

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
Escola de Direito FGV DIREITO RIO
LLM em Direito Empresarial

SONIA MARIA PIMENTEL LOBO

**O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DAS EMPRESAS
ESTATAIS NA VIGÊNCIA DA LEI 13.303/2016**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Pós-Graduação
lato sensu, nível especialização, LLM em
Direito Empresarial da FGV DIREITO
RIO

Turma nº 2017, da Cidade de Curitiba – PR.

Nº Matrícula: 124100/2017

Data: abril/2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

Escola de Direito FGV DIREITO RIO

LLM em Direito Empresarial

Trabalho de Conclusão de Curso

O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DAS EMPRESAS
ESTATAIS NA VIGÊNCIA DA LEI 13.303/2016

Elaborado por SONIA MARIA PIMENTEL LOBO

26/04/2019.

Coordenador da Pós-graduação Lato Sensu do FGV Law Program – Rafael Alves de
Almeida.

AGRADECIMENTOS

Ao colega Dr. Felipe Ribas, cujo apoio para elaboração deste trabalho foi fundamental.

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de analisar a modificação no regime jurídico dos contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista com o advento da Lei 13.303/2016, a denominada Lei das Estatais. Referido diploma legal trouxe alterações relevantes no que se refere ao processo licitatório no âmbito das estatais e, como consectário, também no regramento dos contratos firmados por esses entes. Nesse sentido, a principal alteração consistiu em conferir a esses contratos natureza mais assemelhada ao regime jurídico de direito privado, em contraposição aos contratos administrativos em geral, regidos pela Lei Geral de Licitações. Cabe analisar, assim, o contexto que originou a modificação em questão, as principais alterações trazidas pela lei e quais as consequências do novo regramento legal em termos práticos e em ganhos de eficiência para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 A LEI 13.303/2016. CONTEXTO HISTÓRICO	8
2 REGRAS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES E CONTRATOS NA VIGÊNCIA DA LEI DAS ESTATAIS E PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES EM RELAÇÃO AO REGIME ANTERIOR	14
3 O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS EMPRESAS ESTATAIS COM O ADVENTO DA LEI 13.303/2016	21
4 CONCLUSÃO	30
BIBLIOGRAFIA	32

INTRODUÇÃO

A Lei 13.303/2016, a denominada “Lei das Estatais” surgiu a pretexto da necessidade de regulamentar o art. 173 da Constituição Federal, com a redação conferida pelo § 1º, conferido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Referido diploma legal surge, assim, da necessidade de se normatizar a nível infra-constitucional aspectos essenciais à atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, entes da administração indireta, dotados de personalidade jurídica de direito privado.

A Lei possui alcance bastante amplo no que tange ao funcionamento das empresas públicas, dispondo, em seu Título I, sobre normas atinentes ao regime societário, governança e *compliance*, dispondo, em seu Título II, sobre regras aplicáveis às licitações e contratos.

Observa-se que o dispositivo legal incorporou práticas que devem promover segurança, eficiência e melhoria de desempenho, com o objetivo de estabilizar o mercado, proporcionando a retomada da confiança nas relações e zelando pela transparência das instituições públicas.

No que se refere às licitações, o objetivo da Lei é bastante claro: simplificar o processo licitatório e garantir celeridade às contratações, visando resguardar princípios basilares da livre iniciativa, na forma do art. 170 da Constituição Federal.

No que se refere ao regime jurídico dos contratos, houve uma mudança de paradigma, pois a aplicação do regime geral de licitações, fornecido pela Lei 8.666 e diplomas legais estaduais, foi afastado para dar lugar à normatização própria, adaptada à realidade das empresas estatais.

Nesse sentido, as normas que derivavam da instituição do regime jurídico-administrativo, caracterizado, principalmente, no que tange aos contratos administrativos, pela aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes, foram abandonadas para dar lugar a regime jurídico de direito privado.

Tal mudança adveio da necessidade de se conferir às empresas estatais maior eficiência, na busca clara de se afastar o engessamento provocado pela aplicação pura das normas aplicáveis à Administração Direta. Nessa esteira, buscou-se essencialmente

conferir-se maior eficiência às empresas públicas e sociedade de economia mista enquanto entes atuantes no mercado dominado pelos particulares, com foco na busca da vantajosidade e no princípio da economicidade.

Nesse intuito, diversas normas atinentes às licitações e contratos foram adequadas à realidade dessas empresas, com grande destaque à necessidade de regulamentação interna da lei, a fim de possibilitar a adaptação de seus ditames à realidade de cada mercado.

Com relação aos contratos, a pedra de toque foi a abolição das cláusulas exorbitantes para estabelecer uma relação de quase paridade com o contratante privado.

Destaca-se, no entanto, que alguns dispositivos próprios do regime anterior, consubstanciado na Lei 8.666, continuaram contemplados, porquanto não é possível falar-se em derrogação completa do regime jurídico de direito público, posto que as empresas estatais, na qualidade de entes da administração indireta, estão sujeitas à aplicação dos princípios que regem a atividade administrativa, com as adaptações cabíveis à natureza própria desses entes.

Nesse contexto, cabe perquirir de que forma se estrutura esse regime jurídico, no que ele difere no anterior, e em que medida é positivo sob o viés dos objetivos preconizados pela Lei das Estatais.

1. A LEI 13.303/2016: CONTEXTO HISTÓRICO

A Lei Ordinária n 13.303, de 30 de junho de 2016, veio suprir a lacuna normativa decorrente da ausência de regulamentação do art. 173 da Constituição de 1988. Nesse sentido, a denominada “Lei das Estatais” foi editada no intuito de disciplinar a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, as chamadas “empresas estatais”, enquanto instrumentos de exploração direta do Estado na atividade econômica, conforme se extrai do art. 2º do referido diploma legal.

Cabe aqui breve digressão acerca do sentido da expressão “atividade econômica” no texto da Constituição de 1988, a fim de compreender, nesse cenário, o papel das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Eros Roberto Grau, na clássica obra “A Ordem Econômica da Constituição de 1988”, distingue atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito. Atividade econômica em sentido amplo é o gênero, que comporta duas espécies: atividade econômica em sentido estrito e serviço público.

Atividade econômica em sentido estrito pode ser definida como a produção de bens ou serviços e sua comercialização, a fim de suprir as necessidades que se apresentam no mercado. O art. 173 da Constituição alude justamente a atividade econômica em sentido estrito, ao estatuir, em seu *caput*, que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Denota-se, portanto, que a atividade econômica em sentido estrito, ou a exploração direta de atividade econômica, é exercida, via de regra, pela iniciativa privada, sendo permitida ao Estado somente em casos excepcionais, nos termos da lei.

