

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

LUIZ EDUARDO ALtenburg de assis

PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS:

As parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

LUIZ EDUARDO ALtenburg de ASSIS

PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS:

As parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

São Paulo

2018

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS:

As parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Fazer uma dissertação de mestrado em direito administrativo, por si só, já é um grande desafio para qualquer acadêmico que se proponha a abordar algum tema com profundidade. Trata-se de empreitada que sempre exige algum tipo de sacrifício não só do mestrandos, como de todas as pessoas que rodeiam a esfera mais próxima da sua vida profissional e pessoal. Frequentar um curso de mestrado em outra cidade, com viagens semanais durante pouco mais de dois anos, ao que se seguiu a elaboração dessa dissertação, sem interromper o exercício da advocacia, foi certamente o maior desafio que já enfrentei e que não teria sido possível sem o apoio incondicional dos meus colegas de escritório, amigos e familiares.

No final dessa caminhada, devo um agradecimento especial a Joel de Menezes Niebuhr, não só pela sugestão do tema dessa dissertação, pelas discussões em torno do trabalho, pelo apoio incondicional ao longo de todo o mestrado, pelo incentivo profissional e pessoal, por me despertar o interesse pelo direito administrativo e pela advocacia, mas principalmente por me instigar constantemente a seguir novos desafios, sempre servindo de referencial como advogado e jurista da mais alta estirpe. Exercer a advocacia junto com o Joel, além de um privilégio, é um constante aprendizado.

Aos meus pais Francisco e Maria Alice e ao meu irmão Pedro Henrique, pela compreensão, carinho e auxílio sempre prestados durante toda a minha vida profissional e acadêmica. À Camila, que nos últimos quatro anos tem sido o meu ponto de apoio, por ter me acompanhado ao longo dessa trajetória, desde a graduação, passando pelo processo seletivo do mestrado da PUC/SP até a conclusão desse trabalho, comemorando comigo cada passo e contribuindo para esse desafio, com seus próprios sacrifícios e concessões, além dos conselhos de todos os dias que me tornam uma pessoa melhor do que antes.

À Fernanda Schramm, pela troca de ideias, pelas revisões, pela grande amizade, por “segurar a barra” durante as minhas ausências, que não foram poucas nem curtas, enfim, por suportar uma parte do peso desse projeto. Aos colegas e amigos do núcleo de direito administrativo da Menezes Niebuhr Advogados Associados, Pedro Menezes Niebuhr, Cauê Vecchia Luzia, Salomão Ribas Júnior, Carlos Ghanem, Rodrigo Lahoz, Renan Ferraz, Isaac Kofi Medeiros, Gustavo Quint, Amanda de Rolt, Natália Dodl Souza, Amandha Nunes, Ana Luisa Beltran de Oliveira, Vitória Malucelli, que também supriram a minha falta e me ajudaram a concluir esse trabalho. Aos demais amigos do escritório, em especial ao Carlos Crippa, Gabriela Bittencourt, Manoella Keuneche, Raquel Mazzuco e Rodrigo Schwartz.

Por fim, ao meu orientador, Professor Doutor Márcio Cammarosano, brilhante professor e administrativista, pelas lições e orientações que foram imprescindíveis para a conclusão do trabalho e que certamente me acompanharão daqui por diante. Em nome do Professor Márcio, agradeço aos demais docentes e funcionários da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em especial aos Professores Doutores Jacintho Arruda Câmara, Maurício Zockun, Sílvio Luís Ferreira da Rocha e Clóvis Beznos, que lapidaram a minha formação acadêmica nessa prestigiada Escola de direito administrativo.

Agradeço, por fim, ao Professor Fernando Menezes de Almeida por aceitar compor a banca de defesa da dissertação juntamente com o Professor Jacintho Arruda Câmara, a quem já rendi meus agradecimentos.

RESUMO

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. **Parcerias Empresariais Público-Privadas:** as parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais. 2018. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018.

A presente dissertação se propõe a analisar em que medida as parcerias empresariais público-privadas se submetem ao regime jurídico de direito público. Previstas na Lei n. 13.303/2016 como parcerias em oportunidades de negócio, essas parcerias são instrumentalizadas por contratos associativos firmados entre empresas estatais e empresas privadas para o desenvolvimento conjunto de empreendimentos econômicos de interesse comum, com compartilhamento de riscos e resultados. Na medida em que comungam elementos das *joint ventures* e das parcerias público-privadas em sentido amplo, essas parcerias empresariais público-privadas, refletem uma manifestação do fenômeno da consensualidade administrativa e do emprego de instrumentos de direito privado para a realização de finalidades de interesse público. As parcerias empresariais distinguem-se em parcerias societárias, que originam outras sociedades dotadas de personalidade jurídica, e parcerias contratuais, onde os parceiros conservam sua autonomia jurídica perante terceiros. As empresas estatais submetem-se a um regime jurídico híbrido, análogo ao regime das empresas privadas, porém voltado à realização do interesse público definido em lei e subordinado aos princípios administrativos. Segue-se a isso que a opção da empresa estatal pela estruturação de uma parceria empresarial reflete o exercício de uma competência discricionária norteada pelas características dessas parcerias, pelos princípios administrativos e pela finalidade de interesse público subjacente à sua atuação empresarial. À luz desses parâmetros, reconhece-se que a formação das parcerias empresariais público-privadas continua submetida aos princípios que regem o exercício da função administrativa, ainda que o §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 exclua a aplicação do regime geral de contratações das estatais para a escolha do parceiro privado em oportunidades de negócio. Consequentemente, em caso de inviabilidade de competição, a escolha do parceiro privado deve ocorrer motivadamente, por critérios racionais fundados em características particulares que se relacionem diretamente com a oportunidade de negócio específica e definida. Já em caso de viabilidade de competição, impõe-se a realização de um procedimento concorrencial adaptado às especificidades das relações associativas empresariais que, embora não se confunda com uma licitação, não pode prescindir da observância dos princípios administrativos. Em todos os casos, a atuação da empresa estatal, notadamente no âmbito de suas relações contratuais, deve ocorrer sob uma base procedural e submeter-se aos mecanismos de controle da Administração Pública.

Palavras-chave: Empresa estatal; parcerias empresariais público-privadas; oportunidades de negócio; empresas estatais; contratação pública.

ABSTRACT

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. **Parcerias Empresariais Público-Privadas:** as parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais. 2018. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018.

The present dissertation proposes to analyze the submission of public-private joint ventures to the legal regime of public law. Established in Law n. 13303/2016 as partnerships in business opportunities, these partnerships are instrumented by associative agreements signed between state-owned companies and private companies for the joint development of economic enterprises of common interest, with sharing of risks and results. As they share elements of joint ventures and public-private partnerships, these public-private joint ventures reflect a manifestation of the phenomenon of administrative consensuality and the use of private law instruments for the realization of public interest purposes. Public-private joint ventures are distinguished between incorporated joint ventures, which originate other companies with legal personality, and contractual joint ventures, where partners retain their legal autonomy vis-à-vis third parties. To understand the precepts governing these partnerships, it should be remembered that state-owned enterprises are subject to a hybrid legal regime, based on the regime of private companies, but focused on the realization of the public interest defined by law and subordinated to administrative principles. Therefore, the choice of the state-owned company for structuring a business partnership reflects the exercise of discretionary competence guided by the characteristics of these partnerships, the administrative principles and the public interest purpose that legitimizes their activity. Based on these parameters, the formation of public-private joint ventures continues to be subject to the principles governing the exercise of the Public Administration, even though §3 of article 28 of Law n. 13.303/2016 excludes the application of the general government hiring regime regarding the choice of private partner in business opportunities. Consequently, in the case of unviable competition, the choice of the private partner must be motivated by rational criteria based on characteristics that are directly related to a specific and defined business opportunity. In the event of competition viability, it is necessary to carry out a competitive procedure adapted to the specificities of these business associations, which should not to be confused with a bidding process, cannot dispense the observance of administrative principles. In all cases, the performance of the state-owned company, especially regarding its contractual relations, must occur under a procedural basis and be submitted to the control mechanisms of the Public Administration.

Keywords: State-owned company; public-private joint ventures; business opportunities; state-owned company; public contracting.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O EMPREGO DA TÉCNICA EMPRESARIAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	16
2.1.1 A ordem econômica na Constituição Federal de 1988	16
2.1.2 Formas de intervenção do Estado no domínio econômico.....	19
2.1.3 Diretrizes constitucionais para a exploração de atividade econômica pelo Estado.....	23
2.2 EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO BRASILEIRO	27
2.2.1 Contextualização histórica do empreendedorismo de Estado no Brasil	27
2.2.2 Transformações da legislação brasileira sobre as empresas estatais.....	34
2.3 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS	38
2.3.1 Definição e espécies de empresas estatais	38
2.3.2 Aspectos destacados do regime jurídico das empresas estatais.....	41
2.3.3 Empresas estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica: dois regimes jurídicos?.....	46
2.3.4 A vinculação finalística das empresas estatais	57
2.4 EMPRESA E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA CONSTANTE TENSÃO ENTRE EFICIÊNCIA E LEGALIDADE	67
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	84
3 ENQUARAMENTO JURÍDICO-POSITIVO DAS PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO	86
3.1 AS HIPÓTESES DE INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO NA LEI N. 13.303/2016	86
3.1.1 Distinção entre inaplicabilidade, dispensa e inexigibilidade de licitação na Lei n. 13.303/2016.....	86
3.1.2 Inaplicabilidade de licitação para o fornecimento ou prestação direta de bens ou serviços especificamente relacionados ao objeto social da empresa estatal	94
3.1.3 Inaplicabilidade de licitação para contratações relacionadas a oportunidades de negócio	101
3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS ENTRE EMPRESAS ESTATAIS E EMPRESAS PRIVADAS	106
3.2.1 As parcerias em oportunidades de negócio como parcerias empresariais público-privadas	106
3.2.2 Distinção entre as parcerias empresariais público-privadas e outras modalidades de parceria público-privada em sentido amplo.....	114
3.2.3 Legitimidade das parcerias empresariais público-privadas: a consensualidade administrativa chega à atuação empresarial do Estado.....	117
3.3 ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS E OUTRAS FORMAS ASSOCIATIVAS DA EMPRESA ESTATAL.....	129
3.3.1 As oportunidades de negócio como técnica de desestatização	129

3.3.2 Notas sobre o procedimento de alienação de ativos estratégicos.....	135
3.3.3 Exigência da autorização legislativa nas operações de desinvestimento	144
3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	150
4 DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DAS PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO.....	152
4.1 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DO OBJETO DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS	152
4.1.1 A finalidade associativa.....	154
4.1.2 O vínculo do empreendimento com o objeto social da empresa estatal	156
4.1.3 A natureza empresarial da atividade.....	159
4.1.4 A especialidade do empreendimento	160
4.1.5 A compatibilidade do regime jurídico da atividade	161
4.1.6 Algumas consequências dessas características	162
4.2 PRINCIPAIS FINALIDADES DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS	167
4.2.1 Desenvolvimento e expansão da atividade empresarial do Estado	167
4.2.2 Internacionalização das empresas estatais	172
4.2.3 Participação em licitações e contratos administrativos.....	174
4.2.3.1 As parcerias empresariais em concessões interfederativas	175
4.3 ESPÉCIES DE PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS	180
4.3.1 Parceria empresarial público-privada e <i>joint venture</i>	180
4.3.2 Parcerias societárias: as sociedades de propósito específico	182
4.3.2.1 A questão do controle compartilhado nas parcerias societárias	188
4.3.3 Parcerias contratuais: os consórcios empresariais público-privados	197
4.3.4 Outras formas associativas, societárias e contratuais	202
4.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	207
5 ASPECTOS DESTACADOS DO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO	211
5.1 FORMAÇÃO DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS	211
5.1.1 A importância do procedimento na formação das parcerias em oportunidades de negócio	211
5.1.2 A estruturação de uma parceria empresarial público-privada.....	221
5.1.3 As vias técnico-jurídicas empregadas na modelagem de parcerias empresariais público-privadas	231
5.1.4 A escolha do parceiro privado.....	236
5.1.4.1 Retomando o inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016.	236
5.1.4.2 Escolha do parceiro privado por inviabilidade de competição.....	246
5.1.4.3 Procedimento competitivo de escolha do parceiro privado.....	250
5.2 MECANISMOS DE CONTROLE SOBRE AS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS	258
5.3 CONCLUSÕES PARCIAIS	265
6 CONCLUSÕES	270
REFERÊNCIAS	281

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo é, sobretudo, um direito que se encontra em constante mutação como forma de atender às necessidades coletivas que lhe são contemporâneas. Não raro, essas transformações exigem a adaptação de paradigmas sedimentados na doutrina e na jurisprudência, a fim de que novos institutos, geralmente teorizados em outras áreas do direito, sejam agregados à prática administrativa. Dentre esses institutos, as parcerias empresariais entre empresas estatais e empresas privadas para a exploração de oportunidades de negócio jamais poderiam ser admitidas sem uma releitura da vetusta contraposição do interesse público ao interesse privado ou, antes, que se admita a possibilidade do Estado atuar por meio de instrumentos empresariais historicamente concebidos para a iniciativa privada.

Para além de um realinhamento de paradigmas, uma primeira dificuldade no estudo das parcerias empresariais entre empresas estatais e empresas privadas resulta da nomenclatura empregada no artigo 28 da Lei n. 13.303/2016.¹ No dicionário, oportunidade significa uma circunstância oportuna, favorável para a realização de algo.² Oportunidade de negócio, em seu sentido coloquial, seria então uma situação singular ou circunstância ímpar, que se apresenta oportuna para a realização de determinado negócio ou empreendimento.

No caso da Lei n. 13.303/2016, o aproveitamento dessa oportunidade de negócio dar-se-ia mediante a formação de uma relação associativa entre uma empresa estatal e uma empresa privada. São as especificidades desse tipo de relação jurídica de cunho associativo que não se compatibilizam com a lógica da licitação, daí porque o artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 afasta a aplicação do Capítulo I do Título II desse diploma – que traz disposições procedimentais sobre licitação e contratação direta por dispensa e inexigibilidade nas empresas estatais – para a escolha do parceiro nas oportunidades de negócio.

Com efeito, embora a nomenclatura não seja de todo incompatível, o sentido coloquial da expressão “oportunidade de negócio” não reflete as várias facetas dessas parcerias, tal como retratadas nos §§ 3º e 4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016. É que as parcerias em oportunidades de negócio abarcam, sob a mesma designação, múltiplas formas de parcerias público-privadas para o exercício de atividade empresarial, bem como instrumentos de

¹ Art. 28. [...] §4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do §3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

² Cf. **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

aquisição e alienação de ativos estatais com vistas ao incremento ou diminuição da intervenção direta do Estado no domínio econômico. Trata-se de categoria inédita e que, pela abertura semântica, semeará divergências em matéria de contratação das empresas estatais.

A bem da verdade, sequer é possível falar propriamente de um único instituto, dada a multiplicidade de formas e, principalmente, de finalidades para as quais o Estado pode se valer dessas parcerias para a realização de interesses públicos. Se, por um lado, as parcerias em oportunidades de negócio retratam a face intervencionista de uma Administração que atua em conjunto com o particular para se fazer presente no mercado, por outro, as alienações de ativos e a possibilidade do particular assumir a preponderância no empreendimento revelam uma face mais liberal, voltada à redução da intervenção do Estado no domínio econômico.

O papel das parcerias em oportunidades de negócio não se resume a nenhum desses rótulos afetos ao grau de intervenção do Estado na economia. As parcerias em oportunidades de negócio se propõem a ambos os objetivos. Tanto podem ser instrumento de estatização, quanto de desestatização da economia. Além disso, tanto podem servir para agregar eficiência à exploração de atividade econômica pelo Estado, quanto para atender a outras finalidades de interesse público que, embora nem sempre se coadunem com as práticas mais rentáveis do ponto de vista empresarial, também reclamam algum nível de intervenção do Estado, seja na implementação de políticas públicas macroeconômicas, seja no desenvolvimento de novas tecnologias e na exploração de atividades instrumentais à própria Administração.³

O aspecto multifacetado dessas parcerias não impede a sua sistematização à luz do ordenamento jurídico pátrio, com a identificação de princípios e regras aplicáveis a todas as parcerias entre empresas estatais e empresas privadas. Aliás, a sistematização de seu regime jurídico não só é possível como necessária para delimitar seus limites e possibilidades, impedindo que sejam utilizadas como simples subterfúgio de fuga das balizas do direito público que conformam a atividade administrativa à luz dos princípios constitucionais.

Com efeito, as principais discussões que hodiernamente permeiam a utilização das parcerias em oportunidades de negócio decorrem da imprecisa definição de seu regime jurídico, principalmente no que se refere aos parâmetros que limitam a atuação administrativa no processo de formação dessas parcerias. Convém destacar algumas questões ainda

³ Já nesse primeiro momento, afigura-se pertinente a advertência de Paula Forgioni, no sentido de que “[é] preciso superar alguns preconceitos que, infelizmente, vêm se acentuando no Brasil, nestas épocas de polarização ideológica. O direito empresarial moderno não mais cultiva aquele ‘ranço privatístico’, de exacerbação das liberdades pelas liberdades, que masca sua historiografia. Hoje, a função do direito comercial ata-se à implementação de políticas públicas, desdobrando-se também na determinação do papel que o mercado desempenhará na alocação dos recursos em sociedade” (FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação.** 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 273).

polêmicas e essenciais para a formação desses contratos, a saber: Qual a definição de parceria na Lei n. 13.303/2016?; Quais atividades podem ser objeto desse modelo?; Pode-se realizar algum tipo de procedimento competitivo para a escolha do parceiro privado ou a inviabilidade de competição é pressuposto para a sua configuração?; Essas parcerias se submetem aos mecanismos de controle da Administração Pública e, em especial, do Tribunal de Contas?

A solução desses e outros questionamentos perpassa pelo enquadramento do regime jurídico dessas parcerias que, certamente, não pode ser reduzido ao regime geral das contratações públicas e nem tampouco relegado a um regime jurídico puramente privado. Como condição necessária à sistematização desse regime jurídico, antes de tudo, é preciso investigar a natureza jurídica da relação que lhe é subjacente, quais os influxos publicísticos decorrentes da participação de uma empresa estatal nessa relação jurídica e em que medida essas parcerias encontram respaldo na Constituição Federal e na legislação de regência. Só então, sob uma perspectiva sistemática, é possível identificar os parâmetros jurídico-positivos que emprestam fundamento a esse tipo de concertação público-privada.

À primeira vista, é possível cogitar de uma vocação empresarial como elemento comum a todas as modalidades de oportunidade de negócio no âmbito das empresas estatais. As parcerias em oportunidades de negócio foram concebidas para viabilizar a exploração conjunta de uma empreitada econômica com o compartilhamento dos riscos e resultados pelo Estado e pelo particular. O modelo empresarial não se dá ao acaso. É fruto de uma pré-compreensão legislativa e constitucional – presente no artigo 173 da Constituição Federal e em diversos dispositivos da Lei n. 13.303/2016 – de que a adoção da técnica empresarial agrega eficiência em determinados campos de atuação administrativa, aí compreendida a sua intervenção direta na economia ou mesmo na prestação de serviços públicos.

É nesse sentido que a consagração do modelo empresarial insere-se em um fenômeno mais abrangente, de ampliação das formas de atuação do Estado por meio da utilização de mecanismos do direito privado para a persecução de finalidades eminentemente públicas e que, em última análise, encontram respaldo no princípio da eficiência. Essa forma de atuação é característica da Administração Pública a partir da segunda metade do século XX, fenômeno que se passou a denominar de “fuga” para o direito privado. O que não se pode perder de vista é a função instrumental subjacente à utilização desses institutos de direito privado pela Administração Pública para a realização do interesse público. A atuação empresarial do Estado nunca se desvincula completamente das balizas do direito público.

Outro elemento comum às parcerias em oportunidades de negócio, também acentuado pela doutrina administrativista contemporânea, é a aproximação da Administração Pública com o particular mediante instrumentos colaborativos voltados à persecução de interesses convergentes e compatíveis entre si. O emprego desses mecanismos de consenso no lugar de uma atuação isolada e unilateral da Administração tem recebido múltiplas designações, como consensualidade administrativa, concertação, contratualização etc. Todas essas expressões, nem sempre sinônimas, remetem à ideia de substituição da tradicional unilateralidade do Estado em prol dos benefícios inerentes à atuação multilateral, em que o particular participa ativamente do negócio jurídico em comunhão de interesses com a Administração. Mais uma vez, é a perspectiva instrumental que molda o emprego desses instrumentos: o emprego de técnicas consensuais não implica na disponibilidade do interesse público justamente porque se presta a atingir soluções mais consentâneas com a realização do interesse público.

Em vista de todas essas características, é quase intuitivo afirmar que o regime jurídico das oportunidades de negócio nas empresas estatais perpassa pelos princípios e regras que regem a intervenção do Estado no domínio econômico, a atuação das empresas estatais no mercado e em suas relações com terceiros, o emprego de instrumentos de direito privado pela Administração Pública e os modelos de concertação público-privada. Todas essas manifestações do exercício da função administrativa nas parcerias em oportunidades de negócio submetem-se, em maior ou menor grau, a influxos do direito público, em razão da atuação das empresas estatais, que, embora mais desenvoltas, jamais se desvinculam completamente das balizas administrativas e, sobremodo, de sua finalidade supraindividual.

Sob essa perspectiva, o objetivo do presente trabalho é delinear de que maneira esses diferentes fenômenos que caracterizam as parcerias em oportunidades de negócio se entrelaçam para formar um regime jurídico próprio, com princípios e regras que submetem a atuação conjunta de empresas estatais e empresas privadas para exploração de uma atividade empresarial que seja do interesse de ambas as partes. Para tanto, a pesquisa se desenvolve com vistas à resolução do seguinte problema: “Em que medida as parcerias empresariais público-privadas se submetem ao regime jurídico de direito público?”.

A hipótese principal para a resolução do problema é que a atuação da Administração Pública pelo modelo empresarial é sempre instrumental à persecução de um interesse público que, portanto, também deve nortear as decisões empreendidas pela empresa estatal. Quando essa atuação empresarial do Estado na persecução de um interesse público é coordenada com empresas privadas, a formação e o desenvolvimento dessas parcerias – ainda que não se

submeta completamente ao regime jurídico de direito público e às disposições pertinentes à licitação e à contratação por dispensa e inexigibilidade – deve observar procedimentos que assegurem os princípios da Administração Pública, em especial os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, sem comprometer a eficiência da empreitada empresarial, mesmo porque a eficiência também se insere dentre os princípios encartados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Dessa hipótese principal, desdobram-se quatro hipóteses secundárias que correspondem aos quatro capítulos que compõem essa dissertação.

O Capítulo II terá como enfoque as características marcantes da Administração Pública contemporânea, aí compreendido o fenômeno do empreendedorismo de Estado no Brasil e a investigação dos princípios e regras que legitimam e limitam a utilização da técnica empresarial na exploração estatal de atividade econômica e na prestação de serviços públicos, inclusive no âmbito da Lei n. 13.303/2016. A hipótese secundária aqui investigada é que a atuação da Administração Pública por meio de empresas estatais, dada a flexibilidade inerente à técnica empresarial, encontra amplo respaldo no princípio da eficiência administrativa, mas deve perseguir, necessariamente, o interesse público específico que permeia o seu objeto social, sendo as parcerias em oportunidades de negócio um reflexo desse modelo de atuação.

O Capítulo III trará uma descrição do contexto jurídico-positivo onde se inserem as parcerias em oportunidades de negócio. A ideia é identificar no ordenamento jurídico os institutos que caracterizam a lógica dessas contratações, delimitando de que forma se inserem no regime jurídico das contratações públicas e de que modo essas parcerias refletem uma manifestação do fenômeno da consensualidade administrativa. A hipótese secundária é que a Lei n. 13.303/2016 consagrou uma hipótese de inaplicabilidade das disposições sobre licitação e contratação direta por dispensa e inexigibilidade voltada para a formação de contratos que constituem uma espécie de parceria público-privada empresarial que não se confunde com as parcerias normalmente voltadas à prestação de serviços públicos, além de conceber um instrumento para a implementação de políticas de desestatização.

