sujeitas a amarras que reduzam sua competitividade com os particulares no regime da livre iniciativa, pois isso contraria a própria intenção do Estado de atrelar-se ao direito privado.

---

<sup>146</sup> JUSTEN FILHO, **Comentários...**, 2008, p. 22.

Já que as empresas estatais representam justamente a possibilidade de que o Estado atue sob o regime do direito privado, é descabido exigir-se de tais empresas o atendimento às regras gerais de licitação. Deve, portanto, ser reconhecida a possibilidade de que empresas públicas e sociedades de economia mista contratem diretamente em determinados casos, sobretudo no que se refere às suas atividades-fim, o que, aliás, já tem sido admitido pelos tribunais pátrios em determinadas circunstâncias.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo *et al.* Regime Jurídico das Empresas Estatais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 83, p. 139-195, jul./set. 1987.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio do da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rere](http://www.direitodoestado.com.br/rere)>. Acesso em 15.08.2010.

\_\_\_\_\_. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede](http://www.direitodoestado.com.br/rede)>. Acesso em 25.09.2010.

BORGES, Alice Gonzalez. O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 217, p. 1-12, jul./set. 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público. **Projeto de Lei nº 5.345/2009**. Autor: Deputado Gustavo Fruet. Data de apresentação: 03.06.2009. Disponível em <[www.camara.gov.br/sileg](http://www.camara.gov.br/sileg)>. Acesso em 22.09.2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. (Série Legislação Brasileira). 217 p.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 30.09.2010.

BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 10.11.2010.

BRASIL. Lei nº 9.487, de 06 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 03.11.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 894.730/RS**. Recorrente: Rubilar dos Santos Orcina. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 17.06.2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 24.10.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3273/DF**. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerido: Congresso Nacional; Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 16.03.2005. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 24.10.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 441.280/RS**. Recorrentes: Frota de Pretoleiros do Sul Ltda. (Petrosul) e Brasilmar Navegação S.A.. Recorrida: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás). Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 24.10.2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 663/2002 - Plenário**. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás). Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 19.06.2002. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em 28.10.2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 121/1998 - Plenário**. Entidade: Petrobrás Distribuidora S.A. Relator: Ministro Iram Saraiva. Data da sessão: 26.08.1998. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em 28.10.2010.

CIRNE LIMA, Ruy. Organização Administrativa e Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 65, p. 129-133, 1981.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rere](http://www.direitodoestado.com.br/rere)>. Acesso em 15.08.2010.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. **Administração Indireta Brasileira**. 4. ed. atualizada, reescrita e revista de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 474 p.

DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 229, p. 69-85, jul./set. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 727 p.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1999. 407 p.

FERREIRA, Waldemar Martins. **A Sociedade de Economia Mista em Seu Aspecto Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 1956. 230 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Empresa Pública; Sociedade de Economia Mista; Princípio da Igualdade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 144, p. 191-202, abr./jun. 1981.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: \_\_\_\_\_ ; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. 557 p. p. 249-267.

\_\_\_\_\_. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. 391 p.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. v. II. Buenos Aires: Depalma, 1949. 556 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. 943 p.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa Jurídica: Questões Clássicas e Atuais: Abuso; Sociedade Unipessoal; Contratualismo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, set. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. 793 p.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 839 p.

\_\_\_\_\_. **Licitação e Contrato Administrativo**. 3. ed. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 478 p.

\_\_\_\_\_. Licitação nas Entidades Paraestatais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 59/60, p. 73-79, jul./dez. 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. 1119 p.

\_\_\_\_\_. Modalidades de Descentralização Administrativa e seu Contrôlo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 04, p. 51-72, abr./jun. 1968.

\_\_\_\_\_. Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 71, p. 111-117, 1984.

\_\_\_\_\_. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. 180 p.

\_\_\_\_\_. **Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae](http://www.direitodoestado.com.br/redae)>. Acesso em 15.08.2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1991. 684 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedades de Economia Mista e Reforma Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 217, p. 91-103, jul./set. 1999.

PINTO, Bilac. O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 32, p. 01-15, abr./jun. 1953.

PREDIGER, Carin. **A Atuação do Estado na Ordem Econômica da Constituição de 1988 sob a Ótica da Subsidiariedade Estatal ou Horizontal**. 2005. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 596130211**. Apelante: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás). Apelada: Frota de Petroleiros do Sul Ltda. (Petrosul). Relatora: Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgado em 27.04.2010. Disponível em: <[www.tj.rs.jus.br](http://www.tj.rs.jus.br)>. Acesso em 24.10.2010.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. **As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro (Doutrina, Jurisprudência e Legislação)**. Rio de Janeiro: Forense, 1964. 107 p.