Já a conceituação adequada de serviço público envolve considerar uma série de variáveis, notadamente o nível de intervenção estatal na ordem econômica. Uma conceituação ampla de serviço público inclui considerar toda prestação de comodidade material fruível oferecida pelo Estado. Nesse sentido, cabível citar o conceito de serviço público oferecido por Figueredo:

Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver

permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de Direito Público.¹

Denota-se, assim, que a noção de serviço público é bastante mutável, a depender, notadamente, da conformação constitucional da ordem econômica. Elucidativa, nesse sentido, a lição de Eros Roberto Grau²:

Ademais, cumpre considerar, também, que a Constituição é um dinamismo. É do presente, da vida real – como observei anteriormente –, que se tomam as forças que a ela, bem assim ao direito, conferem vida. Por isso mesmo os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público reflete, a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente também conformadas pela Constituição.

Com efeito, as empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades da Administração Indireta, criadas por lei, pertencentes ao respectivo ente federativo instituidor, dotadas de personalidade jurídica de direito privado e voltadas à execução de atividade econômica pelo Estado, assim compreendida como a prestação de serviços públicos ou o exercício de atividade econômica em sentido estrito, essa última em caráter excepcional, nos termos em que preceitua o art. 173 da Constituição. As sociedades de economia mista distinguem-se das empresas públicas, na medida em que, nessas, o capital deve ser integralmente pertencente a ente estatal, enquanto, naquelas, basta que o Estado tenha o controle acionário majoritário.

Acerca da gênese e papel das empresas estatais na ordem econômica, válido citar a lição de Fabrício Mota³:

A criação de empresas estatais tem o seu início ligado à necessidade de se buscar o capital e a experiência de gestão do particular, conjugando-se esforços e recursos em uma figura societária que nos dias atuais seria, em linhas gerais, a sociedade de economia mista.

¹ FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 78,79.

² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 117

³ MOTA, Fabrício. Há risco de retrocesso em projeto que altera Lei das Estatais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-26/risco-retrocesso-projeto-altera-lei-estatais>. Acesso em 10/04/2019.

Com efeito, o Estado, por intermédio desses entes, revela o interesse de agir na economia de forma direta, ao lado dos particulares e desprovido das prerrogativas que caracterizam o regime jurídico administrativo. Dessa forma, o Estado se vale da personalidade jurídica de direito privado para atingir seus objetivos nessa seara. Cumpre indagar, nesse lance, qual o motivo de o Estado fazer-se valer da personalidade jurídica de direito privado para tanto. O principal motivo está associado à flexibilidade gerencial e autonomia da qual esses entes são dotados, diferentemente da burocracia que vigora na Administração Direta⁴.

É relevante pontuar, ainda, que a atuação do Estado no domínio econômico, notadamente por intermédio desses entes dotados de personalidade privada, não é linear, de maneira que o nível de intervenção varia de acordo com a configuração da ordem econômica, disposta constitucionalmente. Considera-se, aqui, a ordem econômica como parcela da ordem jurídica, conforme analisado por Eros Grau na obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”⁵.

Visando fornecer as diretrizes para a normatização das empresas estatais, de acordo com a configuração já dada pelo constituinte originário, em 1998 sobreveio a Emenda Constitucional nº 19, que conferiu redação ao parágrafo primeiro do referido art. 173, nos seguintes termos:

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

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

⁴ Nesse sentido discorre Aulus Luiz Santos de Salles Graça, in: **A Intervenção Direta do Estado Brasileiro da Economia: as Empresas Estatais em Perspectiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 47.

⁵ Op. Cit. P. 59

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

É relevante notar que a Emenda Constitucional nº 19/98, ao fazer referência a empresa pública e sociedade de economia mista prestadoras de serviço público, está dissonante do que estabelece o *caput* do artigo, que se refere a “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. Ora, como visto, a prestação de serviço público é um dos gêneros da espécie atividade econômica em sentido amplo e, portanto, é algo distinto de exploração direta de atividade econômica. Não se sabe ao certo se tal discrepância se originou por simples falta de técnica por parte do constituinte derivado. O fato é que a Lei 13.303/2016 foi editada exatamente com o mesmo propósito, na medida em que seu parágrafo primeiro estabelece que:

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

Portanto, o estatuto jurídico das empresas estatais foi editado desprezando-se a clássica distinção entre atividade econômica em sentido amplo e atividade econômica em sentido estrito. Não obstante, tem-se que empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos destinados a concretizar a atuação do Estado no domínio econômico, seja sob excepcional intervenção direta do Estado na atividade econômica, seja sob a forma de prestação de serviços públicos, o que se traduz na função social de realização do interesse coletivo e atendimento a imperativo de segurança nacional, conforme estatui o art. 27 da Lei 13.303/2016.

A respeito do papel da EC 19/1998, assim entende Benjamin Zymler⁶:

Na realidade, a EC 19/1998 estabeleceu bases para uma revisão do regime de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. O objetivo dessa separação no tratamento a ser dado às licitações e aos contratos firmados pelas entidades referidas no artigo 37, inciso XXI, e aquelas conduzidas pelas

⁶ ZYMLER, Benjamin. **Considerações sobre o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016)**. In: Revista do Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19. N. 102. P. 15-26, mar/abr 2017. P. 20.

entidades de que trata o §1o do artigo 173 é o de buscar para as empresas estatais que exploram atividade econômica regras menos rígidas ou formalistas, de modo a conferir a elas maior flexibilidade gerencial, dado o regime de competição que lhes é imposto.

Nesse contexto é que, somente em 2016, após longo trâmite no congresso, a Lei 13.303 foi editada. Nas palavras de Marçal Justen Filho⁷:

A Lei das Estatais não disciplina de modo imediato a atividade estatal direta no domínio econômico, tampouco regula os pressupostos dessa atuação estatal. Essa matéria é objeto de disciplina pela Constituição, por outras leis e por muitos atos administrativos. **A Lei 13.303/2016 visa a estabelecer parâmetros de organização e atuação das empresas estatais, consideradas como instrumento utilizado pelo Estado para o exercício de atividades de natureza econômica.** (Grifos nossos).

Acerca do tema, relevante destacar, ainda, o entendimento do ilustre autor no que se refere à dupla dimensão normativa do aludido art. 2^o. Segundo Justen Filho, a dimensão positiva do dispositivo consiste no fato de que a exploração de atividade econômica por parte do Estado será feita por empresas estatais, entendidas como pessoas jurídicas de direito privado e organizadas sob a forma mercantil. Já a dimensão negativa trata de uma proibição implícita, uma vez que, por consequência do comando constitucional estabelecido pelo art. 173, se depreende que não é possível ao Estado explorar atividade econômica por meio de pessoas jurídicas de direito público ou através de pessoas privadas de natureza não mercantil.

A Lei, advinda de um longo trâmite no Congresso, nasce num contexto histórico de resposta do parlamento a reiterados escândalos de corrupção envolvendo as empresas públicas e sociedades de economia mista, sobretudo àqueles envolvendo a Petrobrás, a maior estatal brasileira.

Dessa forma, à par de suprir a lacuna legislativa, a nova lei veio a propósito de combater vícios entranhados nas empresas estatais, que comprometiam sua eficiência e competitividade, visando conferir a retomada da confiança e a estabilidade nas relações com o mercado. Conforme destaca Heliane Guadalupe:

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **A Lei 13.303/2016, a Criação das Empresas Estatais e a Participação Minoritária em Empresas Privadas**. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 39.