O Capítulo IV fará um exame analítico das principais características das parcerias em oportunidades de negócio, abordando os diferentes institutos por meio dos quais essas parcerias são instrumentalizadas e as finalidades para as quais, na prática, costumam ser concebidas. O intuito é explicitar para que servem e por que meios podem ser implementadas, contribuindo na definição de seu regime jurídico. A hipótese secundária estudada no capítulo é que a Administração Pública dispõe de competência discricionária para definir o modelo

mais adequado para a instituição dessas parcerias, contanto que respeite os parâmetros jurídicos que limitam o objeto, a finalidade e a forma de sua estruturação.

O Capítulo V, com enfoque mais pragmático, tratará de alguns aspectos destacados da formação e implementação das parcerias em oportunidades de negócio a partir das premissas fixadas nos capítulos anteriores, como o procedimento de formação dessas parcerias e a sua sujeição aos mecanismos de controle interno e externo da Administração Pública. Sua hipótese secundária é que a formação e execução de um empreendimento econômico conjunto entre empresa estatal e empresa privada, por meio de parcerias em oportunidades de negócio, reclama uma atuação proceduralizada e sujeita controles voltados para assegurar a observância de princípios do direito público, em especial dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, com as adaptações necessárias às peculiaridades da atividade empresarial e do interesse público que lhe é subjacente.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O EMPREGO DA TÉCNICA EMPRESARIAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

2.1.1 A ordem econômica na Constituição Federal de 1988

A ordem econômica de uma Constituição reflete o conjunto de princípios e regras que institucionalizam o modo de ser do processo econômico. É a parcela da ordem jurídica nacional que disciplina as relações entre os agentes que atuam no mercado, bem como define o papel do Estado e dos particulares no âmbito dessas relações.⁴ No plano constitucional, esse conjunto de princípios e regras compõe a chamada Constituição Econômica, consubstanciada, segundo José Afonso da Silva, “na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica”.⁵

A Constituição Econômica, tal como delineada no texto constitucional brasileiro, consagrou uma ordem econômica capitalista, que assegura a apropriação privada dos bens e meios de produção e a liberdade de empreendimento econômico pela iniciativa privada, ainda que com limitações publicísticas, de cunho eminentemente social, ao exercício da livre iniciativa, livre concorrência e ao direito de propriedade dos indivíduos.⁶ É possível,

⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

Deve-se, ainda, distinguir a ordem econômica da chamada Constituição econômica, sendo essa última “o conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política econômica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia” (CANOTILHO, João Joaquim Gomes apud MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia e a atividade intervenciva do Estado brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico:** vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 159).

⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 790.

⁶ De acordo com Eros Roberto Grau, “[a] introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa – como venho afirmando – o desígnio de se aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do ser) capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo” (GRAU, 2008, p. 73).

Sem embargo, é preciso reconhecer, com amparo nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que “a Constituição, a toda evidência, inclui-se na linha do Estado Providência, do Estado Social de Direito, que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem-estar dos administrados, notadamente

entretanto, antever nessa mitigação publicista da ordem capitalista não somente a instituição de limites à intervenção do Estado, como também a imposição de deveres prestacionais positivos, aos quais o Estado deve atender para a garantia da dignidade da pessoa humana.⁷

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, sendo a valorização do trabalho humano e a livre concorrência, em pé de igualdade, seus dois vetores axiológicos fundamentais, tanto que também estão contemplados dentre os fundamentos da República elencados no artigo 1º do texto constitucional.⁸

Nesse sentido, a valorização do trabalho humano sintetiza os valores implícitos aos direitos e garantias trabalhistas contemplados nos artigos 7º a 11 da Constituição Federal, bem como a própria dignidade da pessoa humana. Já a livre iniciativa abarca a liberdade de contratar e a liberdade de empreender, sendo este último aspecto esmiuçado no parágrafo único do artigo 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.⁹

Em matéria de ordem econômica, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano constituem as linhas-mestras que orientam a ordem econômica, aí compreendida a interpretação e aplicação dos demais princípios retratados no artigo 170, nomeadamente: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e

dos que se encontram na base da pirâmide social” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1102).

⁷ José Afonso da Silva denomina de elementos sócio-ideológicos, esse “conjunto de normas que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista. O primeiro firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração de direitos do homem, como estatuto negativo, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder; o segundo, busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sobra do liberalismo” (SILVA, 2007, p. 787)

⁸ Em matéria de ordem econômica, a Constituição Federal de 1988 alinhou-se à tradição constitucional brasileira do Século XX. O artigo 115 da Constituição de 1934 dispunha que “[a] ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. A Carta de 1937 foi omissa quanto a esses valores. Já o artigo 145 da Constituição de 1946 previa que “[a] ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”, ao passo que seu parágrafo único dispunha que “[a] todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”. Mesmo a Carta de 1967, em seu artigo 157, consagrou que “[a] ordem econômica tem por fim realizar a justiça social”, tendo por base, dentre outros, os princípios da liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano como condição da dignidade humana.

⁹ De acordo com José Afonso da Silva, é liberdade de desenvolvimento de empresa dentro dos quadros estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, que, ao seu turno, deve respeitar os limites constitucionais à regulação estatal da economia (SILVA, 2007, p. 794).

sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, além de outros princípios permeados no ordenamento jurídico.¹⁰

Dessa qualificação constitucional da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano como princípios fundantes do sistema econômico, importa que esses valores juridicamente tutelados devem ser compreendidos, tal qual acepção de clássica de princípio formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.¹¹ É, portanto, a partir desses dois vetores constitucionais que a racionalidade do sistema econômico deve ser juridicamente compreendida.

Por consectário lógico, nenhum dos demais princípios e regras que compõem a Constituição Econômica e tampouco a ação do Estado e dos particulares poderá restringir esses vetores estruturantes da ordem econômica a ponto de afastar seus elementos essenciais ou desviar-se da finalidade da ordem econômica, voltada a assegurar a todos existência digna.¹² Noutros termos, pode-se dizer que a finalidade de assegurar a todos existência digna, que permeia toda a ordem econômica constitucional, pressupõe que o processo econômico se desenvolva com respeito aos direitos e garantias do trabalhador e à liberdade empresarial. Em todos os casos, como anota Bandeira de Mello, a interferência estatal terá que estar voltada à satisfação desses fins caracterizadores do Estado Brasileiro, sob pena de nulidade.¹³

Em suma, para atender a essas finalidades, é preciso não apenas assegurar a liberdade econômica, condição necessária e fundamental de um sistema capitalista, como também protegê-la de suas próprias mazelas, coibindo a deslealdade e o abuso do poder econômico em ambiente concorrencial, a exploração do trabalhador, os danos ao meio ambiente, o desrespeito ao consumidor, dentre outras distorções que podem florescer na seara das

¹⁰ Segundo Eros Roberto Grau, para além dos princípios elencados no artigo 170, são transportados para a ordem econômica os preceitos retratados nos seguintes dispositivos constitucionais: “arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219 – bem assim, entre outros, os do art. 5º, LXXI, do art. 24, I, do art. 37, XIX e XX, do §2º do art. 103, do art. 149, do art. 225” (GRAU, 2008, p. 194).

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 975.

¹² SILVA, 2007, p. 787. Também: BARROSO, 2008, p. 12.

Mesmo no exercício da atividade empresarial privada, Fabio Konder Comparato reconhece que “[n]o seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interessados supõe, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, como a busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 365).

¹³ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 886.

atividades econômicas em ambiente monopolista ou concorrencial. É para proteger esses vetores constitucionais que se admite a intervenção estatal no domínio econômico.

2.1.2 Formas de intervenção do Estado no domínio econômico

A partir dos fundamentos sintetizados no tópico anterior, a Constituição Federal atribuiu ao Estado a competência para interferir direta ou indiretamente no campo da exploração de atividades econômicas tipicamente privadas e normalmente reservadas à livre iniciativa e à livre concorrência dos particulares. Nesse campo do domínio econômico, a intervenção do Estado pode ocorrer de forma direta ou indireta, conforme a classificação consagrada na doutrina.¹⁴

A intervenção indireta manifesta-se pela criação de normas jurídicas que visam influenciar a conduta dos agentes econômicos atuantes no mercado. Essa atuação sobre a livre iniciativa dos particulares tanto pode ser compulsória, mediante comandos jurídicos legais ou infralegais de caráter coercitivo (regulação), quanto indutiva, com a implementação de medidas que incentivem os particulares a adotar ou deixar de adotar determinadas condutas (fomento). Ambas as hipóteses de intervenção encontram fundamento no *caput* do artigo 174 da Constituição Federal, segundo o qual “[c]omo agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A intervenção estatal indireta por meio da regulação da atividade econômica deve ser exercida em observância ao princípio da legalidade, ou seja, em conformidade com a competência regulatória instituída em lei e sempre tendo em vista que “[é] assegurado a todos

¹⁴ Nesse sentido, veja-se: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 681, e BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho/julho, 2008, p. 201/202.

Subsistem, ainda, diversas outras classificações, como a de Celso Antônio Bandeira de Mello, que distingue as formas de intervenção em (i) exploração direta; (ii) regulação; e (iii) fomento. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 818). Já para Eros Roberto Grau, as formas de intervenção distinguem-se em (i) intervenção absorção/participação; (ii) intervenção por direção; e (iii) intervenção por indução. (GRAU, 2008, p. 91).

De toda sorte, como assinala Alexandre de Aragão, a fungibilidade é característica inerente à classificação das hipóteses de intervenção do Estado no domínio econômico. Em suas palavras, “[a]pesar das diferenças conceituais em seus traços mais típicos, cada uma das atividades estatais pode também ser instrumento da realização de objetivos e estratégias que seriam típicos de outra modalidade de ação estatal, não havendo conceitos e classificações absolutamente estanques. [...] É possível inclusive que objetivos típicos da atuação indireta, de tentar influenciar o comportamento de agentes privados, sejam mais bem alcançados por meio da atuação direta do Estado como agente econômico”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 79-80.

o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, nos termos do parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal. O dispositivo admite que o exercício de atividade econômica pelo particular seja condicionado por lei à obtenção da respectiva autorização, com base em critérios pertinentes ao exercício do poder de polícia, vedando-se a imposição de requisitos desproporcionais para o exercício da livre iniciativa.¹⁵

A intervenção direta, por sua vez, ocorre quando o Estado decide atuar diretamente no domínio econômico por intermédio de uma entidade administrativa voltada à atividade de fornecimento de bens ou prestação de serviços de natureza econômica. A exploração dessa atividade econômica pelo Estado pode ocorrer em regime de monopólio – nos casos em que a Constituição Federal reserva ao Estado a exclusividade no domínio, exploração ou utilização de determinado bem, serviço ou atividade¹⁶ – ou em regime de concorrência com os agentes privados, respeitadas as limitações legais a todos impostas para o exercício de cada atividade.

Ainda no campo da intervenção direta no domínio econômico, convém destacar a atuação do Estado na aquisição e alienação de bens e serviços para atender a objetivos que transcendem os benefícios diretos dessas operações.¹⁷ Nesse sentido, o Estado pode se valer do seu poder econômico para a implementação de políticas públicas, cujo interesse ultrapasse o interesse estatal secundário na obtenção da proposta mais vantajosa. A utilização do procedimento licitatório para finalidades dessa natureza encontra amparo no artigo 3º da Lei n. 8.666/1993, que prevê dentre as suas finalidades a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, além de outros tantos dispositivos que prestigiam objetivos não relacionados com a obtenção da proposta mais vantajosa.¹⁸ Trata-se de forma híbrida, que congrega a intervenção direta do Estado como agente econômico, com sua intervenção indireta, na atividade de fomento da economia.

¹⁵ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 822.

¹⁶ Por força do princípio da livre iniciativa, não se admite que o legislador ordinário amplie o rol de monopólios estatais taxativamente enumerados no §2º do artigo 25 (gás canalizado) e no artigo 177 da Constituição Federal (petróleo, gás, minérios e minerais nucleares). Em sendo atividade econômica – e não serviço público – só se admite o completo afastamento da iniciativa privada nos casos expressamente previstos no texto constitucional. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 609).

¹⁷ Além de hipótese de intervenção direta, as contratações públicas também refletem atividade regulatória, na medida em que disciplina as condições a serem preenchidas pelos particulares que pretendam contratar com a Administração, e de fomento, conquanto também influencia indiretamente a conduta dos particulares.

¹⁸ Alexandre Santos de Aragão exemplifica: “Com efeito, uma compra de material para a Administração pode ser feita apenas com o objetivo de fazer o melhor negócio possível, ou o Estado pode aproveitar para realizar também outros objetivos públicos, como não comprar de empresas que possuam passivos ambientais (objetivo regulatório) ou preferindo comprar de empresas que prestigiam a diversidade de gêneros e racial dos seus empregados (objetivos de fomento)” (ARAGÃO, 2017, p. 66).

Embora os serviços públicos, por definição, não pertençam ao domínio econômico, pode-se dizer que a criação de serviços públicos também constitui uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, na medida em que a afetação de uma atividade a esse regime confere ao Estado a titularidade da atividade, normalmente com exclusividade de sua prestação¹⁹, retirando-a da seara da livre iniciativa para submeter-lhe a regime diverso daquele vigente no domínio econômico. A qualificação de uma atividade como serviço público ou atividade econômica importa no deslocamento da sua titularidade para a esfera pública ou privada, o que traz consequências relevantes na definição do regime jurídico de sua prestação, pelo que é visível esse ato, por si só, consubstancia uma forma de intervenção na economia.

Serviços públicos são aquelas atividades consideradas próprias do Estado, submetidas à tutela estatal por força do interesse público subjacente à sua prestação. Pela sua relevância, considera-se que a titularidade é reservada ao Estado e mais especificamente aos diferentes entes federativos, a depender da distribuição constitucional da respectiva competência. O ente federativo titular do serviço público tem o dever de garantir a sua prestação em regime de direito público, observando os princípios e regras inerentes a essas atividades. Por disposição expressa no artigo 175 da Constituição Federal, a disponibilidade dos serviços públicos tanto pode ser assegurada pela atuação direta de órgãos ou entidades pertencentes à Administração Pública ou, ainda, por intermédio da iniciativa privada, com a delegação da prestação do serviço por contrato de concessão ou permissão.

Quanto às atividades tipicamente privadas submetidas, pois, à iniciativa dos agentes econômicos, apenas excepcionalmente se admite a atuação do Estado. A intervenção direta do Estado pela exploração de atividade econômica pressupõe que sejam verificados certos requisitos constitucionais que legitimam e condicionam essa atuação estatal em campo que é próprio dos particulares. Nessa seara, como já foi referido, eventual restrição à competitividade em favor do Estado só poderá ocorrer no âmbito das atividades constitucionalmente relegadas ao regime de monopólio estatal.

A rigor, como anota Marçal Justen Filho, “[n]ão há uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. O serviço público consiste na organização de recursos escassos para a satisfação de necessidades individuais. Portanto, trata-se de uma atividade econômica”.²⁰ O que diferencia serviço público e atividade econômica, do ponto de vista

¹⁹ Diz excepcionalmente, pois existem atividades que, concomitantemente, constituem serviços públicos quando prestadas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, e atividades econômicas quando prestadas pelos particulares sem delegação. É o caso do transporte de passageiros, saúde, educação, previdência etc.

²⁰ JUSTEN FILHO, 2015, p. 683.

estritamente formal, é a própria Constituição ou uma qualificação atribuída por lei. Entretanto, para não desbordar em restrição indevida à livre iniciativa e à livre concorrência, o legislador infraconstitucional deve respeitar o substrato material que caracteriza determinada atividade como de especial relevância para a coletividade, a ponto de justificar sua qualificação como um serviço público. Entende-se que esse substrato material deve estar diretamente relacionado à realização dos direitos fundamentais albergados no texto constitucional.²¹

Assim como as atividades econômicas submetidas à iniciativa privada, os serviços públicos também são atividades voltadas à satisfação de necessidades individuais e coletivas mediante a utilização de recursos escassos que, normalmente, possuem valor econômico. Independentemente da qualificação jurídica, serviços públicos e atividades econômicas ostentam os mesmos elementos intrínsecos. Há distinção jurídico-positiva, que se justifica pelos valores que permeiam a prestação de cada atividade, mas não há verdadeira distinção ontológica. Logo, em que pese não estejam inseridos no domínio econômico por opção constitucional, os serviços públicos também podem ser enquadrados como espécie de atividade econômica, inserindo-se no gênero de atividades econômicas em sentido amplo, que contempla as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos.

Em essência, os serviços públicos são atividades econômicas de tamanha relevância material que o ordenamento jurídico atribuiu a sua titularidade ao Estado, a fim de que este

²¹ A definição de serviço público, em contraposição às atividades econômicas em sentido estrito, continua sendo um dos temas mais controversos no direito público. Existe um certo consenso de que os serviços públicos são aqueles definidos pela Constituição Federal ou pelo legislador infraconstitucional. Entretanto, a controvérsia permanece quanto ao melhor parâmetro lógico-jurídico para nortear a atuação do legislador, ou seja, sobre qual seria essa característica extrínseca ou intrínseca à atividade que a torne suscetível de ser qualificada como serviço público pelo legislador infraconstitucional. (Cf. GROTTI, Dinorá. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102).

Eros Roberto Grau defende que a natureza da atividade como serviço público precede seu enquadramento legislativo, sendo serviço público qualquer atividade cuja prestação, em uma dada realidade temporal e constitucional, torne-se indispensável para a coesão e interdependência sociais (GRAU, 2008, p. 126). Celso Antônio Bandeira de Mello e Dinorá Grotti sustentam que a noção de serviço público pode ser delimitada pelos padrões vigentes em dada época e sociedade acerca do que se deve entender por “esfera econômica” (livre iniciativa) e esfera das atividades existenciais a serem prestadas pelo Estado (serviços públicos) (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 719; GROTTI, 2003, p. 105). Já para Marçal Justen Filho, os serviços públicos se diferenciam das atividades econômicas em sentido estrito na medida em que se vinculam com uma necessidade que seja uma manifestação de um direito fundamental e em especial da dignidade humana. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 683).

Independentemente do critério adotado, não se pode ignorar a interdependência entre os conceitos de atividade econômica e serviço público. É que a criação de um serviço público impõe ao Estado o dever de garantir a sua prestação diretamente ou por quem lhe faça as vezes, ao passo que a exploração de atividade econômica insere-se no campo próprio dos agentes privados, onde a atuação do Estado é excepcional.

Por conseguinte, inexiste ampla liberdade para a criação de serviços públicos. Qualificar uma atividade econômica como serviço público é submetê-la a um regime jurídico diferenciado, com prerrogativas e restrições especiais (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 695). A criação de um serviço público sem um fundamento idôneo implica em restrição indevida à livre iniciativa e à livre concorrência, daí porque é evidente que também implica em algum tipo de intervenção no domínio econômico.

obrigatoriamente garanta a sua prestação diretamente ou por quem lhe faça as vezes. Contrapõem-se, nessa medida, às atividades econômicas em sentido estrito, cuja exploração compete preferencialmente à iniciativa privada e excepcionalmente ao Estado, atendidos, respectivamente, às limitações constitucionais à livre iniciativa dos particulares e à intervenção direta do Estado no domínio econômico.²²

2.1.3 Diretrizes constitucionais para a exploração de atividade econômica pelo Estado

Afora os casos de monopólio taxativamente enumerados no texto constitucional, o artigo 173 da Constituição Federal estabelece que o Estado somente poderá explorar atividade econômica em sentido estrito para atender a duas finalidades: (i) quando necessário aos imperativos da segurança nacional; ou (ii) para atender a relevante interesse coletivo. Em ambos os casos, dispõe o inciso II do §1º do artigo 173 do texto constitucional, a atividade econômica deverá ser explorada pelo Estado em ambiente concorrencial.

O imperativo de segurança nacional que justifica esse tipo de intervenção é aquele que se apresenta quando as circunstâncias demonstrarem a relevância de determinada atividade para assegurar a existência e a independência do Estado brasileiro. Trata-se daqueles casos em que a exploração da atividade visa resguardar a própria soberania nacional enquanto princípio da ordem econômica, nos termos do inciso I do artigo 170 da Constituição Federal. Por se tratar de atividade afeta à soberania e defesa nacionais, somente a União detém competência para a exploração de atividade econômica com atender a essa finalidade.²³

Noção mais fluída é a de relevante interesse coletivo²⁴, que remete à ideia de interesses com especial relevância e alcance supraindividual. O interesse coletivo está compreendido na ideia de interesse público²⁵, cujo atendimento constitui a finalidade precípua do exercício da função pública. Todo interesse coletivo reflete uma faceta do interesse

²² Cf. GRAU, 2008, p. 101.

²³ Cf. JUSTEN FILHO, 2015, p. 876.

²⁴ A doutrina varia na definição do interesse coletivo de que trata o artigo 173 da Constituição Federal. Muito embora admita um elevado grau de discricionariedade, Marçal Justen Filho considera que esse interesse coletivo “consiste na existência de uma necessidade supraindividual, comum a um número relevante de pessoas, cuja satisfação possa ser proporcionada pela atuação direta do Estado” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 876). Para Eros Roberto Grau, “[o]s interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos” (GRAU, 2008, p. 127). Por sua elevada abstração, ambos os conceitos não apresentam maior utilidade prática para o controle da constitucionalidade da intervenção do Estado no domínio econômico.

²⁵ Aqui considerado como “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 62).

público, mas nem todo interesse público constitui um interesse coletivo que autorize a intervenção direta do Estado no domínio econômico. Para que se caracterize um interesse coletivo, é fundamental que haja uma necessidade supraindividual, vale dizer, com impacto macroeconômico a exigir a intervenção do Estado no livre mercado.

Nesse contexto, há que se reconhecer que a abertura conceitual da noção de interesse coletivo comporta mais de uma interpretação razoável, o que se afigura mais consentâneo com o princípio democrático, pois relega aos representantes eleitos pelo povo a atribuição para decidir sobre conveniência política de se adotar um modelo de Estado mais ou menos presente no fornecimento de bens ou prestação de serviços que consubstanciem atividade econômica em sentido estrito. Reconhece-se que a fluidez da noção de interesse coletivo foi uma técnica constitucional adotada para viabilizar algum nível de conformação do intervencionismo econômico aos anseios da coletividade.

Sucede que mesmo um conceito jurídico indeterminado não comporta qualquer tipo de interpretação.²⁶ Já é clássica a afirmação de que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, razão pela qual, em que pese a fluidez desses termos, adverte Carolina Fidalgo, “aos Poderes Executivo e Legislativo não foi atribuída liberdade total para escolher desvinculadamente o setor econômico que será objeto de intervenção, tampouco a forma como procederá a essa intervenção”.²⁷ Essa espécie de discricionariedade política deve ser respeitada na exata medida em que seu exercício não descambe para a violação de outros preceitos norteadores da intervenção do Estado no domínio econômico, em especial dos princípios da livre iniciativa, que, como já se viu, é princípio fundante da ordem econômica.

Com efeito, a própria Constituição Federal, ao consagrar o princípio da livre iniciativa e referir que a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida para atender a um interesse que seja coletivo e relevante, deixou clara a excepcionalidade dessa forma de intervenção estatal no domínio econômico, que não é típica do Estado e não se presta a atender interesses que não tenham elevada importância supraindividual. Ou seja, a Constituição Federal não autoriza que o Estado se espraiie por todos os campos, desvinculado de qualquer finalidade de interesse público. Situações extremadas, onde não se verifique necessidade da intervenção direta do Estado na economia, devem ser coibidas, eis que

²⁶ Em matéria de controle da competência discricionária, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello que “o agente público estará sempre ‘vinculado’ ao campo de certeza positiva e ao campo de certeza negativa abrigado nas palavras em questão, pois não está autorizado a fazer delas uma intelecção desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, liberta do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1014).