⁸ Op. Cit. P. 40.

A Lei 13.303 possui um largo espectro de aplicação e regulamenta a atuação das empresas estatais sob dois aspectos fundamentais: em seu Título I, estabelece regras sobre governança e *compliance*, para, em seguida, a partir do Título II, dispor acerca do processo licitatório e de regras aplicáveis aos contratos celebrados por esses entes. Nesse propósito, a Lei incorporou dispositivos da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), da Lei que instituiu o pregão como modalidade licitatória (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002) e da Lei 12.462/2012, que instituiu o RDC – Regime de Contratação Diferenciada.

É interessante notar, nesse sentido, que a Lei combina institutos de direito privado e de direito público que, unidos, conformam e conferem identidade ao regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Segundo Benjamin Zymler⁹, os temas se inter-relacionam, pois, para que haja flexibilização das regras aplicáveis às licitações e contratos, é necessária a adoção de mecanismos que inibam possíveis práticas abusivas pelas empresas estatais. Assim, a implementação de práticas de *compliance* nas estatais é decorrência lógica da intenção do legislador de instituir um processo de contratação menos burocrático e mais adaptado às regras de mercado.

As normas contidas no Título I possuem claramente o intuito de conferir maior transparência às práticas de gestão das estatais, visando evitar a ingerência política excessiva em seus quadros. A esse propósito, cita-se o art. 17, § 2º, II, que proíbe a nomeação de pessoas que possuam vínculos político-partidários para cargos de direção e para ocupar vaga no Conselho de Administração das estatais.

Nessa mesma esteira, no que se refere aos dispositivos que tratam de licitações e contratos, a nova lei incorporou dispositivos que visam conferir maior segurança, eficiência e melhoria de desempenho às estatais, sem abrir mão da flexibilização das regras aplicáveis, em comparação às contidas na Lei 8.666/93.

A Lei, em suas disposições finais e transitórias, estabelece que o diploma legal entraria em vigor na data de sua publicação, no entanto, previa que as empresas públicas e sociedades de economia mista já constituídas naquela data tinham o prazo de vinte e quatro meses para adaptarem aos seus ditames. Esse interregno foi fundamental para que as empresas estatais pudessem formular seus regulamentos internos de licitações e

⁹ Op. Cit. P. 22.

contratos, adaptando as previsões legais às especificidades da atividade econômica exercida.

Para o que interessa ao presente trabalho, cumpre analisar o regime jurídico atribuído às contratações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, que, até então, antes do advento da Lei das Estatais, era conferido pela Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) e leis estaduais, que dispunham acerca de normas específicas aplicáveis no âmbito de cada estado.

2. REGRAS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES E CONTRATOS NA VIGÊNCIA DA LEI DAS ESTATAIS E PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES EM RELAÇÃO AO REGIME ANTERIOR

No contexto analisado no capítulo anterior, cabe examinar as modificações trazidas pela Lei 13.303/16 no que diz respeito às licitações e contratos no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Destaca-se que, na esteira do contexto que inspirou o surgimento da Lei, as mudanças mais significativas se referem à busca por maior vantagem competitiva. Trata-se de diretriz que se aplica tanto ao contrato quanto ao processo licitatório das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Marçal Justen Filho¹⁰ ressalva que a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) não possui aplicação subsidiária com a entrada em vigor da Lei 13.303/16. Sustenta, nesse sentido, o autor que: “O grande desafio reside em interpretar e aplicar os dispositivos segundo uma principiologia autônoma. Não é cabível reputar que, não obstante a edição da Lei 13.303/16, a disciplina da Lei 8.666 continua a ser aplicável”.

O próprio autor, entretanto, ressalva que isso não significa que a Lei 8.666, excepcionalmente, não possa ser aplicada em situações pontuais, a fim de suprir omissões, nos casos em que haja identidade de propósitos e respeitando-se os princípios de direito administrativo aplicáveis.

A seguir, analisa-se as modificações pontualmente, destacando-se as principais inovações em relação à disciplina estabelecida Lei 8.666/93.

A Lei, sem seus artigos 31 a 41 contém disposições de caráter geral acerca de licitações e contratos, estabelecendo diretrizes a partir de seu art. 32.

¹⁰ Op. Cit. P. 288.

No que se refere aos princípios que regem os processos licitatórios, a Lei 13.303, em seu art. 31 manteve basicamente os mesmos princípios já contemplados pelo art. 3º da Lei 8.666/93, quais sejam, impessoalidade, moralidade, eficiência, igualdade probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, obtenção de competitividade e julgamento objetivo. Tais princípios não poderiam deixar de estar contemplados, tendo em vista que são ínsitos à noção de Administração Pública, de modo que, em se tratando as empresas estatais de entes da Administração Pública Indireta, sua atividade está necessariamente vinculada à observância desses princípios.

Benjamin Zymler¹¹ observa que o art. 31 não faz referência ao princípio da legalidade, atribuindo essa omissão ao fato de que as empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado e, sendo, assim, sujeitas ao princípio da autonomia da vontade. Isso é, nas relações regidas pelo direito privado, é possível estipular que “tudo o que a lei não proíbe está permitido”. Essa máxima, no entanto, com a devida vênia, não pode ser inteiramente aplicada no âmbito das empresas estatais, pois não se pode olvidar que, em que pese o regime de contratações esteja sujeito à disciplina de direito privado, a observância dos princípios de direito administrativo ainda se fazem presentes em se tratando de entes da administração indireta. Assim, o regime jurídico de direito privado deve ser aplicado com ressalvas, sendo necessário compatibilizá-lo com os princípios aplicáveis à administração, nos casos em que for possível assim fazê-lo.

O referido dispositivo faz referência, ainda, além da seleção da proposta mais vantajosa como objetivo a ser perseguido nas licitações, à noção de ciclo de vida do objeto e de sobrepreço ou superfaturamento.

Quanto à exigência de que a seleção da proposta mais vantajosa contemple o “ciclo de vida do objeto”, bem como “evite operações em que se caracterize o sobrepreço ou superfaturamento”, entende-se que se tratam de inovações que vêm justamente a conferir destaque aos princípios da economicidade e da eficiência como diretriz maior dos processos licitatórios no âmbito das empresas estatais. Nesse ponto, o professor Cesar A. Guimaraes Pereira¹², destaca que a Lei 13.303, ao referir-se à

¹¹ Op. Cit. P. 20.

¹² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Processo Licitatório das Empresas Estatais: Finalidades, Princípios e Disposições Gerais**. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 339

noção de ciclo de vida do objeto “consagra um instrumento cuja adoção depende de uma intervenção criativa da empresa estatal que promove a licitação”. O autor enfatiza, ainda, que a Lei, ao estabelecer o comando para repressão do sobrepreço e sobrefaturamento está claramente consagrando a noção de controle estrito sobre os processos licitatórios das estatais.