²⁷ FIDALGO, Carolina Barros. **O estado empresário:** das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017, p. 73.

configuram intromissão indevida do Estado em seara reservada à iniciativa privada e, portanto, atentatória aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.²⁸

É claro que o caráter excepcional da intervenção direta do Estado na economia, tal como concebido no ordenamento jurídico brasileiro, diz respeito à exploração de atividade econômica em concorrência com agentes privados. Não se estende essa excepcionalidade às atividades econômicas sob monopólio estatal – já que estas estão taxativamente elencadas no texto constitucional – e nem aos serviços públicos, que constituem o campo próprio da atuação do Estado por excelência, muito embora, nesse último caso, existam outros parâmetros pertinentes ao substrato material da noção de serviço público que impõem limitações ao legislador infraconstitucional, no que diz respeito à submissão de qualquer atividade econômica a esse regime jurídico publicístico.²⁹

Nesse aspecto, convém rememorar que, à luz do texto constitucional, é dever do Estado propiciar a prestação de serviços públicos, assim como também o é a exploração pelo Estado de atividade econômica em regime de monopólio.³⁰ A exploração estatal de atividade econômica em ambiente concorrencial é apenas tolerada pela Constituição Federal e isso

²⁸ Nas últimas décadas, uma das principais controvérsias quanto aos limites da intervenção direta do Estado no domínio econômico gravita em torno da existência, no direito brasileiro, do chamado princípio da subsidiariedade, que “impõe o dever de intervenção supletiva do Estado no domínio econômico, intervenção que se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 870). Igualmente favorável ao caráter subsidiário da intervenção estatal, Egon Bockmann Moreira apregoa que “o princípio da subsidiariedade assume no direito brasileiro a configuração de uma ‘cláusula-barreira’, a impedir uma ‘subversão’ da ordem de tarefas e competências constitucionalmente prevista” (MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico:** vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 93). Em sentido contrário, ao tratar das hipóteses constitucionais de exploração de atividade econômica pelo Estado, José Afonso da Silva considera que “[n]ão se trata aqui de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada. Se ocorrerem aquelas exigências, será legítima a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de suficiência da iniciativa privada”. (SILVA, 2007, p. 805).

Com efeito, quando o artigo 173 da Constituição Federal condicionou a intervenção direta do Estado no domínio econômico à presença de um relevante interesse coletivo, deixou evidente o caráter excepcional dessa modalidade de intervenção. Entretanto, isso não equivale a dizer que a Constituição Federal de 1988 consagrhou o princípio da subsidiariedade, que impõe uma atuação supletiva do Estado em face da insuficiência da iniciativa privada. À luz da Constituição vigente, ao menos em tese, é possível antever a existência de relevante interesse coletivo que justifique a intervenção estatal mesmo em setores sem insuficiência da iniciativa privada, como no setor bancário, por exemplo.

Nesse ponto, a Constituição Federal de 1988 destoou da Carta de 1967, que efetivamente consagrava o caráter subsidiário da intervenção estatal no § 1º do artigo 163 da Carta de 1967, segundo o qual “[s]omente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica”.

Para um estudo aprofundado sobre o desenvolvimento histórico do princípio da subsidiariedade no contexto europeu e sua inaplicabilidade ao direito brasileiro, veja-se: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁹ Nesse sentido, veja-se: Grau (2008, p. 127); Bandeira de Mello (2015, p. 817); Silva (2007, p. 803).

³⁰ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 16.

quando presentes os requisitos autorizativos do *caput* do artigo 173. Os parâmetros do artigo 173 devem ser encarados muito mais como uma limitação do que como uma obrigação imposta ao Estado para atuar no domínio econômico concorrendo com agentes privados.

Ainda do mandamento insculpido no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, extrai-se que o imperativo de segurança nacional ou o relevante interesse coletivo motivadores da intervenção devem estar definidos em lei. Evidentemente, bastasse o diploma legislativo invocar razões abstratas e desvinculadas de qualquer motivação específica quanto à a pertinência e a necessidade do Estado explorar determinada atividade econômica, não haveria necessidade de exigência constitucional dessa natureza.³¹ Exige-se previsão legal específica e objetiva, que a partir de então passa a vincular, por força do princípio da legalidade, a própria atuação finalística da empresa estatal.

O tratamento constitucional da intervenção estatal no domínio econômico não admite que o Estado se aventure na exploração de atividade em regime concorrencial sem a necessária previsão legal ou, ainda, que desvie empresa estatal para finalidade diversa daquela prevista na respectiva lei de regência. Tampouco concebe que a lei autorizativa invoque razões de segurança nacional ou interesse coletivo obscuras, genéricas ou de menor relevância. É imprescindível, portanto, que se evidencie, concretamente e à luz dos parâmetros constitucionais norteadores da intervenção estatal no domínio econômico, os motivos que legitimam a atuação do Estado em atividade econômica que, via de regra, reservada aos particulares e apenas excepcionalmente às empresas estatais.

Ao cabo dessas digressões, percebe-se que – apesar da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano figurarem como princípios fundantes da ordem econômica – nem todo agente econômico encontra-se sujeito à incidência desses dois princípios fundamentais. Explica-se: o Estado, quando intervém diretamente no domínio econômico por intermédio de empresas estatais, não o faz com fundamento na livre iniciativa. Em verdade, a livre iniciativa, aqui compreendida como liberdade de empresa, representa a antítese do tratamento conferido pelo texto constitucional à atuação empresarial do Estado. Diferentemente dos particulares, a Administração não tem liberdade de empresa para exercer qualquer atividade

³¹ É a ponderação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Com efeito, as exigências constitucionais de definição de motivos, que se enquadrem nos permissivos de excepcionalidade para que se admita a exploração econômica por atividade empresarial do Estado – a segurança nacional e o relevante interesse coletivo – não devem apenas estar invocadas, mas efetivamente existirem. Não há discricionariedade legislativa para fantasiar hipóteses de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, mas, tão-somente, para identificá-las, quando realmente existam” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 478).

econômica, pois encontra-se permanentemente vinculada, material e formalmente, ao interesse público retratado em lei editada para esse fim específico.³²

2.2 EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO BRASILEIRO

2.2.1 Contextualização histórica do empreendedorismo de Estado no Brasil

Para avaliar o fenômeno do empreendedorismo de Estado desde sua origem até as parcerias empresais público-privadas, é imprescindível entender o contexto histórico que norteou a evolução do regime jurídico das empresas estatais no Brasil. Como se verá adiante, essa evolução reflete um movimento pendular que se inicia no direito privado, perpassa por influxos de direito público para novamente socorrer-se de institutos de direito privado em sua atividade empresarial, dentre os quais a parceria empresarial.³³

A utilização da sociedade anônima como instrumento de intervenção estatal no domínio econômico com capital público e privado precede em muito, historicamente, o surgimento da empresa unipessoal com capital exclusivamente público.³⁴ Pode-se dizer, então, que a sociedade de economia mista veio antes da empresa pública. De acordo com Trajano de Miranda Valverde, a origem das primeiras sociedades com participação pública remonta ao período mercantilista do final do século XVI e início do século XVII, quando a Inglaterra e principalmente a Holanda conceberam grandes companhias coloniais com capital público e privado, a exemplo das Companhias das Índias Orientais e Ocidentais.³⁵

No Brasil, a conjuntura histórica fez com que as maiores empresas estatais já existissem antes mesmo da edição de um regime geral sobre empresas públicas e sociedades de economia mista. Em boa medida, o regime que veio a ser implementado em um segundo

³² Tampouco existe livre iniciativa do Estado quando traça as estratégias empresariais para o exercício de atividade empresarial voltada à persecução de um interesse público definido em lei. É que, como ensina Carlos Ari Sundfeld, “discricionariedade não é sinônimo de liberdade administrativa, mas sim de dever-poder de o administrador, após o trabalho de interpretação da norma e de confronto desta com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei” (SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 6, p. 379-390, jul-set. 2018, p. 386).

³³ Hodiernamente, já se fala de um retorno do pêndulo para uma nova etapa de estatização da economia por meio do empreendedorismo de Estado. Sobre o assunto, consulte-se: BREMER, Ian. State Capitalism Comes of Age: the end of the free market? **Foreign Affairs**, v. 88, may/jun. 2009.

³⁴ Cf. PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 32, 1953, p. 11.

³⁵ VALVERDE, Marcelo de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 2, 1945, p. 430.

momento apenas consolidou institutos que já constavam na legislação casuisticamente pulverizada em face do crescimento exponencial do número de empresas direta ou indiretamente controladas pelo Estado nos mais diversos setores da economia, setores esses que desde sempre foram considerados como pertinentes ao interesse nacional.

Não se pode atribuir a um único fator as razões pelas quais um Estado decide se valer da técnica empresarial, normalmente em conjunto com agentes privados, como meio de atingir determinados objetivos considerados de interesse público. No mais das vezes, como anota Mario Engler Pinto Júnior, esses fatores variam conforme as características do sistema político e o estágio de desenvolvimento econômico de determinado país.³⁶ Nos países em desenvolvimento, prossegue o autor, “o surgimento da empresa estatal procura preencher a lacuna deixada pelo setor privado, que normalmente não é capaz de mobilizar capitais para investimentos na indústria de base e em projetos de infraestrutura”.³⁷

O Brasil, pelo seu processo de industrialização tardio, é exemplo clássico de como o empreendedorismo estatal sobreveio para suprir as deficiências da iniciativa privada em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento econômico. Aliás, até os dias atuais o Estado brasileiro permanece atuante em alguns desses mesmos setores estratégicos.³⁸ Além dos fatores econômicos, Fernando Galvão de Almeida e Salomão Quadros da Silva ponderam que, no Brasil, “[a]s formas de intervenção escolhida revelam preferências sociais que podem tornar-se mais pronunciadas em diversas ocasiões”.³⁹

³⁶ Cf. PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Empresa estatal:** função econômica e dilemas societários. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

³⁷ PINTO JÚNIOR, 2013, p. 10. Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra clássica produzida em 1968, sintetiza que “razões variadas presidiram e vêm presidindo a criação de sociedades de economia mista ou transformação de empresas privadas em entidades daquele tipo: ora é a procura de métodos eficientes para prestação de serviços industriais ou comerciais e o concomitante desejo de mantê-los sob estreita influência do Estado, ora é a prestação de socializar certos setores da economia, estatizando-os parcialmente, ora é a convicção de que algumas atividades não podem, sem perigo para o próprio Estado, ficar entregues à livre iniciativa, ora é o propósito, comum nos países subdesenvolvidos, de impulsionar setores onde a iniciativa privada mostrou-se insuficiente, distorcida ou retardatária, ora é a pressão de fatores políticos, como ocorreu na França, onde várias nacionalizações decorreram dos rancores ou cautelar do pós-guerra.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 334).

Já para Fernando Galvão de Almeida e Salomão Quadros da Silva, o ciclo estatizante dos países em desenvolvimento pode ser entendido “como resultado da aceitação de ideologias nacionalistas com diferentes graus de embasamento econômico, colocadas em prática por regimes presidencialistas centralizadores, ditatoriais ou não, militares ou não, e corruptos em maior ou menor grau” (ALMEIDA, Fernando Galvão de; SILVA, Salomão Quadros da. Considerações sobre o Estado empresário, Lei de Concessões e reformas constitucionais no Brasil. **Revista de Administração Pública,** Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 30, set./out. 1996, p. 32).

³⁸ Cf. PINTO JÚNIOR, 2013, p. 23. Também: GUEDES, Filipe Machado. **A atuação do Estado na economia como acionista minoritário:** possibilidades e limites. São Paulo: Almedina, 2015, p. 47.

³⁹ ALMEIDA; SILVA, 1996, p. 26.

O primeiro caso que se tem notícia acerca da utilização da sociedade empresária para finalidades estatais no Brasil, antes mesmo da existência do Estado brasileiro, foi a criação do Banco do Brasil, por meio do Alvará do Príncipe Regente, de 12 de outubro de 1808. Tratou-se, à época, de um imperativo econômico decorrente da fuga da Família Real portuguesa para a antiga colônia, que se convertia na sede do império português. Premido pela insolvência, o Banco do Brasil acabou extinto em 1835, para só retomar suas atividades dezessete anos depois, em 1853.⁴⁰ Mesmo nesse segundo momento, o Banco do Brasil representava iniciativa incipiente em uma economia de base agrícola e não chegou a deflagrar um movimento de empreendedorismo estatal ou da iniciativa privada. Não se pode dizer que essa primeira iniciativa tenha fortalecido o setor empresarial do Estado.

Quase um século depois, a iniciativa empreendedora do Estado brasileiro tomou fôlego com o nacionalismo econômico que marcou o primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945).⁴¹ A política intervencionista de criação de empresas estatais esmoreceu no governo de Eurico Gaspar Dutra (1945-1950) para se ver novamente fortalecida no segundo governo Vargas (1951-1954), desta feita com especial enfoque nos pontos de estrangulamento da indústria nacional – as chamadas indústrias de base.⁴²

Nesse período, foram concebidas diversas sociedades empresariais sob controle do Estado com participação privada em setores estratégicos para o desenvolvimento nacional⁴³,

⁴⁰ Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista:** empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017, p. 90.

⁴¹ Em conformidade com o artigo 135 da Constituição de 1937, segundo o qual “[a] intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”.

⁴² Cf. PINTO JÚNIOR, 2013, p. 21. Mário Engler Pinto Júnior esclarece que foi nesse período que a intervenção estatal deixou de ser conjuntural e se transformou em política estrutural para suprir limitações do setor privado. O autor sintetiza as seguintes causas para o movimento de estatização surgido na década de 1940: “(i) O desenvolvimento baseado na instalação de um setor industrial diversificado no país; (ii) a preocupação com a segurança nacional, que envolvia a garantia de suprimento de produtos importantes durante a Segunda Guerra Mundial, o desejo de manter sob controle governamental as indústrias consideradas estratégicas, e o nacionalismo econômico refletido na ideia de limitar a participação do capital estrangeiro em alguns setores, especialmente na exploração mineral; (iii) a falha regulatória que obrigava o governo a subsidiar fortemente as empresas estrangeiras concessionárias de serviços públicos, de modo a assegurar nível mínimo de lucratividade (ferrovias, comunicações e energia elétrica); (iv) a verticalização e diversificação das atividades das grandes estatais, mediante a criação de subsidiárias e controladas para ocupar os chamados “espaços vazios” e atuar em outras áreas com taxas de retorno mais elevadas; e estatização de empresas falidas que eram grandes devedoras de bancos públicos, notadamente do sistema BNDES” (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 38).

⁴³ Segundo Rafael Schwind, “[o] Estado brasileiro viu na figura da sociedade de economia mista uma forma de controlar determinadas atividades consideradas de interesse para o desenvolvimento nacional, ao mesmo tempo em que se permitia a reunião de capitais públicos e privados” (SCHWIND, 2017, p. 90).

como o Instituto de Resseguros do Brasil - IRB em 1939⁴⁴, e, em especial no âmbito das indústrias de base, como a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN em 1941⁴⁵, a Companhia Vale do Rio Doce em 1942⁴⁶, a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF em 1945⁴⁷, a Fábrica Nacional de Motores S.A. em 1946⁴⁸, dentre outras.

É interessante notar que a primeira empresa brasileira formada exclusivamente por recursos públicos – ou seja, a primeira empresa estatal unipessoal – só foi constituída em 1956 com a criação da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP, cujo capital foi totalmente integralizado pela União⁴⁹. Até então, todas as empresas estatais haviam sido constituídas sob a forma de sociedade anônima com participação privada.

O empreendedorismo estatal persistiu nas décadas que se seguiram, com a criação da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS em 1953⁵⁰, da Rede Ferroviária Federal S.A. em 1957⁵¹ e da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS em 1961⁵², além de empresas de base tecnológica, como a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER em 1969⁵³, a Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear - C.B.T.N. em 1971⁵⁴, a

⁴⁴ Criado pelo Decreto-Lei n. 1.186, de 3 de abril de 1939, para regular os resseguros no país e desenvolver as operações de seguros em geral.

⁴⁵ Autorizada pelo Decreto-Lei n. 3.002, de 30 de janeiro de 1941, para a construção e exploração de uma usina siderúrgica em Volta Redonda/RJ. Para Mário Engler Pinto Júnior, trata-se “do marco mais importante do processo de industrialização por intermédio do investimento público” (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 27).

⁴⁶ Criada pelo Decreto-Lei n. 4.352, de 1º de junho de 1942, para a exploração de jazidas de ferro de Itabira e do tráfego da Estrada de Ferro Vitória-Minas, a partir da desapropriação dos bens pertencentes à Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. e à Companhia Itabira de Mineração S.A.

⁴⁷ Autorizada pelo Decreto-Lei n. 8.031, de 3 de outubro de 1945, para realizar o aproveitamento industrial progressivo da energia hidráulica do Rio São Francisco.

⁴⁸ Autorizada pelo Decreto-Lei n. 8.699, de 16 de janeiro de 1946, para a fabricação e a reparação de motores de aviação.

⁴⁹ Cf. PINTO JÚNIOR, 2013, p. 208.

⁵⁰ Autorizada pela Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953, para a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo proveniente de poço ou de xisto – de seus derivados bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins. O mesmo diploma também instituiu o monopólio da União sobre a pesquisa, lavra, refino, transporte marítimo do petróleo em território nacional. Entretanto, antes mesmo da instituição do monopólio estatal do petróleo e da criação da Petrobrás, o artigo 28 do Decreto-Lei n. 3.236, de 7 de maio de 1941, já previa que “[a] União, por intermédio do Conselho Nacional do Petróleo, poderá pesquisar e lavrar jazidas de petróleo e industrializar, comerciar e transportar os respectivos produtos”.

⁵¹ Autorizada pela Lei n. 3.115, de 16 de março de 1957, para administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro a ela incorporadas.

⁵² Autorizada pela Lei n. 3.890-A, de 25 de abril de 1961, para a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades.

⁵³ Autorizada pelo Decreto-Lei n. 770, de 19 de agosto de 1969, para promover o desenvolvimento da indústria aeronáutica brasileira e, inclusive projetar e construir aeronaves, componentes e equipamentos.

⁵⁴ Autorizada pela Lei n. 5.740, de 1º de dezembro de 1971, para realizar pesquisa e lavra de minérios nucleares, promover o desenvolvimento da tecnologia nuclear, construir e operar instalações nucleares. Passou a denominar-se NUCLEBRÁS, com a Lei n. 6.189, de 16 de dezembro de 1974.

Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRÁS em 1972⁵⁵ e a Computadores e Sistemas Brasileiros – COBRA em 1974, dentre outras, inclusive em nível estadual e municipal.⁵⁶

Ainda na década de 1970, na esteira de um movimento de expansão das subsidiárias, multiplicaram-se as parcerias com investidores privados, nacionais e internacionais, para o desenvolvimento de projetos estratégicos. Essas parcerias eram formadas por uma estrutura tripartida entre uma empresa estatal, uma empresa brasileira e uma empresa estrangeira detentora de tecnologia, permitindo que o controle acionário permanecesse em mãos brasileiras, com a absorção da tecnologia estrangeira.⁵⁷

No período compreendido entre 1949 até 1975, observa Simone de Almeida Carrasqueira, o nível de investimento das empresas estatais no Produto Interno Bruto (PIB) cresceu de 14% para uma média de 25%.⁵⁸ Até esse ponto, o diagnóstico da política de empreendedorismo estatal para suprir as deficiências da iniciativa privada é bastante favorável. Também para Thomas Trebat, a experiência brasileira demonstrou que o investimento estatal em indústrias de base pode ser um substituto efetivo às empresas privadas, ao estimular crescimento econômico rápido e sustentável.⁵⁹

O processo expansionista das empresas estatais foi interrompido na metade da década de 1970, com a retração econômica mundial causada pela crise do Petróleo. A derrocada se agravou ao longo da década de 1980, a ponto do Governo federal impor restrições substanciais à liberdade de atuação das empresas estatais.⁶⁰ A crise financeira impactou

⁵⁵ Autorizada pela Lei n. 5.792, de 11 de julho de 1972, para planejar, gerir e promover a prestação de serviços públicos de telecomunicações.

⁵⁶ Na década de 1970, além da criação de bancos estaduais, multiplicaram-se as empresas estaduais voltadas à prestação de serviços públicos como distribuição de energia e saneamento básico, este último caso incentivado pelo Plano Nacional de Saneamento - PLANASA, que incentivou a criação dessas entidades com recursos federais.

⁵⁷ Cf. PINTO JÚNIOR, 2013, p. 35.

⁵⁸ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das Empresas Estatais e Endividamento Público.** São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 114.

⁵⁹ TREBAT, Thomas. **Brazil's State-Owned Enterprises:** A case study of the state as entrepreneur. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 241. A obra é fruto de um estudo empírico sobre o empreendedorismo estatal brasileiro até 1980.

Noutra publicação pertinente ao estudo realizado entre 1965 a 1975, Trebat atribui esse resultado favorável à orientação comercial das firmas de propriedade do Estado. Na sua visão, “as empresas públicas preocuparam-se mais com crescimento e expansão do que com lucros em curto prazo. Embora essa característica comportamental possa colocar a estatal numa categoria à parte da empresa privada média, isto não é suficiente para definir o padrão ‘típico’ do comportamento estatal. O desempenho econômico, no conjunto das empresas examinadas, pareceu depender mais das condições do mercado e de variáveis tecnológicas do que do mero fato de a propriedade ser pública” (TREBAT, Thomas. Uma avaliação do desempenho econômico de grandes empresas estatais no Brasil: 1965-1975. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 844, 1980).

⁶⁰ Mário Engler Pinto Júnior relata que “[a]s companhias controladas pelo governo passaram a se sujeitar a diversos tipos de restrições sobre investimento, endividamento, importação e reajuste de preços, cujo acompanhamento ficava a cargo da Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST), criada pelo Decreto

diretamente na capacidade de autofinanciamento do modelo desenvolvimentista de investimento estatal em setores deficitários, o que incentivou o surgimento de uma política governamental favorável à retração da presença do Estado no domínio econômico.⁶¹

O sentimento populista, entretanto, aliado a preocupações quanto à segurança nacional e à falta de interesse da iniciativa privada nacional na aquisição dessas companhias, parece ter contribuído para impedir o avanço do processo de desestatização das maiores empresas estatais durante a década de 1980.⁶² Foi somente no início da década de 1990 que o movimento de privatizações ganhou força⁶³ com o lançamento do primeiro Programa Nacional de Desestatização (PND)⁶⁴, que culminou na privatização da USIMINAS pelo Governo Collor e da Companhia Siderúrgica Nacional e da EMBRAER pelo Governo Itamar.

A política de privatizações atingiu seu ápice com o lançamento de um segundo Programa Nacional de Desestatização (PND), no primeiro mandato no Governo de Fernando Henrique Cardoso.⁶⁵ Sérgio Guerra assinala que esse “Programa Nacional de Desestatização (PND) implementado no Brasil caracterizou-se no cenário internacional como um dos maiores já concebidos, tanto pelo volume de recursos como pela diversidade de setores envolvidos”.⁶⁶

n. 84.128, de 29 de outubro de 1979” (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 37). Atualmente, as empresas em que a União detém a maioria do capital social, direta ou indiretamente, submetem-se à coordenação e acompanhamento da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão com atribuições especificadas no Decreto n. 9.035/2017.

⁶¹ Thomas Trebat relata que, já em 1979, o Presidente João Figueiredo recomendou ao seu gabinete que considerasse a privatização de qualquer empresa estatal que não fosse estritamente necessária para a correição de imperfeições do mercado ou para atender às exigências da segurança nacional (TREBAT, 1983, p. 69).

⁶² Cf. TREBAT, 1983, p. 69. Ainda que as maiores estatais tenham permanecido sob controle do Estado, verificou-se uma retração substancial dos investimentos das empresas estatais na década de 1980. Simone de Almeida Carrasqueira observa que “No triênio de 1980/1982, os investimentos das estatais federais foram, em média, de quase 5% do PIB, o que refletia os esforços associados aos projetos do II Programa Nacional de Desestatização. A partir de 1983 e até o final da década de 80, o investimento caiu de forma praticamente ininterrupta, com um pequeno salto em 1987, revertido logo após, até o patamar de 2% do PIB” (CARRASQUEIRA, 2006, p. 114).

⁶³ Em nível mundial, o movimento de privatizações se inicia no final dos anos de 1970, deflagrado pelo governo inglês da primeira ministra Margaret Thatcher, se espalha no contexto europeu e ganha força em países menos desenvolvidos com o chamado Consenso de Washington (1989), apoiado por entidades como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 45). Para uma análise mais ampla do movimento de privatizações no direito comparado, veja-se: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, Concessões e Terceirizações.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

⁶⁴ Criado pela Lei n. 8.031/1990 para, dentre outros objetivos, nos termos do inciso I do artigo 1º, “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. O artigo 2º prevê a privatização de empresas controladas pela União e empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle da União.

⁶⁵ Instituído pela Lei n. 9.491/1997, cujo artigo 2º amplia os casos suscetíveis de desapropriação, para também contemplar serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, instituições financeiras públicas estaduais desapropriadas e bens móveis e imóveis da União.

⁶⁶ GUERRA, Sérgio. As privatizações no atual contexto jurídico constitucional brasileiro. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). **Direito administrativo empresarial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 384.

Esse novo programa culminou com a alienação de grandes empresas estatais para a iniciativa privada, como a Companhia Vale do Rio Doce e as estatais do sistema TELEBRÁS, possibilitando a captação recursos que ajudaram a cobrir o déficit das contas-correntes e fortalecer a âncora cambial do Plano Real.

A despeito do amplo programa de privatizações implementado na década de 1990, o Estado ainda detém o controle direto ou indireto de empresas estatais em diversos setores da economia, tanto em regime de monopólio, quanto em competição com empresas privadas. Além disso, ainda proliferam-se empresas públicas criadas para apoiar o governo em objetivos estratégicos, como a Empresa de Pesquisa Energética S.A. - EPE, a Empresa Brasil de Comunicação - EBC, a Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA, a Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRÁS, a Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL, e a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantais S.A. – SEGUROBRÁS.

Mais recentemente, com o agravamento do período de recessão econômica que se iniciou em 2014 e a consequente necessidade de novas fontes de recursos, deflagrou-se um novo movimento de privatizações cuja estimativa inicial era de que fosse o maior em 20 anos.⁶⁷ O pacote de privatizações lançado pelo Governo Temer, que integra o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI⁶⁸, ainda está em vias de ser implementado e ao que tudo indica não o será nesse Governo. Nesse pacote, incluem-se a alienação de importantes ativos de diversas empresas estatais de grande porte, como Eletrobrás, Casa da Moeda, Lotex, Codesa, além da venda de subsidiárias e da concessão de diversos projetos de infraestrutura como aeroportos, rodovias e terminais portuários.

No início de 2018, o Governo Federal possuía 144 empresas estatais sob controle acionário direto ou indireto da União, em sua maior parte subsidiárias de outras empresas estatais federais. Desse total, 95% do patrimônio líquido das estatais federais estão concentrados em apenas cinco empresas (Banco do Brasil, BNDES, Caixa, Eletrobrás e

⁶⁷ Cf. Matéria jornalística veiculada no dia 28 ago. 2017 no Jornal El País. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/26/economia/1503758227_512966.html>. Acesso em: 2017.

⁶⁸ Instituído pela Medida Provisória n. 727/2016, posteriormente convertida na Lei n. 13.334/2016, o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI destina-se “à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”, nos termos do artigo 1º do referido diploma. Sobre o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, veja-se: GARCIA, Flávio Amaral. Programa de Parcerias de Investimentos - PPI e o Direito da Infraestrutura. **Revista Eletrônica da PGE/RJ**, Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

Petrobrás), sendo que 85% do total do investimento das estatais foram realizados por empresas do Grupo Petrobrás.⁶⁹

2.2.2 Transformações da legislação brasileira sobre as empresas estatais

A uniformização do tratamento jurídico das empresas estatais é fenômeno relativamente recente no direito brasileiro. As sociedades de economia mista surgiram muito antes das empresas estatais, fruto da legislação empresarial que não impunha quaisquer dificuldades à concepção de sociedades empresariais com quadro societário constituído por pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. A concepção de um regime jurídico próprio, nesse primeiro momento, ocorria de forma casuística, através das leis específicas editadas para cada empresa estatal.

Com o tempo, as leis que disciplinam a Administração Pública e as sociedades empresárias também passaram a regulamentar aspectos destacados das empresas estatais. Só então foi possível delimitar a noção de empresa estatal à luz do ordenamento jurídico, mesmo porque, como já alertava Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar das sociedades de economia mista em 1968, “[a] única noção de sociedade mista que ao cultor do Direito interessa e a única que pode conhecer, enquanto jurista, é aquela que se individualiza em função de uma disciplina jurídica peculiar”.⁷⁰

Em nível constitucional, a previsão de atuação do Estado na exploração de atividade econômica em regime de monopólio constou pela primeira vez na Constituição de 1934.⁷¹ A Constituição de 1937, de forma mais incisiva, dispôs sobre a exploração estatal de atividade econômica para suprir as deficiências da iniciativa individual.⁷² Entretanto, nenhuma dessas constituições tratou especificamente das empresas sob controle do Estado, fenômeno que só veio a acentuar-se nas décadas subsequentes à outorga dessas cartas constitucionais.

⁶⁹ BRASIL. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais - SEST. **Boletim das Empresas Estatais Federais**. Vol. 6 (mar. 2018). Brasília: MP, 2018. As informações não abrangem as empresas privadas com participação estatal minoritária.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, 1968, p. 337.

⁷¹ Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, n. 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

⁷² Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

As Constituições de 1946 e 1967 fizeram referência à figura das empresas públicas e sociedades de economia mista sem atribuir-lhes regramento jurídico mais abrangente. Apenas a Constituição de 1967, também sob a égide da Emenda n. 1 de 1969, ao tratar do tema mais detidamente, estabeleceu as linhas gerais de um regime jurídico próximo aquele que viria a ser contemplado na Constituição Federal de 1988, notadamente no que se refere à submissão das estatais exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas, tal como previam os §§ 2º e 3º do artigo 163 da Carta de 1967.

Já no plano infraconstitucional, embora já existissem diversas sociedades empresárias sob controle do Estado, pelo menos até 1967 não havia lei específica que regulamentasse um regime geral aplicável às empresas estatais⁷³, que eram consideradas sociedades empresárias constituídas pelo Estado em regime de direito privado⁷⁴, parcialmente derrogado por disposições esparsas nas respectivas leis autorizativas e cuja principal peculiaridade é a participação estatal como controlador da companhia.⁷⁵

Com a reforma administrativa, as prerrogativas que costumavam constar nas leis autorizativas vieram a ser contempladas no Decreto-Lei n. 200/1967⁷⁶, que também positivou

⁷³ Antes do Decreto-Lei n. 200/1967, foram editados diplomas que estabeleciam disposições gerais derrogatórias do direito comum aplicáveis às empresas com participação estatal majoritária, mas ainda sem a pretensão de consolidar um regime geral das empresas pertencentes à Administração. É o caso do Decreto-Lei n. 2.928/1940, cujo artigo 1º dispunha que “[a]s sociedades por ações, nas quais o Governo Federal interfira diretamente na constituição dos órgãos de sua administração ou seja subscritor de parte de seu capital, ficam excluídas da aplicação obrigatória das normas dos arts. 127, n. I, e 130 do Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, e de seus efeitos”. O mencionado inciso I do artigo 127 e o artigo 130 do Decreto-Lei n. 2.627/1940 previam, respectivamente, o direito dos membros do conselho de Administração de examinar periodicamente os livros e papéis da sociedade e a destinação obrigatória de 5% do lucro líquido da sociedade para a constituição de fundo de reserva destinado a assegurar a integridade da empresa. Outro exemplo derrogatório do direito comum é o Decreto-Lei n. 6.464/1944, que isenta as sociedades de economia mista de restrição aplicável às empresas privadas quanto aos limites para a emissão de ações preferenciais.

⁷⁴ É, também, a constatação de Trajano de Miranda Valverde, que em trabalho elaborado em 1945, concluiu: “[a] sociedade de anônima de economia mista começa, então, a funcionar sob o império da lei comum. Em regra, o único desvio importante consiste no modo de nomeação do diretor-presidente, que é diretamente escolhido pelo Presidente da República, a quem compete também demiti-lo. Os demais diretores são eleitos pela assembleia geral, na realidade, pelo próprio Estado-acionista, se ele detém a maioria das ações ordinárias, como sucede nas companhias acima mencionadas” (VALVERDE, 1945, p. 437).

⁷⁵ Rafael Walbach Schwind assinala que, em regra, as leis autorizativas já estabeleciam prerrogativas exorbitantes do direito comum para assegurar a posição dominante do Estado em face dos particulares, dentre as quais vale destacar: (i) manutenção da maioria do capital votante nas mãos do Estado; (ii) indicação do presidente, diretores e conselheiros com possibilidade de demissão *ad nutum*; (iii) limitação do número de ações por acionista privado; (iv) exceções ao anonimato dos demais acionistas. Em face dessas prerrogativas, Schwind conclui que “não havia nenhuma intenção de se estabelecer uma verdadeira parceria entre os setores público e privado. Apesar de serem reunidos capitais públicos e privados em ambiente empresarial, a prática das sociedades de economia mista no Brasil buscou permitir uma intervenção direta na economia sob controle absoluto do Estado, sem deixar que os acionistas privados tivessem qualquer participação efetiva nas decisões empresariais” (SCHWIND, 2017, p. 100).

⁷⁶ O parágrafo único do artigo 26 do Decreto-Lei n. 200/1967 previa diversas prerrogativas passíveis de serem implementadas pelo Estado mediante supervisão ministerial sobre as empresas estatais, nomeadamente: a) nomeação dos dirigentes da entidade; b) designação dos representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; c) recebimento sistemático de documentos e

os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista, até então inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁷, nos termos dos incisos II e III do artigo 5º do diploma:

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

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

Os mencionados dispositivos positivaram a diferença entre empresas públicas e sociedades de economia mista quanto à forma de sua constituição e à parcela integralizada do capital social com direito a voto com recursos públicos. A principal diferença é que a empresa pública poderia ser constituída por qualquer modalidade empresarial, necessariamente com capital exclusivo da União⁷⁸, enquanto que a sociedade de economia mista deveria adotar obrigatoriamente a forma da sociedade anônima com maioria do capital social votante pertencente à União ou a entidade de sua Administração indireta,, admitindo-se, pois, a participação de particulares como acionistas minoritários.

Os conceitos enunciados no Decreto-Lei n. 200/1967 também delinearam as condições necessárias para a constituição e a natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, dispondo sobre a exigência de lei autorizativa, a personalidade jurídica de direito privado e a finalidade de “exploração de atividade econômica que o Governo seja

informações que permitam acompanhar as atividades e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo; d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembleias e órgãos de administração ou controle; f) fixação das despesas de pessoal e de administração; g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; i) intervenção, por motivo de interesse público.

⁷⁷ Mário Engler Pinto Júnior anota que o conceito de sociedade de economia mista foi pionieramente formulado na doutrina por Erimá Carneiro, nos seguintes termos: “A sociedade de economia mista pode ser assinalada como a forma pela qual o Estado participa financeira ou administrativamente, ou de ambas as formas, em sociedades organizadas como empresas privadas, quer por imperativo social, quer em virtude de conveniência pública dos serviços industriais da fazenda pública”. (CARNEIRO, Erimá. **As autarquias e sociedades de economia mista no Estado Novo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1994, p. 97 *apud* PINTO JÚNIOR, 2013, p. 207).

⁷⁸ O artigo 5º do Decreto-Lei n. 900/1969 veio a admitir a existência de empresas públicas com capital pertencente a outras pessoas jurídicas de direito público interno ou entidades administrativas da Administração indireta de outras entidades federativas, contanto que a maioria do capital votante permanecesse sob a titularidade da União.

levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.⁷⁹

Em face do teor dessas definições, percebe-se que o Decreto-Lei n. 200/1967 refletiu a convicção vigente à época de que as empresas estatais eram vocacionadas à exploração de atividade econômica, incumbindo à Administração centralizada e às autarquias, enquanto entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, a execução de atividades típicas da Administração, como a prestação de serviços públicos e o desenvolvimento de atividades instrumentais de apoio aos demais órgãos e entidades da Administração Pública.⁸⁰

Naturalmente, a definição legal não impediu a criação de diversas empresas estatais voltadas à prestação de serviços públicos. O emprego da técnica empresarial pelo Estado expandia-se, assim, à revelia de previsão legal específica, passando a abranger atividades até então atribuídas a pessoas jurídicas de direito público. À época, justificou-se o emprego da técnica empresarial na prestação de serviços públicos na premissa de que a referência à exploração de atividade econômica contida no artigo 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 não teve a finalidade de impedir a delegação de serviços públicos às empresas estatais⁸¹, o que, aliás, seria extremamente contraproducente para a adequada prestação de alguns desses serviços.

Em que pesem as atecnias legislativas apontadas pela doutrina⁸², há que se reconhecer que os conceitos positivados no Decreto-Lei n. 200/1967, bem ou mal, sedimentaram à luz do direito positivo um regime jurídico próprio para as empresas estatais, cujos direitos e obrigações frente ao Estado já não dependiam de prerrogativas casuisticamente estabelecidas nas respectivas leis autorizativas ou esforços dogmáticos oriundos da doutrina para apartar seu regime jurídico daquele a que se submetem as empresas privadas.

Posteriormente, a Lei n. 6.404/1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, dedicou um capítulo próprio para tratar das sociedades de economia mista e de sua relação societária com o Estado e acionistas minoritários. O diploma reafirma o regime jurídico

⁷⁹ A finalidade de exploração de atividade econômica foi inserida pelo Decreto-Lei n. 900/1969, substituindo a finalidade de “exercício de atividade de natureza mercantil”, que constava na redação original dos incisos II e III do artigo 5º do Decreto-Lei n. 200/1967.

⁸⁰ É o que se extrai do próprio conceito encartado no inciso I do artigo 5º do Decreto-Lei n. 200/1967, que define autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

⁸¹ Nesse sentido, é a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Então, não se pode duvidar que na definição normativa de empresa pública os dizeres ‘exploração de atividade econômica’ não possuem a densidade jurídica que normalmente lhes corresponderia. Servem para indicar – e desnecessariamente – que a atividade por elas desenvolvida se efetua mediante prestações remuneradas, o que é o mínimo que se poderia imaginar tratando-se de uma empresa” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 195).

⁸² Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 192.

instituído pelo Decreto-Lei n. 200/1967, em especial no que se refere à vinculação de sua atividade ao que dispõe a respectiva lei autorizativa. Também acrescenta preceitos normativos que impelem o Estado a observar os deveres e responsabilidades do acionista controlador na persecução do interesse público que justificou a criação da sociedade de economia mista.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram traçadas as linhas gerais que deveriam nortear a concepção de um estatuto jurídico próprio das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, o que só veio a ocorrer com a recente promulgação da edição da Lei n. 13.303/2016. Atendendo às diretrizes insculpidas no §1º do artigo 173 da Constituição Federal, a Lei n. 13.303/2016 regulamentou diversos aspectos do regime jurídico das empresas estatais, dispondo sobre seu regime societário, aí compreendidas limitações ao exercício do poder de controle pelo acionista controlador, o atendimento à sua função social, as formas de fiscalização pelo Estado e pela Sociedade, o regime de licitações e contratos e a inaplicabilidade desse regime para a formação das parcerias em oportunidades de negócio com empresas privadas.

2.3 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

2.3.1 Definição e espécies de empresas estatais

Empresa estatal é designativo genérico que abrange as sociedades empresárias integralmente pertencentes ou sob controle acionário da União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou por outra entidade administrativa.⁸³ São entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito privado constituídas após autorização outorgada por lei específica, nos termos dos incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição Federal, para a exploração de atividades empresariais – aí compreendida a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica em sentido estrito – cujo capital social com direito a voto,

⁸³ O inciso I do artigo 2º do Decreto Federal n. 8.945/2016, que regulamentou a Lei n. 13.303/2016 no âmbito da Administração Pública federal, definiu a empresa estatal como “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União”.

De acordo com Mauro Rodrigues Penteado, a noção de “empresa estatal” foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal n. 84.128/1979 com a finalidade operacional de “implementar mecanismos de controle do Poder Executivo – centralizados na Secretaria de Controle das Empresas Estatais – SEST – sobre cerca de 500 empresas e órgãos diversos que, ou não integravam a Administração Direta, ou não se revestiam de forma de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (componentes da Administração Indireta)” (PENTEADO, Mauro Rodrigues. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 177, p. 133-149, jul.-set. 1989, p. 134).

pelo menos em sua maioria, pertença à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a outra entidade administrativa.

Na esteira do Decreto-Lei n. 200/1967, a Lei n. 13.303/2016 também distinguiu as empresas estatais em empresas públicas e sociedades de economia mista, acrescendo à categoria das empresas estatais as subsidiárias. Também submeteu ao regime jurídico das empresas estatais, embora sem considerá-las como tais, as empresas controladas, que já eram previstas em diversos diplomas legislativos e no próprio texto constitucional.

De acordo com o artigo 3º da Lei n. 13.303/2016, considera-se empresa pública “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios”. O parágrafo único do dispositivo admite que outras entidades administrativas participem do quadro societário da empresa pública, contanto que a maioria de seu capital votante permaneça sob a titularidade de um ente federativo.⁸⁴

Já a sociedade de economia mista, consoante dispõe o artigo 4º da Lei n. 13.303/2016, é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta”. O Decreto Federal n. 8.945/2016, indevidamente, restringiu essa definição ao conceituar como sociedade de economia mista, nos termos do inciso III do seu artigo 2º, como “empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença diretamente à União e cujo capital social admite a participação do setor privado”. De toda sorte, o princípio da legalidade impõe a prevalência da definição contemplada no diploma legislativo em detrimento da definição regulamentar.

Como se vê, a principal diferença entre as empresas públicas e sociedades de economia mista reside na exclusividade da presença do Estado no seu quadro societário, em relação à primeira, e na admissão da participação privada no seu capital social, em relação à segunda. É justamente a participação privada que influencia diretamente em todos os demais aspectos que diferenciam o regime jurídico dessas duas entidades. Outra distinção relevante é que o capital social das empresas públicas deve pertencer necessariamente a entes federativos, ao passo que a participação estatal no capital social das sociedades de economia mista pode

⁸⁴ Contemplando as características do *caput* e do parágrafo único do dispositivo, o inciso II do artigo 2º do Decreto Federal n. 8.945/2016 veio a conceituar a empresa pública da União como “empresa estatal cuja maioria do capital votante pertença diretamente à União e cujo capital social seja constituído de recursos provenientes exclusivamente do setor público”.

ocorrer por meio de entidade da Administração indireta. No mais, ambas as espécies de empresas estatais devem adotar alguma forma societária empresarial, ainda que com um único sócio (sociedade unipessoal).

Em vista da similitude do tratamento normativo aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, é mais adequado apontar as respectivas diferenças, que são bastante pontuais no ordenamento jurídico, nomeadamente: a) a empresa pública tem capital social constituído exclusivamente por recursos públicos, podendo comportar mais de um ente federativo; b) a empresa pública pode adotar qualquer forma empresarial, ao passo que a sociedade de economia mista deve ser constituída sob a forma de sociedade anônima; c) compete à justiça federal julgar as ações em que sejam parte as empresas públicas federais e à justiça comum as ações em que sejam parte as sociedades de economia mista.⁸⁵

As subsidiárias, por sua vez, não encontram definição expressa na Lei n. 13.303/2016, sendo conceituadas, em âmbito federal, pelo artigo 2º do Decreto Federal n. 8.945/2016 como “empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista”.⁸⁶ O mesmo regulamento prevê, no §1º do artigo 10 e no artigo 11, que as subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista devem adotar, obrigatoriamente, a forma de sociedade anônima, possibilitada a adoção da forma de sociedade limitada para as subsidiárias em liquidação.

Partindo desse contexto normativo, infere-se que são empresas subsidiárias tanto as empresas que tenham uma empresa pública, sociedade de economia mista ou outra estatal subsidiária como única acionista, quanto aquelas em que uma dessas entidades administrativas detenham a maioria do capital social com direito a voto, admitida a participação privada minoritária no seu capital. O importante é que a subsidiária seja

⁸⁵ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 198. De acordo com Vitor Rhein Schirato, outra distinção aventada por parcela da doutrina pretendeu caracterizar as empresas públicas como prestadoras de serviço público e as sociedades de economia mista como exploradoras de atividade econômica. Não obstante, como anota o autor, “não há qualquer dispositivo no Direito positivo que leve a tal distinção, de modo que a adoção de uma ou de outra forma dependerá da conveniência e da oportunidade do caso concreto, podendo haver em consideráveis parcelas das hipóteses cambialidade entre empresa pública e sociedade de economia mista” (SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 28).

⁸⁶ A Lei n. 6.404/1965 (Lei das Sociedades por Ações) distingue entre a sociedade subsidiária integral, controlada e coligada. De acordo com o artigo 251 do referido diploma, a subsidiária integral é “constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”. A controlada, segundo o §2º do artigo 243, é a sociedade “na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”. Já o §1º do mesmo dispositivo estabelece que “São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”. Logo se vê que o conceito de subsidiária de empresa estatal positivado no Decreto Federal n. 8.945/2016 abrange tanto a subsidiária integral, quanto as controladas onde a empresa estatal detenha a maioria das ações com direito a voto e inclusive as sociedades controladas por subsidiárias, que também são subsidiárias.

constituída sob a forma de sociedade anônima e que outra empresa estatal seja titular direta ou indireta do controle acionário, de sorte que a subsidiária integra a mesma Administração indireta à qual pertence a sua controladora.

A propósito, registre-se que o fato da Lei n. 13.303/2016 admitir como sociedades de economia mista as sociedades anônimas cuja maioria do capital social pertença a outra entidade da Administração indireta não significa que as subsidiárias com participação privada minoritária sejam sociedades de economia mista. É que, a despeito da omissão legislativa, foi o próprio texto constitucional quem consagrou a distinção entre sociedades de economia mista e subsidiárias, inclusive com diferentes requisitos para a sua constituição, como as exigências de lei específica e de autorização legislativa previstas nos incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição Federal. Em vista do tratamento constitucional da matéria, deve-se interpretar a definição contida no *caput* do artigo 4º da Lei n. 13.303/2016 no sentido de que o controle acionário da sociedade de economia mista, quando não pertencente a ente federativo, só pode ser titularizado por pessoa jurídica de direito público interno.

Traçados os seus elementos essenciais, pode-se excluir da categoria de empresa estatal toda entidade controlada pelo Estado que não adote a forma empresarial com a maioria do seu capital social pertencente a ente federativo ou a entidade de sua Administração indireta, tais como as autarquias, fundações públicas e consórcios públicos. Também não se enquadram no conceito jurídico-positivo de empresa estatal as sociedades empresárias onde o Estado não detenha a maioria do capital social com direito a voto, ainda que eventualmente venha a exercer o poder de controle (controle minoritário) ou influência relevante por outros meios, a exemplo do acordo de acionistas ou integrando o grupo de controle, sem embargo de que essas circunstâncias impliquem na submissão dessas sociedades controladas às disposições da Lei n. 13.303/2016, conforme prevê o §6º do artigo 1º desse diploma.⁸⁷

2.3.2 Aspectos destacados do regime jurídico das empresas estatais

As empresas estatais possuem personalidade jurídica de direito privado e adotam a forma empresarial, mas nem por isso deixam de integrar a Administração Pública enquanto entidades administrativas pertencentes à Administração indireta. Nessa qualidade, submetem-

⁸⁷ Art. 1º. § 6º Submete-se ao regime previsto nesta Lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no caput.

se ao controle da Administração direta⁸⁸ e aos preceitos encartados no artigo 37 da Constituição Federal, em especial aos princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* desse dispositivo constitucional. Consoante refere Alexandre Santos de Aragão, trata-se de princípios que dizem respeito à Administração Pública e não apenas ao direito administrativo, razão pela qual, em suas palavras, “devem permear toda a atuação da Administração Pública, seja qual for o ramo do direito ou o tipo de pessoa jurídica que estiver sendo utilizado em cada situação”.⁸⁹

A atuação do Estado sob forma empresarial é prevista no §1º do artigo 173 da Constituição Federal.⁹⁰ O dispositivo estabelece os parâmetros conformadores do estatuto das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que deve dispor sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. O §2º do dispositivo também prevê que “[a]s empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

A submissão das empresas estatais aos princípios administrativos e demais preceitos conformadores do exercício da função administrativa, como corolário de sua condição de entidade administrativa, torna imperiosa a implementação das cautelas e procedimentos necessários para assegurar a preservação do interesse público.⁹¹ É que, como adverte Ana Frazão, “no caso das empresas estatais, o controlador, por ser ente público, exerce necessariamente função – e não direito subjetivo – em todas as suas atribuições, inclusive o

⁸⁸ O controle como vínculo jurídico entre entidades administrativas e a Administração central, antes denominado de tutela administrativa (ou supervisão ministerial) pelo Decreto-Lei n. 200/1967, contrapõe-se à relação hierárquica entre dois órgãos ou agentes pertencentes à Administração direta ou a mesma entidade da Administração indireta.