Outra novidade trazida pela Lei das Estatais foi a definição, em seu art. 32, de diretrizes aplicáveis aos processos licitatórios das empresas públicas e sociedades de economia mista. Referidas diretrizes foram definidas, em grande parte, com fundamento na experiência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o RDC, criado pela Lei 12.462/2011. São elas: padronização, maior vantagem competitiva, parcelamento do objeto, adoção preferencial do pregão para bens e serviços comuns, ferramentas eletrônicas e políticas de integridade com partes interessadas. Vê-se que as referidas medidas, em sua maioria, conduzem à concretização das diretrizes gerais que norteiam o processo licitatório das empresas estatais conforme definido pelo diploma legal ora em análise, quais sejam, a eficiência e a economicidade. Conforme entende Heliane Guadalupe¹³:

Quanto a eficiência, destacam-se as inovações relativas ao regime jurídico licitatório e contratual das estatais. Apesar de muitas regras repetirem dispositivos da lei 12.462/11 (Lei do RDC), a Lei estende às estatais institutos e técnicas jurídicas, antes inacessíveis à Administração Pública, todos orientados à excelência da gestão.

Todavia, nem sempre a adoção das referidas diretrizes corresponde necessariamente a alternativa mais econômica. Nesse ponto, vale citar a lição de César A. Guimaraes Pereira¹⁴, *verbis*:

A adoção das diretrizes enunciadas no art. 32 pode não conduzir à seleção da proposta mais econômica. Um exemplo esclarece a questão. A adoção de sistemas de compliance tem custos. Poderia ser mais econômica – ao menos de modo aparente, em um primeiro momento – a proposta de uma parte interessa desprovida de sistemas de compliance. Mas o cumprimento das diretrizes destina-se ao atendimento de valores que transcendem a mera busca da proposta mais econômica.

¹³ GUADALUPE, Heliane. **As Mudanças Introduzidas pela Lei das Estatais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263467,91041-As+mudancas+introduzidas+pela+lei+das+estatais>. Acesso em: 11/04/2019.

¹⁴ Op. Cit. P. 343.

Outra inovação importante é a previsão de que o valor estimado do contrato seja sigiloso como regra geral, conforme enunciado pelo art. 34 da Lei. Trata-se de reprodução de dispositivo contido no RDC. É facultado, no entanto, que a empresa estatal confira publicidade ao orçamento, desde que justifique essa opção na fase preparatória do procedimento. O fundamento para estabelecer-se o sigilo dos orçamentos como regra seria o argumento segundo o qual o sigilo fomentaria a competitividade entre os proponentes, porquanto esses apresentariam suas propostas com base em seus custos efetivos e não somente considerando o orçamento elaborado pela Administração. Acerca dessa questão, no entanto, a despeito da previsão legal, não existe consenso da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União firmada com referência no RDC¹⁵. Sobre o tema, autores como Marçal Justen Filho argumentam que não há nenhuma evidência que comprove que o sigilo do orçamento implique em maior competitividade em relação as propostas. O autor aponta ainda uma série de dificuldades que as estatais poderiam enfrentar devido ao estabelecimento do sigilo, como, por exemplo, a impossibilidade de os licitantes avaliarem a exequibilidade do preço.

No que tange às modificações trazidas pela Lei das Estatais no âmbito de licitações e contratos, talvez a mais significativa, sob o ponto de vista da necessidade de se conferir às empresas públicas e sociedades de economia mista certa margem de liberdade para disciplinar seus procedimentos, tenha sido a necessidade de que esses criem seus regulamentos próprios para disciplinar a matéria. O art. 40 da Lei, nesse sentido, estabelece que:

As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;

¹⁵. VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Estatais. Lei 13.303. Orçamento sigiloso. Desclassificação das propostas.** Disponível em: <http://www.blogjml.com.br/?cod=71abb3c5f899805677ff4e5d52433386>. Acesso em: 11/04/2019.

IX - recebimento do objeto do contrato

Denota-se, da leitura do dispositivo, que o regulamento interno das empresas estatais deverá ser estatuído nos limites dispostos pela Lei, ao passo que deve disciplinar minimamente os pontos elencados no dispositivo supra.

A Lei 13.303 conferiu o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para que as empresas públicas e sociedades de economia mista editassem seu regulamento interno próprio em matéria de licitações e contratos. Em que pese a ressalva já realizada em relação a inexistência, em regra, de aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 em relação à nova lei das estatais, é inafastável a influência da lei geral de licitações em sua elaboração, já que, inclusive, a própria Lei 13.303 reproduz diversos de seus comandos.

É necessário, no entanto, que as estatais envidem esforços para produzir um instrumento coeso, que, ao mesmo tempo, incorpore as modificações necessárias e compatíveis com seu objeto e natureza jurídica, sem perder de vista os princípios inerentes aos processos licitatórios. Nesse lanço, cabe citar o entendimento de Marçal Justen NETO¹⁶:

Portanto, a mera adaptação isolada de dispositivos dos regulamentos internos pode produzir resultados insatisfatórios. Existe o enorme risco de ser revogarem apenas os dispositivos claramente incompatíveis com o novo regime e se incluírem aquelas cuja novidade é mais evidente.

A edição da Lei 13.303 é uma excelente oportunidade para as empresas estatais adaptarem as condutas e a gestão conforme as especificidades de sua atuação. Este é o propósito da nova Lei: conferir maior autonomia aos gestores em relação ao regime engessado e burocrático da Lei 8.666, em decorrência da distinção constitucional entre os regimes de contratação da administração direta e das empresas estatais (CF, art. 22, XXVII e art. 173, § 1º, III).

Outro ponto que merece destaque é a necessidade de padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios nas licitações, bem como dos contratos decorrentes, conforme institui o art. 32, I, da Lei. A possibilidade de padronização desses instrumentos, aliado à previsão legal de que o regime jurídico aplicável às estatais é predominantemente de direito privado, conferiu às empresas públicas e sociedades de economia mista margem para adequação das respectivas cláusulas de acordo com as

¹⁶ JUSTEN NETO, Marçal. **Os regulamentos internos de licitações e contratos das empresas estatais**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 119, janeiro de 2017, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 11/04/2018.

especificidades da atividade exercida. Isso se reflete em questões cruciais relativas ao regime contratual das empresas estatais, como, por exemplo, as hipóteses de alteração e de rescisão contratual. Em tais situações, os regulamentos internos devem prever soluções alinhadas às normas de direito privado, tendo em vista que a Lei 13.303 não contempla as mesmas previsões da Lei 8.666 nesse particular, o que se coaduna ao intento do legislador, no que se refere a conferir maior eficiência às contratações efetuadas pelas empresas estatais. Esse tema será objeto de aprofundamento no capítulo seguinte.