⁸⁹ ARAGÃO, 2018, p. 152.

⁹⁰ O §1º do artigo 173 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional n. 19/1998. Em sua redação original, o dispositivo não fazia referência a legislação que regulamentasse o regime das estatais, e nem estabelecia parâmetros para sua regulação, apenas dispondo que “[a] empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

⁹¹ É a lição de Celso Antônio Bandeiro de Mello:

“Cumpre destacar que os preceitos conformadores da atuação estatal não visam apenas a assegurar-lhe condições de eficiência. No Estado de Direito, destinam-se também e sobretudo a estabelecer as indispensáveis limitações que embarguem a ação descomedida dos próprios governantes, para impedir que seja gravosa quer ao interesse público, que lhes assiste curar, quer às garantias pertinentes aos administrados em suas relações com o Poder Público” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 201).

direito de voto”, ao passo que nas companhias privadas, ainda segundo Frazão, “o controlador exerce direito subjetivo, podendo exercer seus poderes com vista à realização de seus interesses pessoais, desde que compatíveis com o interesse social”.⁹²

Por essa lógica, não se pode falar propriamente em livre iniciativa ou em ampla autonomia empresarial do Estado como acionista controlador, ao menos na acepção tradicional que essas expressões adquirem no direito privado. Nas empresas estatais, onde impera a discricionariedade empresarial, há competência dos administradores para a escolha dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico, que devem nortear-se por um escopo empresarial definido em lei e sempre vinculado a determinadas finalidades de interesse público, que, no caso da exploradoras de atividade econômica, podem ser pertinentes ao interesse coletivo ou aos imperativos da segurança nacional.⁹³

Por conseguinte, na contratação de pessoal e na aquisição de bens e serviços, independentemente de previsão legislativa, a empresa estatal deve realizar procedimento que assegure condições isonômicas de participação aos interessados que preencham os requisitos necessários à satisfação de suas necessidades. Na aplicação de sanções administrativas e outras medidas que importem em prejuízo a terceiros, inclusive aos seus empregados e contratados, devem garantir o exercício do contraditório e ampla defesa, além de observar os demais princípios e garantias do direito administrativo sancionador.

Em todos os campos, também por força dos princípios constitucionais da Administração Pública, as empresas estatais devem atuar com transparência e sujeitar-se às diversas formas de controle sobre sua atividade, aí compreendido o controle interno exercido na intimidade de suas estrutura organizacional e pela Administração direta (supervisão ministerial) e o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas (inciso II do artigo 71 da Constituição Federal) e pelo Poder Judiciário, por iniciativa do Ministério Público e da sociedade, inclusive mediante ações civis públicas e ações populares contra atos ilícitos e lesivos ao erário.⁹⁴

⁹² FRAZÃO, Ana. Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). **Estatuto Jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 154.

⁹³ Cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado:** contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, p. 207.

⁹⁴ O Capítulo III do Título II da Lei n. 13.303/2016 trata dos meios de fiscalização exercidos pelo Estado e pela Sociedade, prevendo no artigo 85 a fiscalização das empresas estatais pelas três esferas de governo quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial, sendo vedada a interferência na gestão e a ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas, nos termos do artigo 90.

Por outro lado, a submissão das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, prevista no §1º do artigo 173 da Constituição Federal, implica na adoção de um regime próximo ao direito privado. Atente-se que não se trata de uma equiparação de regimes jurídicos, mas de mera aproximação, mesmo porque, como se viu, as empresas estatais continuam vinculadas à sua finalidade de persecução do interesse público, bem como se submetem aos princípios da Administração Pública.

O aspecto privado desse regime jurídico híbrido é bem acentuado nas relações obrigacionais assumidas pelas estatais com terceiros, que são regidas pelas regras do direito civil e comercial. Seus contratos, ainda que precedidos de licitação, são contratos de direito privado desprovidos de prerrogativas exorbitantes, regulando-se pelas suas cláusulas, pelas disposições da Lei n. 13.303/2016 e pelos preceitos de direito privado, como prevê o artigo 68 daquele diploma. As estatais também não gozam das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, suas dívidas não geram precatórios e seus bens são considerados bens privados suscetíveis de expropriação, à exceção do patrimônio afetado à prestação de serviços públicos e em razão das peculiaridades inerentes a essas atividades. A relação da estatal com seus empregados é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Suas obrigações tributárias são análogas àquelas que incidem sobre o patrimônio, renda e serviços das empresas privadas.⁹⁵

Como peculiaridade que discrepa do regime jurídico próprio das empresas privadas, vale destacar que as empresas estatais não se submetem à falência, pela incompatibilidade do regime falimentar, que pressupõe a dissolução da pessoa jurídica insolvente, com o regime jurídico da empresa estatal, que só pode ser criada e dissolvida por lei específica.⁹⁶ Inclusive, há disposição expressa no artigo 2º da Lei n. 11.101/2005 quanto à inaplicabilidade do regime falimentar às empresas públicas e sociedades de economia mista.

O regime de licitações e contratos, por sua vez, deve compatibilizar-se com a atuação empresarial das empresas estatais, sob pena de prejudicar o interesse público subjacente à sua atividade empresarial ou, ainda, inviabilizar a obtenção da contratação mais vantajosa sob a perspectiva empresarial, o que em última análise também prejudica o interesse público a que visa tutelar. Como critério definidor da incidência do dever de licitar nas empresas estatais, a

⁹⁵ O próprio texto constitucional evidencia a irrelevância dessa distinção para fins tributários, ao dispor no §3º do artigo 150 que o princípio da imunidade tributária recíproca, que veda aos entes federativos instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros não se aplica “ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

⁹⁶ Cf. JUSTEN FILHO, 2015, p. 280.

doutrina costuma apartar as contratações relacionadas às atividades-fim da empresa estatal, que não se submetem ao dever de licitar, daquelas relacionadas às atividades-meio, onde impera o regime jurídico de direito público.⁹⁷ A dicotomia é problemática, principalmente quando se pretende definir o regime jurídico aplicável às contratações das estatais.

Ainda, convém anotar que, conforme disposição expressa no §6º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016, todas essas considerações pertinentes ao regime jurídico das empresas estatais se aplicam às empresas privadas onde empresas públicas e sociedades de economia mista figurem como controladoras sem a correspondente propriedade da maioria das ações com direito a voto.⁹⁸ Embora essas empresas controladas por empresas estatais com participação minoritária não pertençam à Administração Pública, submetem-se a regime jurídico análogo ao de suas controladoras.⁹⁹

Já em relação às sociedades sob controle privado com participação estatal minoritária, é indubitável que são empresas privadas regidas pelo regime jurídico de direito privado. Há, de fato, alguma influência dos princípios da Administração Pública por força da participação do Estado em empresas privadas, como, por exemplo, a incidência de princípios administrativos na sua formação ou operação de aquisição de participação societária pelo Estado e no controle externo da atuação do Estado como acionista minoritário. No âmbito de suas participações societárias, ao Estado incumbe um dever de fiscalização, governança e controle, que deve ser exercido através de instrumentos inerentes a sua condição de acionista minoritário e gestor de recursos públicos.¹⁰⁰

De acordo com o §7º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016, as medidas de governança e controle a serem implementadas nas entidades com participação estatal minoritária devem ser proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio em que o Estado é partícipe, devendo ser exercidas em face de uma pléiade dos documentos, relatórios e análises

⁹⁷ Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 49.

⁹⁸ Em tal hipótese, o controle estatal pode se configurar mediante acordo de acionistas que lhe garanta preponderância nas deliberações da assembleia geral o poder de eleger a maioria dos administradores, a despeito da participação minoritária no capital social.

Em sentido contrário, Rafael Wallbach Schwind pondera que a formalização de acordo de acionistas que transfira o poder de controle ao Estado desfigura o regime jurídico da empresa privada com participação estatal minoritária, que, na sua visão, deve permanecer sob controle privado (SCHWIND, 2017, p. 373).

Para uma abordagem aprofundada sobre o regime jurídico das empresas privadas com participação estatal minoritária ditas empresas público-privadas, veja-se: SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista:** empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017; e ARAGÃO, Alexandre. A empresa público-privada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 890, 2009.

⁹⁹ Cf. SCHWIND, 2017, p. 424.

¹⁰⁰ O tema será analisado com mais detença no penúltimo capítulo do trabalho.

retratadas no mesmo dispositivo.¹⁰¹ Também se admite a formalização de acordos de acionistas que ampliem a ingerência estatal no controle da companhia.

Por fim, merece destaque a situação das empresas estatais que dependem financeiramente do ente controlador. Essas empresas ditas dependentes, além de estarem regidas pelas disposições da Lei n. 13.303/2016, assujeitam-se às limitações ainda mais rígidas encartadas na Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). O diploma praticamente equipara essas empresas à condição de autarquias para fins de controle financeiro e orçamentário.

2.3.3 Empresas estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica: dois regimes jurídicos?

Empresário, nos termos do artigo 966 do Código Civil, é aquele que exerce a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços ou, melhor dizendo, que explora atividade empresarial.¹⁰² É possível exercer atividade econômica sem organização profissional, tal como fazem os profissionais autônomos e sociedades simples, assim como é possível organizar a produção e circulação de bens ou de serviços sem objetivo econômico, como são as atividades de cunho eminentemente social. Mas em regra, quando se tratar de organização profissional de atividade econômica dirigida à produção e circulação de bens ou serviços, estar-se-á diante de uma empresa.¹⁰³

A atividade empresarial possui características próprias advindas de sua condição de modelo racional de organização de uma atividade econômica.¹⁰⁴ O emprego da técnica empresarial pelo Estado não se dá ao acaso. Trata-se de opção política, concebida, inclusive, pelo constituinte originário, que funcionaliza esse modelo de organização racional em prol do

¹⁰¹ Para uma análise detalhada dos mecanismos de fiscalização das empresas com participação estatal minoritária, consulte-se: SCHWIND, Rafael Wallbach. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas que não integral a Administração Pública. In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰² “Empresa” é expressão plurissignificativa, designando inclusive mais de um fenômeno jurídico. Alberto Asquini, em texto clássico sobre os perfis da empresa, lista pelo menos cinco perfis que o fenômeno podem assumir com sentidos jurídicos diversos. No presente trabalho, a expressão será tomada ora como sinônimo de instituição (perfil corporativo), ora como sinônimo de atividade do empresário (perfil funcional). (ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. (trad. de Fábio Konder Comparato). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 104, out/dez, 1996).

¹⁰³ Cf. ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano XLII, n. 132, out/dez, 2003.

¹⁰⁴ Atividade econômica deve ser aqui compreendida em sentido amplo, vale dizer, como organização de recursos escassos para a satisfação de necessidades individuais, o que inclui atividade econômica em sentido estrito e serviço público.

interesse público através da exploração empresarial de atividades econômicas e serviços públicos, com os princípios e regras inerentes a essas atividades. Cuida-se, pois, de submeter determinadas atividades postas sob a alçada estatal a um modelo de organização pautado pela eficiência e pela racionalidade empresariais.¹⁰⁵

Segundo essa lógica, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza advertem que “a opção do legislador pela criação de entidade sob o figurino empresarial é claramente uma opção pelo seu *modus operandi* – ágil, flexível e especialmente comprometido com resultados – o que resulta na necessidade de derrogação do regime publicístico a que se sujeitará a criatura”.¹⁰⁶ Para Caio Tácito, “[a] opção legal pela personalidade de direito privado de entes econômicos estatais é um recurso técnico de repúdio aos sistemas tradicionais da administração pública de forma a propiciar-lhes agilidade funcional, elidindo o formalismo da administração pública direta”.¹⁰⁷ De fato, não se pode ignorar que, se existe uma distinção legal e constitucional quanto ao *modus operandi* dos modelos autárquico e empresarial no âmbito da Administração Pública, é porque essas duas técnicas organizacionais possuem suas próprias especificidades e, logicamente, não podem ser equiparadas.

A Constituição Federal – ao permitir a exploração de atividade econômica pelo Estado – assegurou às empresas estatais um regime jurídico híbrido, que transita em parte pelo direito público e em parte pelo direito privado.¹⁰⁸ O direito privado é, aqui, meramente instrumental, pois objetiva viabilizar a persecução do interesse público que legitima a atuação empresarial do Estado.¹⁰⁹ Já as limitações de direito público visam resguardar os princípios da Administração Pública sem comprometer o regime de eficiência que justifica a adoção da técnica empresarial e nem permitir que o Estado se valha de prerrogativas de direito público para prevalecer em concorrência com agentes privados.

¹⁰⁵ Cf. D'ALTE, Sofia Tomé. **A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 155.

¹⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 245, 2007, p. 8.

¹⁰⁷ TÁCITO, Caio. Regime Jurídico das Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 242, out-dez. 2005, p. 86.

¹⁰⁸ Ainda sob a égide da Carta de 1967, Hely Lopes Meirelles já explicitava essa espécie de meio termo que caracteriza as empresas estatais, ao dizer que “[o] paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado, sem o integrar como o autárquico, ou alheiar-se com o particular” (MEIRELLES, Hely Lopes. A Licitação nas Entidades Paraestatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 132, abr-jun. 1978, p. 33).

¹⁰⁹ Segundo Eduardo García de Enterría, “[e]sse caráter instrumental da utilização, pela Administração, de formas e técnicas privadas, ganha destaque pelo fato de que sempre encontramos no fundo de tal utilização um núcleo público, uma decisão prévia de caráter público.” (ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de direito administrativo**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71).

Sem prejuízo das especificidades do modelo organizacional empresarial, a previsão constitucional de um estatuto jurídico próprio das empresas estatais exploradoras de atividade econômica deu ensejo à distinção consagrada majoritariamente na doutrina¹¹⁰ e na jurisprudência¹¹¹ entre o regime jurídico aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que seria mais alinhado ao direito privado, e o regime aplicável às estatais prestadoras de serviço público, que sofreria maior influência do direito público.¹¹² A dicotomia ganhou relevância prática a partir de posicionamentos do Supremo Tribunal Federal em matéria de precatórios, impenhorabilidade de bens, responsabilidade objetiva por vício na prestação do serviço e imunidade tributária, aplicáveis apenas às estatais prestadoras de serviço público e não às estatais exploradoras de atividade econômica no livre mercado.

Sucede que essa distinção fundada na natureza da atividade, ao submeter as empresas estatais prestadoras de serviço público a regime jurídico análogo ao das autarquias, desconsidera a lógica que permeia a adoção da técnica empresarial pelo Estado. Tal compreensão subverte o regime jurídico das empresas estatais, que, muito embora tributário aos princípios da Administração Pública, não pode prescindir da flexibilidade inerente à técnica empresarial. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “falando-se em personalidade jurídica de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espalhadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que ele esteja na presença de norma expressa de direito público”.¹¹³

¹¹⁰ De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, essa distinção foi concebida por Hely Lopes Meirelles em face da redação originária do artigo 173 da Constituição Federal (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedades de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 270, jul./set. 1999, p. 100). Outros autores de nomeada também acolhem essa distinção, dentre os quais: BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 203; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 516.

¹¹¹ É o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

“As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. Lembro que há precedentes desta Corte sobre a distinção entre empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido estrito e empresa estatal prestadora de serviço público, a ADI n. 83 e os Res ns. 220.906, 225.011, 229.696 e 354.897”. (STF, ADI 1642, Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, Julgado em 03/04/2008). Também, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 172.816/RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “[a] norma do art. 173, par. 1º, da Constituição aplica-se as entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação as sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade” (STF, RE n. 172.816/RJ, Relator: Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, Julgado em 09/02/1994).

¹¹² A rigor, pode-se ainda distinguir uma terceira categoria, pertinente às empresas estatais de suporte, que prestam serviços exclusivamente à Administração Pública, cuja regime jurídico não possui qualquer especificidade que reclame maior aprofundamento.

¹¹³ DI PIETRO, 2014, p. 521.

Soma-se a isso que “a recusa ou impossibilidade de adotar o modelo inovador que caracteriza as empresas privadas conduz as estatais prestadoras de serviço público a uma defasagem que tende à inviabilização de sua atuação”.¹¹⁴ Semelhante diagnóstico é traçado por Sundfeld e Pagani de Souza, para quem “[c]ai por terra a ideia original de despublicização (maior agilidade, flexibilidade e comprometimento com resultados) que presidiu a criação de entidades públicas sob formato empresarial (notadamente no que tange às empresas classificadas como prestadoras de serviços públicos)”.¹¹⁵

Dito de outro modo, pretender submeter as empresas estatais prestadoras de serviço público a regime jurídico análogo ao da Fazenda Pública implicaria em esvaziar de sentido o conceito de empresa como modelo funcional à disposição da Administração Pública, contradizendo a razão de ser da alternativa constitucional pela atuação empresarial. Ainda que indiretamente, as consequências dessa compreensão impõem dificuldades práticas que podem mesmo inviabilizar o exercício de atividade empresarial do Estado, a tal ponto que não lhe reste alternativa senão recorrer ao auxílio do ente controlador, a prerrogativas de direito público ou sucumbir em face de uma burocracia impensada para o desenvolvimento de atividade econômica (em sentido amplo).¹¹⁶

Em linha com esse posicionamento, não se pode perder de vista que cada sujeito administrativo ostenta características próprias que impactam diretamente na sua forma de atuação, sendo que essas características, ao menos sob a ótica organizacional, independem da natureza da atividade finalística. Por questão de coerência, admitindo-se que a Constituição Federal autoriza a prestação de serviços públicos por autarquias, empresas estatais e empresas privadas, deve-se reconhecer que cada uma dessas formas de prestação direta e indireta não é nem pode ser equiparada. Em que pese submetam-se a princípios comuns pertinentes à prestação do serviço público, cada um desses modelos organizacionais representa uma alternativa cristalizada no texto constitucional e que deve ser adotada por opção política pautada no juízo discricionário da Administração Pública sobre a melhor forma de atuação e, consequentemente, pelo regime jurídico que julga mais adequado à prestação do serviço.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, 2018, p. 10. No mesmo sentido, veja-se: MOREIRA NETO, 1999, p. 100.

¹¹⁵ SUNDFELD; SOUZA, 2007, p. 22.

¹¹⁶ É precisa a lição de Hely Lopes Meirelles, referindo-se à sociedade de economia mista ainda em 1962: “Embora estatal, a sociedade de economia mista ostenta estrutura e funcionamento de empresa particular, porque isto constitui, precisamente, a sua própria razão de ser. Nem se compreenderia que se burocratizasse tal sociedade a ponto de empurrar-lhe, os movimentos e a flexibilidade mercantil, com os métodos estatais. O que se visa, com essa organização mista, é, no dizer abalizado de Ascarelli, ‘utilizar-se da agilidade dos instrumentos de técnica jurídica elaborados pelo direito privado’”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Autarquias e Entidades Paraestatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 68, 1962, p. 38).

Diante dessas constatações, não parece que a distinção entre regimes aplicáveis às estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e prestadoras de serviço público seja uma consequência direta e até mesmo literal da referência do §1º do artigo 173 da Constituição Federal a um estatuto das estatais exploradoras de atividade econômica, mesmo porque, como já se viu, a prestação de serviço público também consubstancia atividade econômica em sentido amplo. Reputa-se, pois, plenamente admissível que um mesmo estatuto discipline o regime jurídico das empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido amplo, sem prejuízo de que o regime de prestação de serviços públicos admita o exercício de poderes de autoridade em face dos usuários para resguardar os princípios que regem essas atividades sob a tutela estatal.

O que não parece razoável, à luz dessa compreensão, é que o regime aplicável à organização interna de uma empresa, seja ela estatal ou privada, possa ser definido sob o enfoque da natureza ou do regime de execução de sua atividade finalística.¹¹⁷ Pelo contrário, quisesse o §1º do artigo 173 da Constituição Federal equiparar empresas estatais prestadoras de serviço público a autarquias, bastaria proibir o emprego da técnica empresarial à prestação de serviço público, reservando essa atividade às pessoas jurídicas de direito público, eis que não haveria maior utilidade no emprego de empresas estatais para esse objetivo.

Como destacado no tópico pertinente aos requisitos constitucionais para a intervenção direta do Estado no domínio econômico, a necessária sujeição das estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas constitui um imperativo de isonomia em ambiente concorrencial. Trata-se de previsão constitucional que visa proteger a livre iniciativa e a livre concorrência no domínio econômico – campo próprio dos particulares – contra as investidas do Estado em atividade econômica cuja exploração despertou o interesse estatal por razões pertinentes a algum relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional.

Nesse sentido, a finalidade do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, que previu a edição de um estatuto para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, é justamente resguardar esses princípios da ordem econômica, impedindo que essas empresas se valham de prerrogativas de direito público para prevalecer sobre seus concorrentes. Por outro

¹¹⁷ Após analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o regime jurídico das empresas estatais, Henrique Motta constata que “os julgamentos do STF das normas que impõem restrições à atuação empresarial do Estado não vem interferindo na personalidade de direito privado dessas entidades”. Já em relação às normas que instituem privilégios em favor das estatais, o autor verifica que a jurisprudência da Suprema Corte criou “um foco grave de crise do modelo jurídico da empresa estatal, com potencial para se alastrar pelo universo empresarial do setor público e prejudicar o uso do mecanismo empresarial para a prestação de serviços públicos pelo Estado” (PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal**: modelo jurídico em crise? Dissertação (Mestrado) - PUC/SP, São Paulo, 2010, p. 15-16).

lado, dessa previsão não se pode extrair uma distinção radical em termos de regimes jurídicos aplicáveis às estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica e nem tampouco maior empecilho a que um mesmo estatuto discipline o regime jurídico das empresas exploradoras de ambas as espécies de atividade econômica.

Contanto que respeitadas as diretrizes aplicáveis à exploração de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, não há óbice que um mesmo estatuto regule de maneira uniforme o modelo organizacional de atuação empresarial do Estado, como de fato veio a ocorrer com a edição da Lei n. 13.303/2016, que dispõe sobre a empresa estatal “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”, nos termos de seu artigo 1º.¹¹⁸

A propósito, não se nega que o regime jurídico da prestação de serviços públicos contempla uma série de preceitos normativos que lhe são peculiares. Em regra, os princípios que integram esse regime assumem uma lógica completamente diversa daquela que rege o regime jurídico das atividades econômicas concorrenenciais. Tampouco se descura que a dicotomia entre atividade econômica, como atividade pertencente ao domínio econômico e preferencialmente explorada por particulares, e a prestação de serviço público, como atividade sob a titularidade dos entes políticos, encontra amparo no próprio texto constitucional.¹¹⁹

O ponto é que existe uma diferença fundamental entre a natureza jurídica de uma instituição, seja ela pública ou privada, e o regime jurídico que disciplina o exercício de uma atividade. Essa diferenciação também é pontuada por Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma, para quem “quando estamos diante do direito administrativo

¹¹⁸ Aliás, sequer o Decreto-Lei n. 200/1967 estabeleceu essa distinção. Sem diferenciar entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, dispõe o parágrafo único do artigo 27 desse diploma que “[a]ssegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo”.