Estritamente ligada à necessidade de criação de um regulamento próprio para licitações e contratos está a abolição das chamadas “cláusulas exorbitantes” dos contratos celebrados pelas empresas estatais pela nova lei. Tal inovação se coaduna ao novo regime jurídico dos contratos das estatais advindo da Lei 13.303, conforme se detalhará mais diante. As cláusulas exorbitantes, presentes do regime geral de licitações da Lei 8.666, podem ser definidas como as cláusulas contratuais que exorbitam das normas aplicáveis às relações contratuais estabelecidas entre particulares, de modo que a Administração se posicione em condição de vantagem em relação à contratada. Nesse aspecto, dentre as prerrogativas da Administração estão o poder de alteração unilateral do contrato, desde que respeitada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido quando da apresentação da proposta, a possibilidade de rescisão unilateral, nos termos previstos na lei, a fiscalização da execução do contratos, utilizando-se dos meios necessários para tanto, a aplicação direta de sanções, a ocupação temporária de bens afetos ao contrato, restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), a exigência de garantia, bem como de medidas de compensação. Tal prerrogativa desaparece no regime da Lei 13.303, pois seria absolutamente incompatível com o propósito do diploma legal.

Mister destacar que o art. 69 da Lei 13.303 estabelece as cláusulas necessárias nos contratos das estatais de forma quase idêntica ao que art. 55 da Lei 8.666, estabelecendo apenas duas diferenças pontuais: a necessidade de definição da matriz de riscos e a desnecessidade de apontamento do crédito orçamentário pelo qual correrá a despesa.

A Lei estabeleceu, ainda, regras específicas para licitação de obras e serviços (artigos 42 a 46), bem como para aquisição e alienação de bens (artigos 49 e 50).

Quanto aos regimes de execução dos contratos, a Lei 13.303 estabeleceu dois regimes: a contratação integrada e semi-integrada. No regime de contratação integrada, o contratado elabora o projeto básico, partindo da necessidade definida pela empresa estatal

no instrumento convocatório da licitação, enquanto que no regime de contratação semi-integrada, o contratado parte de projeto básico definido pela estatal, sendo responsável somente pelas etapas de execução do objeto. A contratação semi-integrada é o regime preferencial definido pela Lei 13.303 para obras e serviços de engenharia. Verifica-se aqui a intenção do legislador no sentido de que as empresas estatais se envolvam na elaboração do projeto básico, cabendo ao contratante a opção pelo regime de execução que melhor se adeque às necessidades postas¹⁷.

Quanto às modalidades licitatórias, relevante destacar que a Lei das Estatais abandona as modalidades definidas pela Lei 8.666/93 para estabelecer uma modalidade única, na qual há inversão das fases em relação ao regime anterior, pelo qual, via de regra, a fase de habilitação antecedia à fase de classificação do certame. Assim, a Lei disciplina uma única modalidade licitatória, que se convencionou chamar apenas por “licitação”. No entanto, insta ressaltar que uma das diretrizes que norteiam as licitações no âmbito da Lei 13.303, prevista no art. 32, IV, é a adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão. Ocorre que a Lei 10.520/2002, que instituiu o pregão, possui dispositivos conflitantes com a Lei 13.303, o que criou situação potencial de conflito entre as normas. Na opinião de Cláudio Fernandes Ferreira e Anderson Júnior Leal Moraes¹⁸, em caso de aparente conflito entre normas, deveria prevalecer o conteúdo da Lei 13.303, com base no critério da especialidade enquanto solucionador de antinomias.

Outra novidade é que, em relação às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, apesar de a Lei ter mantido a maioria das situações previstas no regime anterior, aumentou o limite de valor para a dispensa de licitação em razão do valor, atendendo à necessidade antiga por parte daqueles que, no dia-a-dia, operam no procedimento de compras das empresas estatais.

Por fim, em relação aos procedimentos licitatórios, cabe citar, ainda, como novidade instituída pela Lei 13.303, a criação de modelo de disputa aberto e fechado, em relação à divulgação do preço, bem como a criação de procedimentos auxiliares, inexistentes no regime geral da Lei 8.666.

¹⁷ BORDA, Daniel Siqueira. **Regimes de Execução Indireta de Obras e Serviços para Empresas Estatais**. In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei 13.303/2016. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. Marçal Justen Filho, org. P. 383.

¹⁸ FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnio Leal. **Considerações acerca do novo regime de licitações e contratos das estatais instituído pela Lei 13.303/16**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 179, p. 9-23, nov. 2016. P. 15.

Alteração significativa decorrente do viés predominantemente de direito privado conferido aos contratos sob a égide da Lei 13.303 foi a disciplina conferida à alteração dos contratos. De acordo com o art.81, alterações, incluindo supressões e acréscimos somente são permitidas por meio de acordo entre as partes. Assim, a Lei extinguiu a possibilidade de imposição unilateral de modificação dos contratos, tal como constava no art.58 da Lei 8.666/93, um exemplo clássico de cláusula exorbitante, não mais admitida na nova sistemática.

Por fim, cumpre analisar a aplicação de sanções nos contratos sob a égide da Lei 13.303, em comparação ao regime geral de licitações. Nesse quesito, a Lei das Estatais inovou tanto em relação ao aspecto material quanto ao aspecto processual. No aspecto material, excluiu a sanção de declaração de inidoneidade. Quanto ao processo administrativo para aplicação de sanções contratuais, a Lei se omitiu quanto à previsão de interposição de recurso administrativo, por parte do contratado, em face da decisão administrativa pela aplicação de penalidade contratual. Entende-se, no entanto, que o direito à interposição de recurso pelo contratado continua subsistindo, eis que decorrente de previsão constitucional, já que amparado nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido: “Inclusive, a leitura dos incisos LIV e LV do art. 5o da Constituição Federal conjugada com o inciso X do parágrafo único do art. 2o e art. 56 da Lei no 9.784/1999 viabilizam a regulamentação da fase recursal pelas respectivas empresas estatais, no seu respectivo âmbito de atuação¹⁹”

3. O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS COM O ADVENTO DA LEI 13.303/16

Conforme visto, as empresas públicas e sociedades de economia mista são criações legislativas que advém da necessidade de o Estado intervir na economia, seja explorando diretamente a atividade econômica, seja por meio da prestação de serviços públicos. Nos termos analisados no capítulo I do presente trabalho, a prestação de serviços públicos pelo Estado não se confunde com o exercício de atividade econômica em sentido estrito. No entanto, o constituinte derivado, por intermédio da Emenda Constitucional nº

¹⁹ PIOVESAN, Filipe da Silva; Cristóvam, José Sérgio da Silva. **A Nova Lei das Estatais e a Aplicação de Sanções nos Contratos Administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago. 2017. P. 245.

19, de 1998, que definiu o parágrafo primeiro do art. 173 da C.F, não faz distinção entre os conceitos, ao contrariar o próprio *caput* e estabelecer que o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista se aplica tanto às estatais exploradoras de atividade econômica quanto às prestadoras de serviços públicos.

Nesse contexto, com atraso considerável, foi editada a Lei 13.303/2016, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. A Lei, ao regulamentar o preceito constitucional, teve por objetivo, por um lado, promover a estabilização da relação dessas empresas com o mercado e, de outro, conferir eficiência e celeridade às suas práticas, sem deixar de observar os princípios da vantajosidade e da economicidade. Essas mudanças passam necessariamente pela simplificação dos procedimentos de contratação e mecanismos de controle no âmbito dessas empresas, buscando-se soluções adequadas ao regime concorrencial ao qual se submetem muitas das empresas estatais²⁰.

Nesse lance, a Lei 13.303 estabeleceu uma série de mecanismos cujo propósito é conferir maior eficiência ao regime de contratação das empresas públicas e sociedades de economia mista, antes sujeitas estritamente à observância dos ditames da lei geral de licitações.

No que se refere às licitações, a Lei das Estatais visou simplificar os processos licitatórios desses entes, visando garantir a necessária celeridade das contratações, tendo como fim último garantir os princípios basilares da livre iniciativa, nos termos do que estabelece o art. 170 da Constituição de 1988²¹.

²⁰ DE PINHO, Clóvis Alberto Bertolini. **Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago.2017. P. 37.

²¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

Acerca das inovações trazidas pela Lei, vale citar o entendimento de Filipe da Silva Piovesan e José Sérgio da Silva Cristóvão²², no artigo intitulado “A Nova Lei das Estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a lei geral de licitações”:

Independentemente da polêmica sobre a efetiva aplicabilidade da lei, como toda novidade, seu advento traz preocupações. Isso porque, embora venha com a promessa de simplificar o processo de contratação e torná-lo mais atraente aos interessados da iniciativa privada e, por conseguinte, tornar estas empresas estatais mais competitivas no mercado, as inovações são inegavelmente sensíveis.

Uma das inovações da Lei, conforme visto, foi a previsão da obrigatoriedade das estatais editarem regulamentos internos próprios com o fito de normatizar os processos licitatórios e contratos de acordo com as características da atividade econômica desempenhada.

Para possibilitar todas essas adaptações, a Lei 13.303 previu que o regime jurídico dos contratos das estatais é eminentemente de direito privado, ao estatuir, em seu art. 68, que “Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”. Nesse sentido²³:

De plano, cumpre destacar que, diferentemente da Lei n. 8.666/1993, os contratos celebrados pelas empresas estatais não são mais considerados como contratos administrativos, eis que regidos por preceitos de direito privado e não mais público. Há de se observar que a Lei n. 13.303/2016 faz menção à aplicação do direito privado (art. 68) sem uso do advérbio “supletivamente”, ao contrário da tradicional orientação da Lei n. 8.666/1993 (art.54). Esta opção legislativa denota evidentemente que a disciplina é privada e, havendo antinomia entre a

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - ~~tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

²² Op. Cit. P. 238.

²³ FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnio Leal. Op. Cit. P. 20.

Lei n. 13.303/2016 e as outras regras de direito privado, será resolvida pelo critério da especialidade e não da subsidiariedade.

Afere-se, assim, que as empresas públicas e sociedades de economia mista adquiriram margem de liberdade para definir e padronizar procedimentos próprios e tal liberdade caracteriza-se em grande parte pela abolição das cláusulas exorbitantes dos contratos. Nesse sentido, os contratos celebrados pelas empresas estatais não podem mais ser considerados contratos administrativos, eis que regidos prioritariamente por normas de direito privado.

Pode-se afirmar que ainda se fazem presentes três derrogações de direito público na disciplina dos contratos na Lei 13.303, quais sejam: i) a exigência de processo licitatório prévio à celebração da avença; ii) a possibilidade de a Administração exigir a apresentação de garantia por parte do contratado, bem como iii) a possibilidade de aplicação de sanções contratuais, também mediante instauração de processo administrativo prévio, no qual assegurado ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Fundamental destacar que as sociedades de economia mista e empresas públicas sempre, desde sua concepção, mantêm um regime jurídico híbrido, que se caracteriza pela aplicação de normas de direito privado com derrogações de direito público, nos limites permitidos pela lei e pela Constituição. Existe, portanto, no âmbito das empresas estatais, uma tensão permanente entre os regimes jurídicos de direito público e de direito privado, o que, em certa medida, pode ser considerado inerente à própria concepção desses entes. A esse respeito²⁴:

A contínua tensão entre público e privado, com alternância entres esses regimes, não impediu que o fenômeno do uso do direito privado pela administração, denominado comumente de “fuga para o direito privado”, fosse progressivamente aceito na prática administrativa, sobretudo no que diz respeito à atuação empresarial do Estado. Por outro lado, a personalidade jurídica de direito privado das estatais, nesse contexto, não implicou no afastamento total de normas de direito público.

É preciso, portanto, buscar um ponto de equilíbrio entre os regimes de direito público e de direito privado, isto é, pelo próprio mandamento constitucional, não é

²⁴ AVELAR, Mariana Magalhães. **Licitações das empresas estatais: delineamento do regime jurídico aplicável aos procedimentos de contratação do Estado empresário**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 177, p. 49-64, set. 2016. P. 52.

permitido conceder-se, Às empresas estatais, privilégios não extensíveis ao setor privado, no entanto, não se pode olvidar que o regime de direito público se faz presente na atuação desses entes²⁵. Esse ponto de equilíbrio passa necessariamente pela preservação da personalidade jurídica de direito privado que é da natureza das empresas públicas e sociedades de economia mista. Vale citar, nesse aspecto, a lição de Marçal Justen Filho²⁶:

não se aplicará o regime de direito público quando produzir encargos que tornem inviável a competição de empresa pública ou sociedade de economia mista com os agentes privados. O raciocínio aplica-se tanto ao aspecto de vantagens quanto ao aspecto de encargos constantes da disciplina publicística.

Essa dualidade de regimes se acentua de acordo com a natureza da atividade desempenhada pela empresa estatal: se exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público. Por conseguinte, em se tratando de estatal exploradora de atividade econômica, naturalmente as normas de direito privado se farão mais presentes, enquanto a estatal prestadora de serviço público sofre, comparativamente, ingerência maior das normas de direito público.

Importante ressaltar que o regime jurídico aplicável é delimitado em função da natureza da norma que o determinou. Dessa forma, se a Constituição determinou a aplicação do regime de direito privado, somente a própria Constituição pode derogá-lo em favor das normas de direito público. Nesse contexto, as normas de direito público aplicáveis às estatais exploradoras de atividade econômica somente podem ter origem em mandamento constitucional, por interpretação do próprio art. 173 da Constituição²⁷.

Parte da doutrina, entretanto, critica o tratamento diferenciado do regime jurídico aplicável às estatais de acordo com a atividade exercida, sob o argumento de que tal distinção descaracterizaria o comando do art. 173 da C.F, que prima pela despublicização dessas figuras estatais²⁸.

²⁵ Op. Cit. P. 53.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. Sp: 2010. P. 30).

²⁷ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Introdução: do direito privado na Administração Pública**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Privado Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15-16.)

²⁸ AVELAR, Mariana Magalhães. Op. Cit. P. 54.