¹¹⁹ Há quem debate o fim da própria dicotomia entre atividades públicas e privadas ou mesmo entre direito público e direito privado. Não chegamos a tanto, conscientes da importância que essa distinção possui tanto para viabilizar, determinar e limitar a atuação do Estado na realização do interesse público, quanto para proteger os particulares na legítima persecução de seus interesses privados. Nesse sentido, André Luiz Freire reflete que “[a] primeira razão para se afastar as críticas apresentadas ao fim da dicotomia entre tarefas públicas e tarefas privadas reside na necessidade de se preservar um espaço privado, livre de interferências ilegítimas do Estado. E, de outro lado, a fixação de um campo próprio de tarefas estatais leva ao dever jurídico do Estado de buscar sua realização” (FREIRE, André Luiz. **O Regime de Direito Público na Prestação de Serviços Públicos por Pessoas Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 40)

Pedro Gonçalves, por outro ângulo, assevera “[d]essa distinção, que remete para as categorias Estado e Sociedade, resulta imediatamente a exigência da salvaguarda e do respeito de uma esfera de privacidade (dos direitos e das liberdades dos indivíduos), mas também o imperativo de delimitar uma esfera de estadualidade, que reclama a presença do Estado e da Administração em vários setores da vida social” (GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005, p. 238).

econômico, podemos identificar duas ordens de regime jurídico: o regime jurídico de gestão do ente e o regime jurídico da atividade objeto da atualização do ente”.¹²⁰

A *natureza jurídica* de uma empresa estatal é de entidade administrativa dotada de personalidade jurídica de direito privado constituída sob a forma de sociedade empresária com capital social controlado pelo Estado e, portanto, pertencente à Administração indireta. Consequentemente, submete-se ao direito empresarial, aos princípios administrativos e aos demais preceitos constitucionais e legais que, por disposição expressa, aplicam-se às empresas estatais, dentre os quais o §1º do artigo 173 da Constituição Federal e a Lei n. 13.303/2016. É sob as vestes empresariais que a estatal deve resguardar os princípios administrativos, com a constante adaptação de instrumentos de direito privado a esses princípios administrativos e ao relevante interesse público a que visa tutelar.¹²¹ Note-se que esse regime jurídico pertinente à organização empresarial independe do fato das empresas estatais serem prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.¹²²

Acresça-se a isso que as diferentes espécies de serviço público comungam de princípios gerais inerentes à noção de serviço público e possuem, cada qual, um regime jurídico próprio, que, no mais das vezes, independe de ser prestado por empresa estatal ou empresa privada.¹²³ Em regra, o arcabouço normativo desse regime jurídico institui

¹²⁰ Entretanto, segundo esses autores, na definição do regime jurídico da empresa estatal, “importa verificar se a atividade está, ou não, sujeita a competição. Quanto a estatal se encontrar em competição, especialmente com empresas privadas, parece ser um contrassenso submetê-las ao regime de direito público, tal qual um órgão da administração direta ou uma autarquia” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Empresas estatais e parcerias institucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016, p. 65).

¹²¹ André Hauriou pondera que o processo de transposição de normas de direito privado geralmente perpassa por três sequenciais: “transferência pura e simples para o direito administrativo de uma teoria ou de uma regra de direito privado, movimento de reação provocado por uma consciência mais nítida das necessidades administrativas, adaptações da regra de direito privado fazendo-a experimentar as transposições necessárias” (HAURIOU, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 2, 1945, p. 470).

¹²² Note-se que o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento contrário a essa compreensão ao reconhecer a extensão da imunidade tributária dos serviços postais a outras atividades exploradas pelos Correios em ambiente concorrencial por se tratar de empresa estatal prestadora de serviço público: “1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. 2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT. 3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio” (STF, RE 627.057, Relator: Dias Toffoli, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 12/11/2014).

¹²³ Segundo Marçal Justen Filho, “[d]eixou de existir um regime jurídico único de serviço público. Existem algumas características básicas comuns, que são essencialmente a titularidade estatal, o dever de serviço universal, a submissão a princípios e regras de direito público. No entanto, cada espécie de serviço público sujeita-se a normas específicas, que não mais apresentam cunho uniforme. Por exemplo, o serviço de telefonia fixa subordina-se a regime jurídico muito distinto da transmissão de energia elétrica”. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 13).

prerrogativas e obrigações que visam assegurar a observância dos princípios característicos do serviço público, como continuidade, atualidade, generalidade e modicidade tarifária durante o exercício dessa atividade, além de resguardar as projeções econômico-financeiras do projeto.¹²⁴ Em princípio, pouco importa se o serviço público é prestado por empresa estatal ou empresa privada, eis que os princípios que regem essa atividade permanecem os mesmos.

As disposições que regem a prestação de serviços públicos por empresa estatal – aí compreendidas as prerrogativas exorbitantes instrumentais ao exercício dessa atividade e as limitações que lhe são inerentes – constituem circunstâncias extrínsecas à natureza jurídica e à estrutura organizacional dessa entidade administrativa. Essas competências, obrigações e controles passam a incidir sobre a atividade exercida pela estatal no momento em que a lei ou o contrato lhe transfere a prestação de determinada atividade qualificada por lei ou pela Constituição Federal como serviço público.¹²⁵ Trata-se, pois, de regime jurídico pertinente ao exercício da atividade precípua de uma empresa estatal e não propriamente uma especificidade que defina sua natureza jurídica, estrutura organizacional ou gestão interna.¹²⁶

A corroborar essa constatação, cumpre observar que os limites impostos à empresa estatal prestadora de serviço público, relativamente ao regime de pessoal e contratação de bens e serviços, são os mesmos impostos à estatal exploradora de atividade econômica. Isso se explica pelo fato de ambas estarem submetidas aos princípios da Administração Pública previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, independentemente de sua atividade. Logo, sob a ótica das semelhanças entre empresas estatais, é possível observar que inexiste qualquer influência concreta no fluxo organizacional interno de uma empresa estatal em função do título habilitante que lhe permite executar determinada atividade.¹²⁷

Sob outro ângulo, as empresas privadas concessionárias de serviço público ostentam determinadas competências extroversas, como a possibilidade de promoverem

¹²⁴ É claro que, em se tratando de empresa estatal controlada pelo ente federativo titular do serviço, não haverá garantia de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, porquanto sequer existe concessão de serviço público, tratando-se de mera relação de descentralização administrativa. Ademais, na prática, o Estado pode intervir na qualidade de acionista controlador, renunciando à persecução da lucratividade da companhia em prol da implementação de tarifa mais favorável à população. Sucedem que essas circunstâncias podem ocorrer tanto na prestação de serviços públicos, quanto na exploração de atividade econômica, pelo que não existe, nesse particular, qualquer relação direta entre o regime jurídico da entidade e o regime de sua atividade.

¹²⁵ Cf. SCHIRATO, 2016, p. 109.

¹²⁶ Inclusive, de acordo com Carlos Bastilde Horbach, “[a] doutrina administrativista tradicionalmente associa a matéria do serviço público à existência de um regime jurídico próprio, norteado por princípios peculiares que orientam a atuação do Estado e de seus delegatários no fornecimento de prestações positivas à população. O serviço público não seria uma instituição, mas um regime”. (HORBACH, Carlos Bastilde. Os princípios do serviço público na França e no Brasil. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes *et al.* (Orgs.). **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 551).

¹²⁷ Extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “” () .

desapropriações e a impenhorabilidade dos bens afetados à prestação do serviço, assim como se submetem a diversas balizas de direito público que limitam a sua atuação. Nem por isso essas empresas têm seu regime jurídico equiparado ao regime das autarquias e fundações.¹²⁸ Na esteira dessa compreensão, preleciona José dos Santos Carvalho Filho que “[t]ratando-se de pessoas jurídicas privadas (não mais pode haver concessionários pessoas físicas), o Estado não tem qualquer ingerência em sua estrutura e organização, limitando-se à fiscalização normal exercida por quem contrata os serviços de outrem”.¹²⁹

As semelhanças entre a empresa estatal prestadora de serviço público e a empresa privada concessionária de serviço público validam esse pensamento. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em concepção análoga, explicita a aproximação do regime jurídico da empresa estatal e da empresa privada prestadora de serviço público, a revelar que essa qualificação diz respeito à atividade-fim e não à entidade propriamente dita, senão vejamos:

Isso quer dizer que a empresa estatal que desempenha serviço público atua como concessionária de serviço público submetendo-se à norma do artigo 175, especialmente no que diz respeito aos deveres perante os usuários, à política tarifária, à obrigação de manter serviço adequado, bem como a todos os princípios que regem a prestação de serviços públicos, como continuidade, isonomia, mutabilidade, dentre outros. Nas hipóteses em que a empresa estatal é criada por um ente estatal para prestar serviço público delegado por outro ente estatal, ela tem a natureza de concessionária de serviço público e rege-se pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13-2-95)¹³⁰

Vê-se, portanto, que a delegação de serviço público por lei a uma empresa estatal ou por contrato a uma empresa privada impacta no exercício da atividade finalística de ambas as empresas de forma semelhante, embora ainda haja substanciais distinções que influenciam na forma como cada qual se organiza e toma suas decisões. É a atividade e não propriamente a instituição como um todo que se submete ao regime jurídico do serviço público. Bem assim, a empresa estatal continuará submetida a um regime jurídico único e próprio das empresas estatais, assim como a concessionária privada continuará submetida ao regime jurídico das

¹²⁸ Sobre o regime de bens afetados à prestação de serviço público, vale transcrever a ponderação de Murillo Giordan Santos: “A aproximação e a publicização do regime de bens das estatais e das concessionárias prestadoras de serviços públicos analisadas ainda conservam algumas peculiaridades. No entanto, a análise dos elementos que compõem o regime jurídico dos bens públicos – inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade – demonstra que essas diferenças tendem a desaparecer, especialmente no que se refere à impenhorabilidade”. (SANTOS, Murillo Giordan. Regime jurídico dos bens das empresas prestadoras de serviço público. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 2, 2015, p. 587).

¹²⁹ CARVALHO FILHO, 2016, p. 403.

¹³⁰ DI PIETRO, 2014, p. 517. Entretanto, a autora também distingue o regime jurídico das empresas estatais com base na natureza jurídica de sua atividade fim.

empresas privadas, sendo que ambas devem observar os princípios e regras que regulam a prestação do serviço público.¹³¹

Seguindo esse passo, a dinâmica contemporânea que caracteriza a atuação das empresas estatais não pode ser compreendida a partir da dicotomia fixada com base o regime jurídico da execução do seu objeto social, ou seja, com base na distinção entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica. Inclusive, hodiernamente, é comum que empresas estatais conjuguem a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica em concorrência com agentes privados no âmbito da sua atividade empresarial, o que contradiz a redução de seu regime jurídico à rigidez dessa dicotomia.

Para ilustrar esse raciocínio, vale mencionar o exemplo das empresas estatais que, por força de contrato de concessão, prestam serviços públicos titularizados por outro ente federativo, que não o seu ente controlador. Em tal hipótese, a empresa será uma estatal prestadora de serviço público em cuja prestação foi investida não por meio de lei, mas por força de um contrato de concessão precedido de licitação, como se fosse uma empresa privada. Como consequência, a empresa estatal concessionária de outro ente federativo que não o seu controlador não poderá valer-se de prerrogativas de direito público, a não ser daquelas prerrogativas pertinentes à prestação do serviço que também seriam garantidas a qualquer outra empresa por força do contrato de concessão.¹³²

¹³¹ Registre-se que existem diferenças importantes entre as estatais prestadoras de serviço público e empresas privadas, que, todavia, não comprometem essa analogia. Em relação às estatais prestadoras de serviço público, anota José Afonso da Silva, “não lhes aplicam as regras de reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, salvo, é claro, hipóteses de outorga dos serviços a empresa estatal de outra entidade pública” (SILVA, 2007, p. 803).

¹³² Inclusive, nesses casos, a própria Lei de Concessões impede que a empresa estatal participe de licitação valendo-se de benefícios e prerrogativas decorrentes de sua condição de entidade administrativa, devendo concorrer em condições de igualdade com as demais empresas privadas. Eis o que dispõe o §1º do artigo 17 da Lei n. 8.987/1995: Art. 17. § 1º Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.

Frise-se que não se está aqui a falar das chamadas concessões impróprias, resultantes da delegação da prestação à empresa estatal pertencente à Administração indireta do ente federativo titular do serviço. Os contratos de concessão formalizados com empresa estatal vinculada a outro ente federativo constituem verdadeiras concessões, pois refletem a transferência da prestação do serviço a terceiro que não detém a sua titularidade.

Sobre as concessões interfederativas, extrai-se do escólio de José dos Santos Carvalho Filho: “[a] única hipótese em relação à qual pode dizer-se que não há distorção consiste na celebração de contrato de concessão entre um ente federativo e uma entidade estatal (*rectius*: paraestatal) vinculada a ente federativo diverso. [...] Nesse caso, entretanto, a entidade governamental estará exercendo atividade tipicamente empresarial e atuando no mundo jurídico nos mesmos moldes que uma empresa da iniciativa privada, de modo que, para lograr a contratação, deverá ter competido em licitação prévia com outras empresas do gênero, observado o princípio de igualdade dos licitantes, e vencido o certame pelo oferecimento da melhor proposta.”. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 403).

Outro exemplo indicativo da inadequação dessa dicotomia são as empresas estatais constituídas para a prestação de serviços públicos e que, paralelamente, exercem outras atividades pertinentes ao seu objeto social em ambiente concorrencial, ou seja, atividades econômicas em sentido estrito. Não se pode reduzir sua atividade nem a uma, nem a outra categoria, sob pena de prejudicar a entidade ou os seus competidores, a depender do posicionamento adotado. Fosse a natureza jurídica de sua atividade-fim elemento definidor de todo o seu regime jurídico, não haveria possibilidade de submeter-se ao regime de direito privado para a exploração de atividade econômica em concorrência com particulares.¹³³¹³⁴

O exemplo das empresas estatais concessionárias de serviços titularizados por outros entes federativos e das estatais que prestam serviços públicos e exploram atividades econômicas de forma concomitante evidencia que a relevância da distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público está na definição do regime jurídico a ser observado no desenvolvimento da atividade propriamente dita, e não da forma de organização interna da empresa investida na sua execução.

Com efeito, no que se refere à atuação das empresas estatais, duas são as circunstâncias que verdadeiramente importam à luz dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal: (i) que a exploração de atividade econômica pelo Estado, legitimada por interesse coletivo ou pelos imperativos da segurança nacional, não seja desenvolvida com o emprego de prerrogativas de direito público em prejuízo da livre iniciativa e da livre concorrência; (ii) que a prestação de serviços públicos respeite os princípios e regras que integram o regime de execução dessas atividades de especial relevância para a garantia dos direitos fundamentais e que se caracterizam pelo exercício de competências exorbitantes voltadas à realização desses mesmos interesses públicos.

Respeitadas essas balizas constitucionais, não há qualquer óbice para que a prestação de serviços públicos e/ou exploração de atividade econômica por empresa estatal esteja

¹³³ Marçal Justen Filho menciona o exemplo dos terminais de passageiros, que, embora sejam infraestruturas afetadas ao serviço público de transporte coletivo, admitem exploração econômica de natureza empresarial relativamente a uma pléiade de outras necessidades dos usuários, como alimentação, lazer, negócios, etc. Inclusive, para o autor, a exploração dessas atividades econômicas conexas ao serviço público seria obrigatória, como instrumento voltado à manutenção da modicidade tarifária. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 11).

¹³⁴ Antônio Carlos Cintra do Amaral, ainda sob a égide da Carta de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, já destaca essa especificidade:

“Ressalte-se que é frequente, na prática, empresas com atividades complexas (por exemplo: atividade econômica e de suporte à Administração Pública). A classificação acima [entre serviços públicos e atividades econômicas] é, mais adequadamente, de tipos de atividades do que de empresas. Há empresas estatais que correspondem a esses tipos ‘ideais’, ou ‘puros’, mas é muito comum encontrarmos tipos ‘mistos’” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do Amaral. **Licitações nas empresas estatais**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil: Seminários Planasa, 1979, p. 7).

submetida a uma mesma lei de regência. As empresas estatais submetem-se a regime jurídico próprio, compatível com a sua atividade empresarial e com os princípios da Administração Pública, daí porque sua essência reside nessa conciliação de aspectos de direito público e de direito privado. Nem puramente público, nem puramente privado. Não haverá, por conseguinte, empresas estatais exclusivamente submetidas a nenhum desses regimes jurídicos.

Sob essa lógica, a incidência mais acentuada de disposições de direito público não pode comprometer o exercício da empresa (enquanto atividade), assim como o exercício da empresa não pode se desviar da finalidade de interesse público que legitima a sua atuação. Segue-se a isso que o critério de incidência de princípios e regras oriundos do direito público ou do direito privado deve tomar em conta as peculiaridades de cada atividade, incidindo em maior ou menor grau nas diferentes esferas que compõem o fluxo organizacional da sociedade anônima sob controle do Estado e sem prejuízo da sua natureza empresarial.

Ao fim e ao cabo, é preciso rechaçar qualquer tentativa de interpretar o regime jurídico das empresas estatais em pedaços, com dicotomias inflexíveis que não se compatibilizam com a adaptabilidade casuística que se faz necessária para o exercício da atividade empresarial. É da própria gênese das atividades econômicas em sentido amplo que sua exploração admita diferentes métodos de organização dos fatores de produção. Classificações rígidas, como a dicotomia que define todo o regime jurídico da empresa estatal em função da atividade finalística, produzem distorções com potencial de inviabilizar a persecução do interesse público por meio de atividade empresarial, pelo que entram em conflito com a própria razão de ser das estatais, inclusive sob a ótica do artigo 173 da Constituição Federal.

2.3.4 A vinculação finalística das empresas estatais

Independentemente da natureza jurídica das atividades que integram seu objeto social, a criação de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, bem como a participação destas em empresas privadas, é condicionada à prévia edição de lei autorizativa¹³⁵, nos termos dos incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição Federal.¹³⁶ A

¹³⁵ Sobre as subsidiárias, preleciona Caio Tácito que a norma “visa a obstar a pulverização da estrutura da empresa estatal, que possa fragmentar a autorização básica instituidora do ente da administração indireta, criada nos termos da lei autorizativa” (TÁCITO, Caio. Sociedade de Economia Mista. Incorporação de outra empresa. In: _____. **Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)**, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997c, p. 1156).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que “É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na lei de instituição da empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação matriz, tendo em vista que a lei criadora é

exigência constitucional de lei autorizativa tem por finalidade propiciar a participação política do legislativo em matéria de descentralização administrativa.

Por razões que também se relacionam à participação política do Poder Legislativo na imposição de limites à atuação do Poder Executivo, a intervenção do Estado no domínio econômico pela exploração de atividade econômica ou pela instituição de serviços públicos que não foram originariamente contemplados no texto constitucional também pressupõe a edição de lei específica, nos termos dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal. Aqui, a finalidade é submeter a definição do regime jurídico de determinadas atividades, sejam elas econômicas em sentido estrito ou serviços públicos, à apreciação legislativa igualmente submetida, ao seu turno, às balizas constitucionais que limitam a qualificação de uma atividade como serviço público ou a sua exploração pelo Estado como atividade econômica.

Bem assim, é imperioso que a lei autorizativa delimite o objeto social da empresa estatal e o interesse público subjacente à atividade, seja na exploração de atividade econômica, seja na prestação de serviço público. Ao exigir que a lei autorizativa explice o objeto social da empresa estatal, a Constituição Federal restringe, a um só tempo, tanto a criação de novas entidades dessa natureza, quanto a respectiva autonomia empresarial, submetendo a atuação empresarial do Estado a determinados parâmetros de atuação.¹³⁷ Reforçando essas limitações, o artigo 5º do Decreto Federal n. 8.945/2016 ainda dispõe que “O estatuto social da empresa estatal indicará, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição”.

Após a edição da lei que autoriza a sua criação, a estatal adquire personalidade jurídica de direito privado com o sucessivo registro de seus atos constitutivos no órgão competente, que no caso das sociedades empresárias é a Junta Comercial.¹³⁸ Essa personalidade, embora

também a medida autorizadora”. (STF, ADI 1491 MC, Relator para Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgado em 08/05/2014).

O entendimento foi positivado no artigo 6º do Decreto Federal n. 8.945/2016, segundo o qual “[a] constituição de subsidiária, inclusive sediada no exterior ou por meio de aquisição ou assunção de controle acionário majoritário, dependerá de prévia autorização legal, que poderá estar prevista apenas na lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista controladora”.

¹³⁶ Tendo em conta o mandamento constitucional, reputa-se inconstitucional a previsão contida no §3º do artigo 2º da Lei n. 13.303/2016, que dispensa autorização legislativa para “operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias”.

¹³⁷ Em se tratando de prestação de serviço público, observa Mário Engler Pinto Júnior, “a presença do interesse público é inerente à própria natureza da atividade exercida. Em se tratando, porém, de exploração econômica também facultada ao setor privado, o interesse público societário traduz-se no relevante interesse coletivo ou no motivo de segurança nacional” (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 234).

¹³⁸ Conforme artigos 945 e 1.150 do Código Civil:

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.

lhe confira certo grau de autonomia, não lhe retira a condição de entidade descentralizada pertencente à Administração indireta submetida aos princípios contemplados no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal.

Sob o prisma da descentralização administrativa, o Estado exerce sobre a empresa estatal um controle externo à sua estrutura societária, que corresponde à relação de tutela administrativa, também chamada de supervisão ministerial.¹³⁹ A tutela administrativa é exercida sobre a empresa estatal por órgão da Administração direta do seu ente controlador, mediante o emprego de prerrogativas estabelecidas na lei autorizativa, às quais a estatal encontra-se submetida por força do princípio da legalidade. O exercício dessas prerrogativas pela Administração direta, nos termos do artigo 89 da Lei n. 13.303/2016, “[n]ão pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável”.

Para além do controle exercido através da tutela/supervisão ministerial, ainda subsiste o controle exercido pelo Estado na condição de principal proprietário da companhia. Nessa condição, em se tratando de empresa pública, o Estado assemelha-se à figura do empresário, no sentido de que o Estado ostenta um controle absoluto no manejo das atividades empresariais. Já na sociedade de economia mista, o Estado passa a controlar a empresa tanto por meio do vínculo de descentralização administrativa inerente às entidades administrativas (tutela), quanto por meio do vínculo societário inerente à sua condição de acionista titular da maioria do capital social com direito a voto, o que, em princípio, lhe atribui a condição de

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Muito embora o Decreto-Lei n. 200/1967 definisse a empresa pública e a sociedade de economia mista como entidades criadas por lei, já era pacífico o entendimento de que “não basta a edição de lei para surgir a entidade estatal. Será necessário o cumprimento das formalidades previstas no direito privado, que variam de acordo com a forma societária pretendida. Assim, por exemplo, a criação de uma sociedade anônima depende da subscrição (pública ou privada) das ações em que se divide o seu capital social, com aprovação de seu estatuto social pelos sócios em assembleia geral ou por escritura pública. O surgimento da pessoa jurídica e o início de sua atuação dependerão do cumprimento das formalidades apropriadas perante o Registro de Comércio, inclusive com o atendimento a exigências complementares correspondentes” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 275).

¹³⁹ Para além da supervisão ministerial, existem outros controles a que se submetem as empresas estatais por serem entidades da administração indireta. É o que dispõe o artigo 85 da Lei n. 13.303/2016: Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

acionista controlador da sociedade empresária e lhe impõe a observância dos parâmetros que limitam a atuação do controlador na sociedade anônima.¹⁴⁰

Em consonância com o artigo 116 da Lei n. 6.404/1973, pode-se dizer que o Estado é titular do poder de controle da companhia quando detém preponderância nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, aliado ao efetivo exercício desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.¹⁴¹ A titularidade do poder de controle é, portanto, uma situação de fato, eis que se descharacteriza pela desídia do Estado no manejo das prerrogativas inerentes à sua condição de acionista majoritário para orientar o funcionamento da empresa.