Autores como Floriano de Azevedo Marques Neto²⁹ entendem que a incidência maior ou menor do regime jurídico de direito privado no âmbito das estatais depende da existência ou não da possibilidade de competição da empresa:

O que me parece relevante para se verificar o regime jurídico a balizar a atividade da empresa estatal será a atividade que exerce e se a mesma se desenvolve em ambiente de competição ou não. No contexto jurídico e econômico atual, podemos ter atividades econômicas (agora em sentido amplo, é dizer, atividades às quais se pode atribuir relevância econômica) consideradas serviços públicos prestadas em regime de exclusividade ou de competição. Bem como podemos ter atividades econômicas em sentido estrito (aquelas que não são tomadas pela ordem jurídica como serviço público) exploradas em regime de monopólio ou competição, neste último caso como o gênero das atividades econômicas. Hodiernamente, portanto, saber se a empresa estatal explora serviço público ou atividade econômica em sentido estrito parece ser irrelevante.

No entanto, a discussão sobre a dualidade de regimes aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista foi atenuada com a superveniência da Lei das Estatais. Isso porque a lei claramente estabelece a aplicação do regime jurídico de direito privado a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista sem distinção no que se refere à atividade desempenhada. Essa ausência de diferenciação pode ser problemática, sobretudo por contrariar a previsão do próprio artigo 173 da Constituição.

Outro aspecto relevante a ser considerado no horizonte de aplicação da Lei 13.303 é a superação do enrijecimento burocrático que as regras da Lei 8.666 representavam no contexto das empresas públicas e sociedades de economia mista. Porém, o fato de a Lei ter conferido maior margem de liberdade para as estatais definirem as regras contratuais aplicáveis, em consonância à atividade econômica exercida, e o consequente abandono de uma burocracia rígida característica do regime anterior, não significa uma maior correção na atuação dessas empresas. Caberá às estatais o desafio de compatibilizar a flexibilidade de instituir normas contratuais adaptadas às suas realidades com a necessidade de observância tanto dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa quanto das regras de *compliance* específicas previstas pela Lei 13.303.

²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado** In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 581

O regime jurídico contratual eminentemente privado conferido às empresas estatais pela Lei 13.303 constitui-se, assim, em fundamento para conferir-se maior eficiência aos instrumentos contratuais, buscando-se maior competitividade desses entes no mercado. Vale citar, a esse respeito³⁰:

Aqui, percebe-se que a Lei no 13.303/2016 confere efetividade aos instrumentos contratuais celebrados pelas empresas estatais. Ao estabelecer que os contratos são regidos pelos preceitos de direito privado, reconhece-se a inaplicabilidade da concepção estrita de contratos administrativos aos negócios jurídicos celebrados pelas empresas estatais.

Uma das cláusulas exorbitantes que se fazia bastante presente no regime anterior era a cláusula que possibilitava a rescisão unilateral dos contratos. Na disciplina privada, como visto, não mais se admite a rescisão unilateral, de sorte que alterações contratuais são permitidas somente mediante acordo entre as partes. Trata-se de modificação bastante significativa, pois o particular, no regime anterior, estava sujeito à rescisão contratual e demais alterações permitidas por lei a critério da Administração, o que, perante o mercado, por vezes, era visto como causa de insegurança jurídica.

Alguns autores ponderam que a Lei 13.303 não é o instrumento legal adequado para regular os processos licitatórios e de contratação das empresas estatais, posto que o diploma apresenta uma série de incongruências. Segundo Cláudio Fernandes Ferreira e Anderson Júnio Leal Moraes³¹, é necessário “aperfeiçoamento normativo que saneie os aspectos controvertidos existentes em torno de sua aplicação”, visando torná-lo um instrumento normativo que de fato contribua para a eficiência dos procedimentos de contratação no âmbito das estatais, objetivo que norteou o próprio surgimento do diploma legal.

Nesse propósito, os regulamentos internos de licitações e contratos editados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto da Lei das Estatais são importantes instrumentos, pois possuem papel crucial no que se refere à implementação dos objetivos da referida Lei. Por meio desses regulamentos, é possível às empresas estatais implementarem normas licitatórias e contratuais que se adequem às

³⁰ Op. Cit. P. 44.

³¹ Op. Cit. P. 22

particularidades da atividade exercida³², sem que se olvide dos objetivos de se conferir maior eficiência e vantajosidade aos instrumentos contratuais.

Marçal Justen Filho³³ afirma que o conceito de vantajosidade aplicável no âmbito da exploração de atividade econômica é diverso daquele aplicável no âmbito das contratações da atividade administrativa típica. No desenvolvimento de atividade econômica, a estruturação dos procedimentos de contratação deve ser compatível com as atividades desenvolvidas pela empresa estatal. Segundo o autor, a vantajosidade na exploração da atividade econômica desempenhada pela empresa estatal vincula-se à obtenção do maior número de negócios e da prática de preços competitivos.

Ante os aspectos analisados, denota-se que a atribuição de um regime jurídico de direito privado aos contratos celebrados pelas empresas estatais é elemento fundamental a fim de que tais entes possam concretizar seu papel estabelecido pela ordem econômica na Constituição de 1988. A edição da Lei 13.303 veio, portanto, no sentido de conferir maior segurança jurídica às relações contratuais das estatais, posto que o regime contratual estatuído pela Lei 8.666 possuía uma série de incompatibilidades com a natureza jurídica e propósito constitucional desses entes da Administração Pública. Nesse sentido o entendimento de Clóvis Bertolini de Pinho³⁴:

A edição da Lei das Empresas Estatais busca conferir maior segurança jurídica às contratações promovidas pelas sociedades de economia mista e empresas públicas. A existência de um regime apartado do regime geral de contratação e licitação aplicável à Administração Pública é a justa demonstração de que as contratações das empresas estatais merecem tratamento específico. Acredita-se que a Lei no 13.303/2016 confere maior segurança jurídica aos contratos celebrados pelas sociedades estatais, na exata medida que os instrumentos contratuais são regidos por regime jurídico próprio às empresas estatais, que estão muito mais ligadas a uma lógica empresarial e concorrencial.

Com efeito, o regime das contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista sofreu alterações profundas notadamente pela derrogação do regime de cláusulas exorbitantes, sobretudo àquelas que possibilitam à Administração

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Notas sobre a implantação do regime da Lei 13.303**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>. Acesso em: 13/04/2019.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **A Contratação sem Licitação nas Empresas Estatais**. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 39.

³⁴ Op. Cit. P. 52.

fiscalizar os contratos, alterá-los e rescindi-los unilateralmente. Nesse sentido, válido citar o entendimento de Cristóvam e Piovesam³⁵

Estas, exercendo atividades econômicas como singelos *players* de um mercado altamente competitivo, terão que se comportar, também no aspecto de suprimentos, como genuínas instituições privadas. Dito de outra maneira, elas deverão estabelecer contratos com seus fornecedores e prestadores de serviços em um cenário de quase total ausência de prevalência sobre a outra parte. Mas isso sem deixar as amarras e peculiaridades de uma submissão, ainda que mitigada, ao regime jurídico-administrativo, vez que integrantes da Administração Pública indireta e sujeitas aos princípios e regras constitucionais correspondentes.

Relevante que se chame atenção, portanto, para o fato de que, embora o novo regime a que estão submetidos os contratos das empresas estatais exclua a posição de superioridade por parte desses entes em face dos particulares, não é lícito admitir-se a completa não aplicação de normas que caracterizam o regime jurídico-administrativo³⁶:

De qualquer modo, embora desenvolvendo atividade afeta aos particulares, sem qualquer tipo de vantagem por ser ente público, ao Estado – e, por conseguinte, suas empresas estatais que exploram atividade econômica –, não é permitido evadir-se completamente à disciplina conferida pelo direito público.

Por conseguinte, a alteração da realidade legislativa aplicável às empresas públicas e sociedade de economia mista exige por parte dos operadores do direito uma nova interpretação, que considere a evolução do tratamento normativo e doutrinário aplicável às licitações e contratos. Tal interpretação deve ser condizente à realidade desses entes, de modo a viabilizar o exercício da atividade empresarial do Estado nos termos preconizados pela Constituição de 1988.

³⁵ Op. Cit. P. 94.

³⁶ MARTINS, Victor Silveira. **Licitações nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica à luz da concorrência**. R. bras. De Infraestrutura – RBINF. Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 45-74, jul./dez. 2016. P. 46.

CONCLUSÃO

As empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos para que o Estado possa exercer seu papel constitucional de interventor na ordem econômica nos termos definidos pela Constituição de 1988. A Lei das Estatais – Lei 13.303/2016, foi editada com considerável atraso, para o fim de regulamentar o art. 173 da Constituição, que estabelece, em seu art. 173, § 1º, II, que tais entes serão submetidos ao mesmo regime aplicável às empresas privadas.

Nesse contexto, era imperioso o advento de um instrumento legal que, além dos aspectos societários, e de governança e *compliance*, estabelecesse normas específicas aplicáveis às licitações e contratos das empresas públicas, considerando a necessidade de conferir maior eficiência às contratações dessas empresas, observada sua condição de agentes quase sempre atuantes em um mercado concorrencial.

Com esse propósito, a Lei 13.303 estabelece uma mudança de paradigma, ao prever que o regime dos contratos das empresas estatais é eminentemente de direito privado. Considera-se tal mudança positiva na medida em que permite que se incorpore, tanto nos procedimentos licitatórios quanto nos contratos, medidas que visem ao incremento da eficiência e competitividade das empresas estatais. Possibilita-se, assim, que os instrumentos contratuais dessas empresas passem a se inserir dentro de uma lógica empresarial e concorrencial, consagrando-se os princípios da ordem econômica previstos no art. 170 da Constituição.

Assim, o tratamento específico conferido ao regramento contratual das empresas estatais, que passa a ser regido predominantemente por normas de direito privado, implica em maior segurança jurídica aos contratos, na medida em que se elimina a posição de superioridade da empresa estatal frente aos particulares.

No entanto, não se pode falar em uma derrogação das normas de direito público, tendo em vista que, em se tratando as empresas estatais de entes da administração pública indireta, se encontram sujeitas a regras aplicáveis ao regime jurídico-administrativo, mormente aos princípios constitucionais correspondentes.

Portanto, a edição da Lei 13.303/2016 possibilitou a adoção de uma série de mecanismos mais eficientes para o regime de contratação das empresas públicas e sociedades de economia mista. Um dos elementos que corrobora nesse sentido é a

obrigatoriedade de que essas empresas editem regulamentos internos que regulamentem a aplicação da Lei no que concerne às licitações e contratos. Permite-se, dessa forma, que as empresas estatais adaptem os dispositivos legais às especificidades dos mercados em que atuam. A produção de regulamentos internos adequados e modernos pelas empresas estatais, representa, assim, um grande avanço, possibilitando que esses entes concretizem seus objetivos definidos constitucionalmente.

De todo o exposto, depreende-se que o advento da Lei 13.303/2016 foi bastante positivo no que concerne às contratações efetuadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, eis que permitiu que esses procedimentos sejam dotados de maior eficiência. É preciso, no entanto, atenção na aplicação dos dispositivos legais, a fim de compatibilizá-los às especificidades dos objetos de cada estatal, bem como aos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa.

BIBLIOGRAFIA

AVELAR, Mariana Magalhães. Licitações das empresas estatais: delineamento do regime jurídico aplicável aos procedimentos de contratação do Estado empresário. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 177, p. 49-64, set. 2016.

AQUINO, Fernando Henrique Franco de. A “relativização da supremacia do interesse público: análise da ampliação da incidência da teoria das obrigações civis aos contratos administrativos. R. de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 6, n. 2011, p. 55-79, mar./ago. 2017.

BONFIM, Natália Bertolo. O Interesse Público das Sociedades de Economia Mista. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de Execução Indireta de Obras e Serviços para Empresas Estatais. In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei 13.303/2016. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. Marçal Justen Filho.

DE PINHO, Clóvis Alberto Bertolini. Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago.2017.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Privado Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnio Leal. Considerações acerca do novo regime de licitações e contratos das estatais instituído pela Lei 13.303/16. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 179, p. 9-23, nov. 2016.

FIDALGO, Carolina Barros. O Estado Empresário: regime jurídico das tradicionais e nas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2012.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAÇA, Aulus Luiz Santos de Salles. A Intervenção Direta do Estado Brasileiro da Economia: as Empresas Estatais em Perspectiva. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. 2016.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUADALUPE, Heliane. As Mudanças Introduzidas pela Lei das Estatais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263467,91041->

As+mudancas+introduzidas+pela+lei+das+estatais. Acesso em: 11/04/2019

JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a Criação das Empresas Estatais e a Participação Minoritária em Empresas Privadas. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN NETO, Marçal. Os regulamentos internos de licitações e contratos das empresas estatais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 119, janeiro de 2017, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 11/04/2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Notas sobre a implantação do regime da Lei 13.303. Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>. Acesso em: 13/04/2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Contratação sem Licitação nas Empresas Estatais. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 39.

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

MARTINS, Victor Silveira. Licitações nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica à luz da concorrência. R. bras. De Infraestrutura – RBINF. Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 45-74, jul./dez. 2016.

MOTA, Fabrício. Há risco de retrocesso em projeto que altera Lei das Estatais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-26/risco-retrocesso-projeto-altera-lei-estatais>). Acesso em 10/04/2019.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo Licitatório das Empresas Estatais: Finalidades, Princípios e Disposições Gerais. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Marçal Justen Filho, org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PIOVESAN, Filipe da Silva; Cristóvam, José Sérgio da Silva. A Nova Lei das Estatais e a Aplicação de Sanções nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago. 2017. P. 245.

PINTO, Henrique Motta. Empresa Estatal: Modelo jurídico em crise? Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC- SP. São Paulo: 2010.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Estatais. Lei 13.303. Orçamento sigiloso. Desclassificação das propostas. Disponível em: <http://www.blogjml.com.br/?cod=71abb3c5f899805677ff4e5d52433386>. Acesso em: 11/04/2019.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016). Revista do Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19. N. 102. P. 15-26, mar/abr 2017.