O interesse público delimitado na lei autorizativa institui uma vinculação finalística que serve de norte ao exercício do poder de controle. A empresa estatal não poderá exercer suas atividades em descompasso com os motivos positivados em lei que legitimaram a sua existência, sob pena de violação do princípio da legalidade e da exigência constitucional de lei específica para a exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos, previstas nos artigos 173 e 175 da Constituição Federal, respectivamente. Essa vinculação finalística também se aplica às subsidiárias e à participação das estatais em empresas privadas, “que não podem, via de consequência, ocupar-se de área impertinente ao objeto social da empresa-mãe. Impõe-se a existência de um nexo causal entre a matriz e as subsidiárias, para que se afaste o risco de excesso de poder nesse procedimento de descentralização interna”.¹⁴²

O princípio da especialidade, que retrata essa vinculação finalística do exercício do poder de controle na sociedade anônima, é corolário da noção de função e da própria ideia de administração como atividade, ou seja, em sua acepção comum ao direito empresarial e ao

¹⁴⁰ Cf. SUNFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: SUNFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 273.

¹⁴¹ Eis o teor do dispositivo legal:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

¹⁴² TÁCITO, Caio. Empresa Estatal. Incorporação. Licitação. In: **Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)**, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997b, p. 1216.

direito administrativo. A noção de administração como atividade e a ideia de função que lhe é inerente, representa a relação de pertinência entre um fato ou um bem e a sua finalidade.¹⁴³

De acordo com Maria João Estorninho, “a Administração que actua sob formas jurídico-privadas está vinculada pelo princípio da especialidade, e à prossecução do interesse público, traduzida nomeadamente numa vinculação a um vínculo de fim”.¹⁴⁴ Em verdade, aplicado às empresas estatais, o princípio da especialidade reflete uma faceta de outro princípio característico da Administração Pública, o princípio da finalidade, que “impõe que o administrador, ao manejá-las competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isso é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução”.¹⁴⁵ ¹⁴⁶

Fábio Konder Comparato, debruçando-se sobre a natureza jurídica do poder de controle na sociedade anônima, refere que “a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas”.¹⁴⁷ Nesse ponto, cumpre destacar que essa finalidade que orienta o exercício do poder de controle, mesmo nas empresas privadas, não se

¹⁴³ Nos dizeres de Cirne Lima, “Em ambas as províncias jurídicas, o conceito de administração, entretanto, não varia essencialmente, embora, no Direito Público, a influência e as repercussões do conceito sejam incomensuravelmente mais extensas do que no Direito Privado. Na verdade, posto a administração seja essencialmente uma relação, pela qual um fato ou um bem se vincula imediatamente a um fim, esse mesmo fim necessariamente há de determinar não somente o desenvolvimento da atividade como tal, senão, também, a disposição e o aparelhamento do agente ‘quoad actionem’” (LIMA, Rui Cirne. Direito Administrativo e Direito Privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 26, out./dez. 1951, p. 21).

Em sentido semelhante, apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello que “na ideia de função o dever é que é predominante; visto que o poder a ele ligado cumpre papel instrumental, ancilar, percebe-se também que os ‘poderes’ administrativos, em cada caso, não têm por que comparecer além da medida necessária para o suprimento da finalidade que os justifica” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 103).

¹⁴⁴ ESTORNINHO, 1999, p. 221. Ainda segundo a administrativista portuguesa, convém acrescentar que “a personalidade jurídica colectiva tem natureza instrumental, uma vez que é atribuída especificamente para a prossecução de certos fins ou interesses colectivos. É essa natureza instrumental que explica que só faça sentido atribuir às pessoas colectivas os direitos e os deveres que se relacionem com os seus fins e que possam ser instrumentos adequados para a sua prossecução” (ESTORNINHO, 1999, p. 203).

¹⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 110.

¹⁴⁶ É a precisa lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“No caso da empresa estatal, a lei que autoriza a sua criação define o seu patrimônio, a sua receita, a sua forma de administração, bem como os fins que ele deve atingir. Por isso mesmo, a empresa estatal, como todas as entidades da administração indireta, está sujeita ao **princípio da especialidade**, que é uma decorrência da ideia de descentralização administrativa. Significa que, quando o Estado cria pessoas jurídicas como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, ele o faz com vistas à especialização de função; por isso mesmo, a lei que autoriza a criação da entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Licitação. Associação entre empresa pública e privada. In: **Direito Administrativo: Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

¹⁴⁷ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 363.

restringe à persecução de seus objetivos estatutários. Bem ao contrário, como adverte Comparato, o poder de controle deve ser orientado à realização da função social da empresa:

Fundamento de legitimidade do poder de controle, no setor avançado da economia, ou seja, aquele que dita as leis do mercado, é o cumprimento dessa sua função social, conforme o princípio constante no art. 170, III, da Constituição de 1988. Isso significa, em estrita lógica, que, onde o controle se exerce em sentido contrário a essa sua finalidade, toma-se antijurídico, por violar o mandamento constitucional. A legitimidade, ou fundamento axiológico do poder, é, no caso, elemento integrante do conteúdo literal da norma.¹⁴⁸

A função social adquire acentuada relevância como parâmetro norteador do exercício do poder de controle de que é titular o Estado como acionista majoritário nas empresas estatais. Esse poder de controle, que à luz do direito público é na verdade um dever-poder de controle, deve ser manejado em consonância com uma finalidade específica retratada em lei autorizativa, dando concretude ao interesse coletivo que sustenta a atuação empresarial do Estado sob a chancela da Constituição Federal.

Nesse sentido, dispõe o *caput* do artigo 27 da Lei n. 13.303/2016 que “[a] empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”¹⁴⁹. Já o §1º do mesmo dispositivo estabelece que a empresa estatal deverá orientar-se para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos, além do seguinte: I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

Em essência, é a partir dos preceitos normativos consagrados na Constituição Federal, na Lei n. 13.303/2016 e na legislação específica de cada estatal que se distinguem as múltiplas finalidades de interesse público que vinculam em diferentes graus a atuação empresarial do

¹⁴⁸ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 561.

¹⁴⁹ Nessa mesma linha, o inciso I do artigo 8º da Lei n. 13.303/2016 prevê a obrigação do Conselho de Administração elaborar carta anual explicitando os compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para a criação da empresa estatal. Já o §1º do mesmo dispositivo prevê que “[o] interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do *caput*”. Consequentemente, é de se concluir que o interesse público da empresa estatal decorre do alinhamento de seus objetivos com o próprio fundamento constitucional que legitima a sua existência.

Estado por meio de suas controladas. Por certo, a finalidade precípua da empresa estatal consubstancia-se na realização do interesse público que, à luz da Constituição Federal e de sua lei autorizativa, legitima a sua atuação enquanto exploradora de atividade econômica em sentido amplo. Bem por isso, é justamente com a realização desse interesse público que a empresa estatal atende à sua função social.

Ainda, em face da previsão expressa no §1º do artigo 27 da Lei n. 13.303/2016, a empresa estatal deve procurar ampliar o acesso dos consumidores aos seus produtos e serviços, bem como adotar medidas que incentivem o desenvolvimento e emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços, sempre de maneira economicamente justificada. Atente-se que a realização desses interesses consumeristas e de desenvolvimento tecnológico deve ser compatível com o interesse público que especificamente legitima a atuação daquela empresa estatal, sob pena de vulneração dos preceitos constitucionais que fundamentam a atuação empresarial do Estado.

Em especial na sociedade de economia mista, o interesse público retratado nessas disposições constitucionais, legais e estatutárias deve conviver com interesses legítimos dos acionistas minoritários e que, naturalmente, buscam a todo custo a maximização dos resultados financeiros. É que a sociedade de economia mista, nos dizeres de Caio Tácito, alberga “um conflito latente entre dois polos de interesse, ou seja, entre a permanência do acionista estatal, inerente à própria natureza da companhia de economia mista e a flutuação dos acionistas privados minoritários, precipuamente atraídos pela rentabilidade das ações e suas cotações bursáteis”.¹⁵⁰

Já para Mário Engler Pinto Júnior, “[a] presença de acionistas privados no capital da empresa estatal não altera a natureza e a intensidade do respectivo interesse público” Também por isso, ainda segundo o doutrinador, a diferença entre a empresa pública e a sociedade de economia mista “reside na forma de conciliar o interesse público com a finalidade lucrativa inerente ao tipo societário ou, mais especificamente, na fixação de um limite ao sacrifício da lucratividade da companhia para o cumprimento de sua missão pública”¹⁵¹

De fato, se de um lado a empresa estatal não pode deixar de perseguir o interesse público que empolga sua atuação empresarial, de outro, o cotejo e a conciliação desse interesse público com interesses privados dos minoritários é condição imprescindível para a sobrevivência da sociedade de economia mista como modelo de captação de recursos

¹⁵⁰ TÁCITO, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais. **Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)**. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997a, p. 696.

¹⁵¹ PINTO JÚNIOR, 2013, p. 233.

privados em prol do interesse público. Trata-se, pois, a de um imperativo instrumental e necessário à própria realização do interesse público.

Atento a essa circunstância, o legislador não ficou inerte, procurando mitigar esse potencial conflito com a instituição de garantias em prol dos acionistas minoritários. É o caso do §1º do artigo 4º da Lei n. 13.303/2016, que prevê que “[a] pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação”.¹⁵² A responsabilidade do Estado, como acionista controlador, é igualmente prevista no artigo 15 da Lei n. 13.303/2016, segundo o qual “[o] acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá pelos atos praticados com abuso de poder, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976”.

São diversas as hipóteses de abuso de poder enumeradas no artigo 117 da Lei n. 6.404/1976 e que, de maneira geral, retratam a vinculação do acionista controlador, que no caso é o Estado, ao objeto social da companhia, sendo-lhe vedado atuar para favorecer indevidamente interesse próprio ou de terceiro em prejuízo dos demais acionistas. É interessante notar que, antes mesmo do artigo 17 da Lei n. 13.303/2016 delimitar os requisitos a serem observados pelo controlador nomeação de administradores das empresas estatais, a alínea *d* do §1º do 117 da Lei n. 6.404/197 já caracterizava como abuso de poder “eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente”.

Os dispositivos legais denotam que a empresa estatal não pode simplesmente descurar das regras da boa gestão na administração da companhia e nem tampouco desconsiderar os direitos e garantias legalmente estabelecidos em favor dos acionistas minoritários. O interesse público da empresa estatal, é certo, nunca será a mera lucratividade desprovida de outros objetivos de maior relevância e que justifiquem esse tipo de intervenção, mas também não se pode dizer que haja alguma incompatibilidade apriorística entre o interesse público que fundamenta a concepção da empresa estatal e o interesse privado que motiva o aporte de recursos em sociedades de economia mista a título de investimento privado.¹⁵³

¹⁵² O dispositivo repisou disposição praticamente idêntica constante do artigo 238 da Lei n. 6.404/1976, segundo o qual “[a] pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

¹⁵³ A esse respeito, preleciona Calixto Salomão Filho “nem sempre esses objetivos [público e privados] são divergentes, sobretudo quando a política planejadora se traduz em investimentos de infraestrutura e de longo prazo. Exemplo interessante de convergência e ao mesmo tempo demonstração de peculiaridade do interesse ao lucro na empresa estatal ou de economia mista está na recente descoberta (anunciada em novembro de

Assim não havendo porque reputar como inconciliáveis os interesses públicos e privados dos acionistas na sociedade de economia mista, também não se pode considerar que a persecução de uma atuação lucrativa seja, por si só, incompatível com a finalidade de interesse público que empolga a empresa estatal. Pelo contrário, nenhuma empresa inserida em ambiente concorrencial, seja ela estatal ou privada, pode descurar da lucratividade, sob pena de inviabilizar a própria sobrevivência no mercado, pelo que ambas visam o lucro.

O ponto é que, como já o dizia Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em 1965, “as sociedades de economia mista distinguir-se-iam das demais sociedades mercantis na medida em que, nelas, o ânimo lucrativo vir-se-ia coarctado pelo interesse coletivo, num grau mais acentuado do que o é nas demais espécies societárias”.¹⁵⁴ Ainda, nos dizeres de Mário Engler Pinto Júnior, “[n]a companhia controlada totalitariamente pelo Estado, a obtenção de resultado positivo tem em mira precipuamente assegurar a preservação da empresa enquanto unidade produtiva, o que pressupõe normalmente autossuficiência financeira”.¹⁵⁵

Seguindo essa linha, a lucratividade da empresa estatal e a sua persecução constituem objetivos imprescindíveis não só para atrair e remunerar os investimentos privados, como também e principalmente para garantir a sustentabilidade financeira de suas atividades e, por conseguinte, da realização da finalidade de interesse público que motiva a sua atuação tanto na exploração de atividade econômica, quanto na prestação de serviço público, daí porque seu ânimo lucrativo seria coarctado pelo interesse público.¹⁵⁶

Note-se que tal compreensão não impede a persecução do interesse público, mas de certo modo limita as alternativas à disposição do administrador, obstando o manejo da companhia sem qualquer consideração em relação ao retorno do capital investido pelos

2007) do campo de Tupi pela Petrobrás [...] A empresa estatal, no caso a Petrobrás, realizou as pesquisas em cumprimento a seu objetivo (público) de buscar autossuficiência energética brasileira. Ao fazê-lo através de um investimento de longo prazo acabou por criar enorme perspectiva de rentabilidade futura, cumprimento também seu objetivo capilatístico” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 191).

¹⁵⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O conceito jurídico de sociedade de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 79, p. 1-22, 1965, p. 9.

¹⁵⁵ PINTO JÚNIOR, 2013, p. 319.

¹⁵⁶ Sobre a persecução do lucro nas empresas estatais, mostram-se oportunas as ponderações de Jacintho Arruda Câmara: “[a] empresa estatal, ao operar com margem de lucro, poderá alavancar recursos para a destinação pública à qual está atrelada. O lucro poderá ser reinvestido na expansão ou melhoria das atividades desempenhadas pela empresa. Será a perspectiva de lucro que, por outro lado, viabilizará a captação de investimentos junto a instituições financeiras ou a investidores no mercado de capitais. Ao invés de comprometer o orçamento, o Estado capta recursos para o setor ofertando a lucratividade da atividade desempenhada por sua empresa aos investidores/financiadores” (CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 30, maio/junho/julho, 2012, p. 8).

acionistas minoritários, o que poderia inclusive inviabilizar a sociedade de economia mista como modelo de captação de recursos privados em prol do interesse público.¹⁵⁷

Como ferramenta de conformação de interesses aparentemente conflitantes e de subsistência da empresa como unidade produtiva, é intuitivo que a lucratividade da empresa estatal não favorece, apenas, o interesse privado dos minoritários ou mesmo o interesse secundário da Administração Pública. Além de refletir esses interesses, a lucratividade, como objetivo instrumental à realização do interesse público, também integra o interesse do Estado como acionista controlador.¹⁵⁸ Deixar de perseguir a lucratividade, sob esse prisma, é prejudicar a própria atividade empresarial do Estado, retirando-lhe eficiência e sustentabilidade econômico-financeira de longo prazo, o que não se coaduna nem com os princípios que regem a prestação do serviço público e nem com os princípios que norteiam a exploração estatal de atividade econômica em sentido estrito.

À empresa estatal cumpre, portanto, orientar-se à realização do interesse público que condiciona e legitima sua atuação, atendendo aos seus interesses secundários e aos interesses privados dos acionistas minoritários na exata medida em que esses interesses não obstaculizem e sejam instrumentais à realização de sua finalidade precípua. Como condição necessária ao atendimento dessa finalidade, apregoa Mário Engler Pinto Júnior, interesses aparentemente conflitantes devem ser reconciliados “pelas estruturas procedimentais internas, mediante o arbitramento da margem de lucro ideal, sem necessariamente suprimi-la nem

¹⁵⁷ Nesse mesmo sentido, em julgado paradigmático, a Comissão de Valores Mobiliários decidiu pela responsabilização do Estado de São Paulo com pena de multa pela não observância dos deveres fiduciários de acionista quando permitiu a captação gratuita de água de reservatório da EMAE pela SABESP em prejuízo daquela companhia. Na ocasião, prevaleceu a compreensão de que “[a] Lei dá ao ente estatal controlador a faculdade de orientar as companhias que controla de acordo com o interesse público que justificou a criação da respectiva companhia. Não há nessa faculdade qualquer autorização legislativa para desrespeitar os direitos e interesses dos demais acionistas, tampouco uma isenção para que o ente público controlador ou as companhias por ele controladas deixem de cumprir qualquer parte da regulamentação típica de uma sociedade anônima de capital aberto” (CVM, PAS nº RJ2012/1131, Relatora: Diretora Luciana Dias, Órgão Julgador: Colegiado, Julgado em 26/05/2015).

Noutra oportunidade, a Comissão de Valores Mobiliários responsabilizou a União, aplicando-lhe penalidade de multa por exercer direito de voto em benefício próprio e desconsiderando conflito de interesses, ao votar na assembleia geral extraordinária das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS pela renovação de contratos de geração e transmissão de energia elétricas celebrados por ela própria enquanto poder concedente e em prejuízo da companhia (CVM, PAS nº RJ2013/6635, Relatora: Diretora Luciana Dias, Órgão Julgador: Colegiado, Julgado em 26/05/2015).

¹⁵⁸ Sobre a conformação de ambos os interesses estatais – o interesse público primário e o interesse secundário – cabe destacar a concepção de Renato Alessi, tal como sintetizada por Celso Antônio Bandeira de Mello: “o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 66).

maximizá-la, para que a empresa estatal também tenha capacidade financeira para implementar as políticas públicas compreendidas no objeto social”.¹⁵⁹

2.4 EMPRESA E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA CONSTANTE TENSÃO ENTRE EFICIÊNCIA E LEGALIDADE

O exame das circunstâncias históricas que motivaram o surgimento e a expansão do empreendedorismo estatal e a formação do regime jurídico das empresas estatais até o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 13.303/2016 evidencia que o emprego da técnica empresarial pelo Estado brasileiro desde sempre objetivou flexibilizar o regime jurídico de direito público, permitindo que o Estado desenvolvesse determinadas atividades que exigiam uma desenvoltura característica das empresas privadas.

Foi justamente por meio da aproximação da Administração Pública com o direito privado que o Brasil, em um primeiro momento, logrou suprir necessidades estratégicas do país, com a implementação de indústrias de base que aceleraram o desenvolvimento da indústria nacional. O modelo também viabilizou o financiamento desses projetos de interesse público por meio da captação de recursos privados em contrapartida a participações minoritárias em sociedades de economia mista. Enfim, a atuação através de empresas estatais contribuiu para impulsionar o setor produtivo e para compensar, em alguma medida, as deficiências estruturais de um capitalismo de industrialização tardia.

Bem ou mal, hodiernamente, as empresas estatais ainda representam uma parcela considerável da economia brasileira, exercendo atividades voltadas ao suprimento de bens e serviços básicos cuja oferta ainda exige algum grau de intervencionismo do Estado, seja através da prestação de serviços públicos direta ou indiretamente, seja mediante a exploração

¹⁵⁹ PINTO JÚNIOR, 2013, p. 320.

O incremento dos mecanismos de controle para resguardar os interesses dos acionistas majoritários e minoritários não é uma necessidade exclusiva das sociedades de economia mista. Trata-se de um imperativo decorrente da pulverização dos interesses envolvidos na direção da sociedade anônima, fruto do distanciamento entre a propriedade acionária e o controle da sociedade anônima. O fenômeno foi objeto do estudo clássico dos professores Adolf Berle e Gardiner Means, intitulado a *Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada* (*The Modern Corporation and Private Property*) de 1932, de onde se extrai o pertinente excerto: “É tradicional que uma companhia deve trabalhar em benefício de seus proprietários, os acionistas, e a eles devem ser destinados todos os lucros distribuídos. Mas hoje sabemos que um grupo de controle pode deter o poder de desviar os lucros para os próprios bolsos. Não há mais nenhuma certeza de que uma companhia funcionará de fato com vistas aos interesses dos acionistas. A grande separação entre propriedade e controle, mais o fortalecimento dos poderes de controle, fez surgir uma nova situação que exige uma decisão quanto ao emprego de uma pressão social ou legal que assegure o funcionamento da sociedade anônima, com vistas principalmente aos interesses dos ‘proprietários’, ou com vistas aos interesses de um outro grupo, ou de um grupo maior” (BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 261).

de atividade econômica em monopólio ou em ambiente concorrencial ou, ainda, no desenvolvimento de atividades instrumentais à Administração Pùblico e de fomento à pesquisa e à inovação.

É voz corrente que as empresas estatais são menos eficientes que as empresas privadas. Também há quem diga que “[a] empresa privada pode ser tão ou mais ineficiente quando atua em mercados concentrados não sujeitos à contestação”.¹⁶⁰ A análise empírica sobre o mérito dessas assertivas escapa ao objeto deste estudo e constitui matéria afeta às chamadas ciências sociais aplicadas.¹⁶¹ O fato é que qualquer comparação entre a eficiência das empresas estatais e privadas deve considerar que esses modelos organizacionais não albergam os mesmos interesses e nem pretendem atingir às mesmas finalidades.

Divergências ideológicas à parte, não há como ignorar que as empresas estatais constituem um modelo organizacional constitucionalmente admitida em prol da Administração Pública e, mais do que isso, uma necessidade para o exercício da função administrativa, sobremodo quando comparadas a outros modelos de descentralização administrativa contemplados no nosso ordenamento jurídico, como as autarquias e fundações. Por essa razão, mostra-se pertinente delinejar as razões que ainda motivam e legitimam a utilização dessa técnica organizacional de atuação do Estado em pleno Século XXI.

Para tanto, rememore-se que o modelo de Administração Pública que prevaleceu na Europa continental a partir de premissas teóricas do Estado Liberal pós-revolução francesa e que se seguiu no Brasil ao longo do Século XX, caracteriza-se pela sua organização fortemente centralizada e pela hierarquização. Era o Estado considerado em sua unicidade como grande homem – ou leviatã – cujos órgãos, desprovidos de personalidade jurídica própria, acumulavam tarefas sem qualquer grau de autonomia.¹⁶² Max Weber, notável teórico do modelo burocrático, destacava o caráter hierárquico do modelo burocrático que pautou organizações públicas e privadas na primeira metade do Século XX:

¹⁶⁰ PINTO JÚNIOR, 2013, p. 60.

¹⁶¹ Existem estudos que defendem a maior eficiência da empresa estatal, a exemplo da Nota Técnica n. 189/2018 do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE. Cf. DIEESE. **Empresas estatais e desenvolvimento:** considerações sobre a atual política de desestatização. São Paulo: DIEESE, 2018. De todo modo, o fato de algumas empresas estatais atuarem de forma mais ou menos rentável do que suas correlatas do setor privado não significa que a técnica empresarial não agregue eficiência ao setor público e não tampouco que este não seja necessário à realização de objetivos estratégicos. A eficiência das empresas estatais encontra-se intimamente relacionada à realização dos objetivos de interesse público que justificam a sua existência, razão pela qual, diferentemente das empresas privadas, a eficiência de uma estatal não pode ser mensurada por critérios meramente econômicos. Para uma análise mais abrangente sobre a eficiência das empresas estatais, consulte-se: FIDALGO, 2017, p. 221 e ss.

¹⁶² Cf. PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel. **Em busca do acto administrativo perdido.** 1^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 40.

Os princípios de hierarquia de cargos e de diversos níveis de autoridade implicam um sistema de sobre e subordinação ferreamente organizado, onde os funcionários superiores controlam os funcionários inferiores. Este sistema permite que os governados possam apelar, mediante procedimentos pré-estabelecidos, a decisão de uma repartição inferior à sua autoridade superior. Um alto desenvolvimento do tipo burocrático leva a uma organização monocrática da hierarquia de cargos.¹⁶³

O advento do Estado Social no limiar do Século XX trouxe consigo o incremento quantitativo e qualitativo das responsabilidades acometidas ao Estado, que passa a desempenhar uma plêiade de atividades prestacionais antes relegadas aos agentes privados.¹⁶⁴ Para Odete Medauar, esse movimento acarretou profundas repercussões na organização administrativa, de sorte que “[à] concepção de Administração unificada, típica do século XIX, seguiu-se a Administração desagregada, a ponto de suscitar dúvidas quanto à sua controlabilidade pelo poder central; da imagem de uma pirâmide para cada ministério passou-se à imagem de uma rede ou rede de pirâmides”.¹⁶⁵

Por mais paradoxal que possa parecer, o recurso a meios de atuação eminentemente privados pela Administração Pública é consequência direta da publicização de diversos campos antes reservados à iniciativa privada e que, no Estado Social, passaram a figurar como atribuições da Administração prestacional.¹⁶⁶ A expansão das necessidades públicas sob a incumbência Estado, que passou a arvorar-se em atividades antes exercidas somente por particulares, impulsionou o recurso a técnicas eminentemente privadas, que se tornaram necessárias para viabilizar o desenvolvimento dessas atividades.¹⁶⁷

¹⁶³ WEBER, Max. **O que é a burocracia?** Brasília: Conselho Federal de Administração – CFA, 2014, p. 10.

¹⁶⁴ Nas palavras de Vasco Manuel Pereira da Silva, “a Administração, até então, apenas considerada como agressiva dos direitos dos particulares, vai ser entendida como o principal instrumento de realização das novas funções e de satisfação das novas necessidades que são, agora, atribuídas ao Estado. Assim, a Administração passa de agressiva a prestadora ou constitutiva, e essa sua nova função tornou-se a principal característica do Estado social, que é, necessariamente, um Estado de Administração” (SILVA, 2016, p. 74). Atualmente, já se fala em um Estado Pós-Social, como superação à crise do Estado Social (prestacional), que se revelou incapaz de atender a todos os anseios e à evolução da sociedade. O Estado Pós-Social trouxe consigo um reequacionamento do papel do Estado na sociedade, assim como a necessidade de proteção integral e eficaz do indivíduo perante toda e qualquer forma de poder. No âmbito do Direito Administrativo, “produz-se uma alteração lógica da atividade administrativa, que deixou de estar orientada unicamente em função da resolução pontual de questões concretas (quer se tratasse de uma agressão quer de concessão de uma prestação) para se tornar conformadora da realidade social” (SILVA, 2016, p. 127).

¹⁶⁵ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 145.

¹⁶⁶ Cf. SILVA, 2016, p. 104.

¹⁶⁷ É a colocação de Fábio Konder Comparato:

“Sem querer repisar fatos universalmente conhecidos, a substituição do Estado liberal pelo Estado social não acarretou, como se imaginava a princípio, uma simples ‘publicização’ do direito privado, mas também uma ‘privatização’ do direito público. De um lado, o Estado passou a lançar mão de típicos instrumentos privados – como a sociedade mercantil e a empresa capitalista, de modo geral – para desempenhar suas novas funções sociais” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 137).

No final dos anos de 1970, difundiu-se a ideia de que a atuação isolada da Administração Pública era insuficiente para atender às demandas do Estado Social, principalmente quando essa atuação ocorria por intermédio de técnicas tradicionais da Administração burocrática. Os novos desafios lançados a partir da constatação da incapacidade do Estado Social para atingir seus objetivos sociais deflagraram um movimento em defesa da racionalização dos métodos da gestão pública, como forma de agregar eficiência ao exercício da função administrativa e propiciar, por via de consequência, a diminuição do peso do Estado. Esse movimento impulsionou ainda mais a tendência de utilização de mecanismos de direito privado no exercício da função administrativa.¹⁶⁸

É a proliferação de ideias relacionadas à chamada Administração Gerencial, capitaneada no final da década de 1980 pelo movimento conhecido como *New Public Management*. O *New Public Management* defendia a necessidade de dotar a gestão pública de uma racionalidade pragmática¹⁶⁹, mais flexível e focada em atingir resultados concretos, em detrimento da racionalidade puramente teórica e a rigidez procedural que marcaram a Administração burocrática. Tratava-se de uma nova concepção econômica e social de gestão pública que, mais cedo ou mais tarde, repercutiu na evolução teórica do direito administrativo e do emprego de instrumentos de direito privado pela Administração.¹⁷⁰

Em paralelo, todas as áreas do direito foram influenciadas pelo chamado neoconstitucionalismo, que prega a busca pela efetividade e eficácia imediata dos direitos fundamentais de matriz constitucional; convertendo-se em um constitucionalismo de resultado que se propõe a superar um constitucionalismo meramente programático¹⁷¹ e que, de acordo

¹⁶⁸ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a forma burocrática de organização, porque aplicada, indistintamente, a todas as atividades do Estado, mesmo as de natureza social e econômica, acabou por contribuir para a ineficiência do Estado na prestação de serviços, ineficiência essa agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira que tiveram que enfrentar especialmente os países da América Latina” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12).

¹⁶⁹ Emerson Gabardo aponta a ideia de legitimação pragmática, por resultados, como elemento comum às teorias da *public choice*, agente-principal e gerencialismo propriamente dito, que constituem as três correntes teóricas que se relacionam com a racionalidade gerencial como reação à racionalidade burocrática (GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 48).

¹⁷⁰ Registre-se que o modelo gerencial não deve ser tido como evolução natural do modelo racional-burocrático. Trata-se de perspectivas diferentes, cada qual com suas vantagens e desvantagens, sendo que ambos propugnam a implementação de mecanismos que agreguem eficiência da Administração Pública. Irene Patrícia Nohara assinala que “[n]ão se confunde a burocacia com o burocratismo. Deve-se, portanto, tentar não empregar o sentido científico da burocacia em seu sentido vulgar. A burocacia não é avessa à eficiência. O burocratismo, proveniente da deturpação do modelo burocrático, é que provoca, no fundo, as ineficiências que são arraigadas historicamente no tecido e nas práticas organizacionais” (NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contrato Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 287).

¹⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 231, jan./mar. 2003, p. 141.

com Luís Roberto Barroso, tem “como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional”.¹⁷²

Não é à toa que esse movimento de valorização de resultados coincidiu com o neoconstitucionalismo. A busca pela efetividade, tanto na interpretação de normas constitucionais pelo Poder Judiciário, quanto no exercício da função administrativa pela Administração Pública, constitui a faceta de um pensamento pragmático, que visa concretizar os direitos dos administrados, inaugurando uma lógica eficientista no exercício das funções estatais. Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “ao se considerar a importância de se aferir o resultado da ação estatal, notadamente na administração pública, torna-se imprescindível aditar [aos atos do Poder Público] a característica finalística da eficiência”.¹⁷³

Nesse novo cenário, a legitimidade da Administração Pública não mais repousa exclusivamente na ideia de um interesse público puramente teórico, devendo atender a imperativos de eficiência e efetividade na implementação de políticas públicas como forma de se legitimar perante a sociedade.¹⁷⁴ Jacques Chevalier pontua que esse déficit de legitimidade “coincide com a exaltação dos valores da empresa; enquanto a gestão pública aparece sinônima de lentidão e de burocratização, gestão privada significa dinamismo e inovação. A partir daí o público é intimado a emprestar receitas de boa gestão do privado: conviria adaptar à cultura administrativa o *know-how* do privado”.¹⁷⁵ O direito privado e as técnicas empresariais passam, então, a ser vistos em perspectiva instrumental como uma alternativa adequada à persecução da efetividade dos princípios constitucionais pela Administração.

Na esteira da exaltação das técnicas empresariais e da busca por resultados, seguiu-se um fenômeno de “privatização” dos meios utilizados no exercício da função administrativa,

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62.

¹⁷³ MOREIRA NETO, 2003, p. 141.

¹⁷⁴ Jacques Chevalier assim sintetiza a ruptura do dogma do interesse geral na pós-modernidade: “A mera invocação do interesse geral não é mais suficiente; ainda é necessário que a gestão pública comprove a sua eficácia. O interesse geral se encontra, assim, superado, mesmo substituído, pelo tema da eficácia. Assim ocorrendo, a administração tende a passar de uma legitimidade extrínseca, decorrente de sua pertinência ao Estado, a uma legitimação intrínseca, fundada sobre a análise concreta de sua ação: sua aptidão para gerir melhor os meios de que ela dispõe, visando a obter a melhor eficácia” (CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 84).

Emerson Gabardo considera que, nesse movimento, “a inversão da racionalidade é patente, pois se passa a afirmar ‘o caráter privado’ de forma dogmática, a fim de exigir do ‘caráter público’ continua justificação. Sob o fundamento de revalorização da sociedade, ressalta-se o seu descompasso com o Estado, colocando este sob uma ‘luz negativa’, haja vista sua inadequação à lógica privada” (GABARDO, 2002, p. 61).

¹⁷⁵ CHEVALIER, 2009, p. 85. Para uma crítica à fuga para o direito privado e ao culto à empresa privada, veja-se: GABARDO, 2002, p. 60.

com a utilização de institutos de direito privado pela Administração Pública, no que se passou a designar como uma “fuga para o direito privado”.¹⁷⁶

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o direito administrativo enfrenta duas tendências opostas: de um lado, a chamada fuga para o direito privado e, de outro, a constitucionalização. Essas duas tendências colocam o direito administrativo entre o direito público e o direito privado”¹⁷⁷ Luís Roberto Barroso, por sua vez, considera essa “fuga” para o direito privado e a constitucionalização do direito administrativo facetas de um fenômeno, que, em suas palavras, “não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público/direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa”.¹⁷⁸

É também sob esse viés que Paulo Otero vislumbra na chamada “fuga” para o direito privado uma manifestação do desenvolvimento contraditório do direito administrativo ao longo do Século XX, que ampliou as limitações à atuação da Administração Pública para resguardar as garantias do particular (constitucionalização), ao mesmo tempo em que a Administração Pública procurou escapar dessas mesmas limitações submetendo-se, em variados setores, aos princípios e regras do direito privado (fuga para o direito privado).¹⁷⁹

Independentemente de suas motivações, a tendência de utilização de institutos de direito privado impactou diretamente nas formas de organização da Administração Pública¹⁸⁰ e, especificamente, em relação à atuação do Estado por meio de suas empresas, sobremodo em suas relações com particulares.¹⁸¹ Nesse aspecto, Vasco Manuel Pereira da Silva adverte

¹⁷⁶ Para maior aprofundamento no tema, consulte-se: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado:** contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, Universidade Federal Fluminense, ano 2, n. 2, v. 1. jul./dez. 2016, p. 208.

¹⁷⁸ BARROSO, 2012, p. 50.

¹⁷⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2017, p. 283.

Entretanto, mais adiante, Paulo Otero admite que “sendo o ordenamento jurídico-privado, em especial, o Direito Comercial, o Direito típico ou comum regulador da actuação empresarial, não se pode dizer que sempre que o Estado adopta uma forma privada na sua intervenção empresarial estará a ‘fugir’ do Direito Administrativo para o Direito Privado” (OTERO, 2017, p. 798).

¹⁸⁰ SILVA, 2016, p. 104.

¹⁸¹ Maria Paula Dallari Bucci elenca as parcerias como parte desse fenômeno:

“Entre essas novas manifestações do direito administrativo estão as chamadas ‘parcerias’, termo que reúne figuras criadas no âmbito das relações empresariais, sob a égide do direito civil e comercial, e ingressam no universo das relações administrativas, tais como a terceirização, a franquia etc. Na verdade, há um movimento pendular que a Administração faz entre formas peculiares de direito público e institutos criados pelo direito privado. De tempos em tempos, o direito administrativo vai novamente beber nas fontes do direito privado, onde renova seu contato com as formas e procedimentos forjados pela realidade cotidiana das

que “[e]sta nova ‘Administração Pública sob forma privada’ tanto pode ser determinada por objectivos de maior eficácia na realização de certos fins públicos, como por objectivos ‘menos nobres’ de fuga aos controlos a que estão submetidas as entidades administrativas”.¹⁸²

Em face desse cenário e na linha da advertência de Pereira da Silva, não é difícil antever um risco substancial de subversão do interesse público na utilização de instrumentos de direito privado, notoriamente menos restritivos ao exercício da função administrativa. Esse risco decorre da mitigação dos controles impostos pelo regime jurídico de direito público para resguardar os princípios da Administração Pública, eis que “focar exclusivamente no resultado, flexibilizando os controles, como se propugna numa vertente *de new public management*, é medida que não deixa de oferecer grandes riscos no contexto de um país em desenvolvimento e com alto índice de percepção de corrupção”.¹⁸³

Todas essas circunstâncias devem ser levadas em consideração, impondo-se a adoção de limitações compatíveis com essa nova forma de atuação da Administração Pública, tal como o fez a Lei n. 13.303/2016 ao consagrar diversas disposições pertinentes à governança e controle das empresas estatais. Nesse sentido, torna-se necessário conciliar o recurso ao direito privado com o exercício da função administrativa, mitigando o risco de desvio de finalidade, através de mecanismos de controle mais adaptados a esse tipo de atuação estatal.¹⁸⁴ O que não se pode conceber, principalmente à luz de outros princípios administrativos, dentre os quais o princípio da eficiência, é o afastamento *a priori* de institutos de direito privado que exercem função instrumental à efetiva realização do interesse público.

A despeito das divergências doutrinárias que há décadas opõem o modelo racional burocrático¹⁸⁵ e o modelo gerencial de Administração Pública¹⁸⁶, a eficiência no exercício da

relações privadas”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27).

¹⁸² SILVA, 2016, p. 104.

¹⁸³ NOHARA, 2014, p. 287.

¹⁸⁴ Em sentido análogo, Vasco Manuel Pereira da Silva considera que “outro dos desafios que actualmente se colocam ao direito e à Ciéncia do Direito Administrativo, consista na tentativa de conciliação das exigências de flexibilidade e de eficácia na prossecução de fins públicos, que estiveram na base de escolha de fórmulas organizatórias jurídico-privadas, com as exigências de fiscalização adequada por parte de instâncias administrativas e jurisdicionais, a qual é indispensável por se tratar do exercício de funções administrativas de caráter público (ainda que sob forma privada)” (SILVA, 2016, p. 104).

No mesmo sentido, confira-se: OTERO, 2017, p. 802.

¹⁸⁵ Alécia Bicalho assinala os aspectos positivos do modelo burocrático na experiência brasileira:

“A fase do Estado-Administrativo foi fundamental para a evolução da gestão pública brasileira, na implantação de técnicas de gestão e de organização da Administração Pública Burocrática, no modelo weberiano, que profissionaliza, dá parâmetros de gestão de pessoal, enfim, implanta processos organizados para atingir objetivos determinados. A Administração Pública Burocrática, primeiro modelo estruturado de Administração Pública no Brasil, surgiu no Governo Militar e se desenvolveu na ditadura, chegando a ser considerada a melhor burocracia estatal da América Latina, com núcleos ótimos mobilizados na Administração Pública Federal” (BICALHO, Alécia. A Ressignificação da eficiência nas empresas estatais à

função administrativa, em qualquer desses modelos, mantém-se como um parâmetro ideal a ser perseguido pela Administração Pública para a realização de seus objetivos, inclusive consagrado pela doutrina administrativa antes mesmo de sua positivação constitucional. Fernando Menezes de Almeida sintetiza essa compreensão ao afirmar que “integra a validade constitucional da ação administrativa a busca da eficiência” como um dos grandes modelos teóricos da evolução da Teoria do Direito Administrativo no Brasil.¹⁸⁷

Com a Emenda Constitucional n. 19/1998, o princípio da eficiência, que já estava contemplado no Decreto-Lei n. 200/1967¹⁸⁸, foi alçado ao patamar de princípio constitucional da Administração Pública encartado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.¹⁸⁹ Embora não esteja imune a controvérsias, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência é bem delineado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível de boa administração dos interesses públicos¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Luz da lei 13.303/2016. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Orgs.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 81).

¹⁸⁸ Uma perspectiva favorável à Administração Gerencial é apresentada em: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996.

¹⁸⁹ E prossegue, afirmando que “[s]ão componentes desse modelo o reconhecimento de um direito (fundamental) à boa administração; a adoção de instrumentos, em regra testados no âmbito da atividade empresarial privada, visando melhorar o desempenho da administração pública (atualmente, em especial, a técnica de administração gerencial); a profissionalização da administração; e a aplicação de regras jurídicas, mais comuns nas relações entre indivíduos ou empresas privadas, também para a administração (o que alguns dirão ‘fuga para o direito privado’)” (ALMEIDA, Fernando Menezes. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 410).

¹⁹⁰ Sobre o dever de eficiência, extrai-se da lição de Hely Lopes Meirelles:

“Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica. A técnica é, hoje, inseparável da Administração e se impõe como fator vinculante em todos os serviços públicos especializados, sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência” (MEIRELLES, 2011, p. 109).

¹⁹¹ Para além do artigo 37, Eurico Bitencourt Neto registra que a eficiência está presente em outros preceitos constitucionais, como o artigo 70, que dispõe sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial da União pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas, a partir de critérios de economicidade, além do controle interno exercido também previsto no inciso II do artigo 74, para comprovar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 156).

¹⁹² MOREIRA NETO, 2005, p. 107. Também para Carolina Fidalgo, “o conceito de eficiência aplicável à escolha da medida intervintiva é o de custo-benefício, já que se trata da escolha dos meios para a concretização das finalidades que o ordenamento jurídico coloca para o Estado” (FIDALGO, 2017, p. 142). Para um exame do direito fundamental à boa administração no contexto da União Europeia, consulte-se:

O princípio da eficiência, portanto, reflete um dever de otimização quanto aos meios a serem empreendidos pela Administração para a consecução de suas finalidades públicas (maximização de resultados).¹⁹¹ A finalidade é definida em lei, assim como os meios também devem encontrar respaldo no ordenamento jurídico, muito embora seja completamente inviável que a lei anteveja exaustivamente os meios mais adequados (eficientes) para cada caso concreto.¹⁹² Administração eficiente, sob esse enfoque, é aquela que, dentre as alternativas disponíveis no ordenamento jurídico, emprega os meios mais adequados à satisfação do interesse público (finalidade) subjacente a determinada atividade, com o menor dispêndio de recursos públicos.

De fato, tal como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹³, o princípio da eficiência administrativa retrata uma manifestação do princípio da boa administração, amplamente consagrado no direito continental europeu e que significa “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.¹⁹⁴

No campo da prestação de serviços públicos, o princípio da eficiência ganha maior relevo como dever instrumental à realização dos princípios característicos dessas atividades, em especial da adaptabilidade, universalidade, continuidade e modicidade tarifária e, em

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Trad. de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁹¹ Todas essas características evidenciam a natureza principiológica da eficiência, sobremodo quando se considera os princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129).

¹⁹² Como alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito” (DI PIETRO, 2014, p. 85). Do mesmo modo, destaca Emerson Gabardo que “[n]o espaço da vinculação, a importância do princípio da eficiência é aplacada pela preponderância dos princípios da legalidade e da finalidade. Sendo assim, é notadamente no campo da discricionariedade que a inclusão expressa do princípio da eficiência, vem, no bojo de uma hermenêutica mais adequada, ultrapassar as barreiras da impossibilidade de sindicabilidade total dos atos administrativos” (GABARDO, 2002, p. 129).

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 126.

¹⁹⁴ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de política administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 312. No ponto, vale o alerta de Eurico Bitencourt Neto, de que “[m]esmo compreendido como sinônimo de boa administração, tal princípio é relacionado à exigência de que a ação administrativa se conduza tendo em vista a realização de uma Administração eficiente e apropriada, ou, em outras palavras, o princípio do bom andamento é articulado com as noções de economicidade e eficácia” (BITENCOURT NETO, 2017, p. 155).

suma, à obrigação de manter um serviço adequado, prevista no inciso III do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal. Mais do que em qualquer outra, na seara dos serviços públicos, pontua Alexandre Santos de Aragão, “todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, *ex vi* do princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma forma razoavelmente eficiente de realização dos objetivos dos serviços públicos”.¹⁹⁵

Sob essa ótica, é interessante notar que a eficiência administrativa não se esgota na racionalidade econômica ou em uma concepção utilitarista de maximização do bem-estar. Como bem assinalado por Eduardo Bitencourt Neto, “a eficiência como princípio da Administração Pública é conceito pluridimensional, englobando, para além da economicidade (relação custo-benefício, otimização de meios), a eficácia (realização adequada de fins prefixados) e a celeridade”.¹⁹⁶ Nas palavras de Jesús Leguina Villa, “a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais” e prossegue:

Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficiência que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.¹⁹⁷

A eficiência administrativa, compreendida à luz desses parâmetros, não se contrapõe ao princípio da legalidade, mas, pelo contrário, pressupõe uma atuação afinada com a finalidade estabelecida em lei, em razão da “a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público”.¹⁹⁸

Em vista dessas especificidades, logo se vê que a pertinência do princípio da eficiência para o exercício da função administrativa se manifesta no exercício das competências discricionárias, eis que, em relação às competências plenamente vinculadas, já houve por

¹⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356.

¹⁹⁶ BITENCOURT NETO, 2017, p. 158.

¹⁹⁷ VILLA *apud* DI PIETRO, 2009, p. 296.

¹⁹⁸ DALLARI, Adilson. Privatização, Eficiência e Responsabilidade. **Revista de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev./mar/abr 2006, p. 9.

parte do legislador um juízo pertinente à eficiência de meios e fins que não pode ser desconsiderado pelo Administrador.¹⁹⁹

Nesse sentido, ao impor a otimização dos meios empregados na persecução da finalidade legal, o princípio da eficiência limita materialmente a discricionariedade administrativa, supondo encarar a noção de discricionariedade²⁰⁰, segundo Juarez Freitas, “como competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais de efetividade do direito fundamental à boa administração pública”.²⁰¹

Percebe-se, assim, que o princípio da eficiência exerce sobre o emprego de instrumentos de direito privado pela Administração Pública, aí compreendida a técnica empresarial, uma dupla função: (i) empresta fundamento jurídico-positivo de validade à utilização desses instrumentos para instrumentalizar a persecução dos interesses públicos subjacentes à prestação de serviços públicos ou à exploração de atividades econômicas; e (ii) serve de parâmetro de controle do exercício de competência discricionária, inclusive para a verificação do desvio de finalidade na utilização desses mesmos instrumentos pela Administração Pública.²⁰²

A verificação dessas circunstâncias pela Administração, em cada caso concreto, exige processo administrativo formal e decisão administrativa devidamente motivada, que explice a pertinência e adequação dos meios para o atingimento da finalidade legal, bem como que garanta a observância aos demais princípios da Administração Pública.²⁰³ Não por outro

¹⁹⁹ Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 135.

²⁰⁰ Em lição que se amolda inteiramente ao contexto brasileiro, Sérvulo Correia acentua essa vinculação positiva da competência discricionária à finalidade legal:

“As normas jurídicas não formam apenas um limite negativo da autonomia pública exercida através de actos administrativos e nem sequer apenas uma base genérica positiva configurada pelo princípio do seu reconhecimento, devendo antes constituir uma base específica e particularizada de cada um dos poderes em que tal autonomia se revela. A autonomia pública conhece, a par dos limites negativos, limites positivos de finalidade, imparcialidade e proporcionalidade” (CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.** Coimbra: Almedina, 2013, p. 779).

²⁰¹ FREITAS, 2012, p. 313. Nota-se que essa compreensão coaduna-se com a ideia de que a discricionariedade é relativa, “no sentido de que, ainda quando a lei haja, e sua dicção, ensanchado certa margem e liberdade para o agente, tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1015).

²⁰² Eduardo Bitencourt Neto também vislumbra essa dupla função da eficiência como fundamento e como critério condicionante do exercício de competência discricionária para o emprego da concertação administrativa interorgânica (BITENTCOURT NETO, 2017, p. 424).

²⁰³ Sob esse viés, Celso Antônio Bandeira de Mello assinala a importância do procedimento em dois objetivos: a) resguarda os administrados, inclusive por meio de controles internos a intimidade da Administração; e b) concorre para uma atuação administrativa mais clarividente. Como faceta desse segundo objetivo, o procedimento administrativo “[c]oncorre para uma decisão mais bem-informada, mais consequente, mais

motivo, como observa Maria João Estorninho, “à medida que a Administração Pública passa a ter ‘uma liberdade jurídica tendencialmente igual à dos privados’, a necessidade de evitar a todo custo o arbítrio e as necessidades de controlo passam a exigir, cada vez mais, esquemas pormemorizados de regras procedimentais”.²⁰⁴

A proceduralização do exercício da função administrativa é, portanto, um imperativo do princípio da eficiência, com a finalidade de racionalizar a tomada de decisão, reduzindo a subjetividade inerente às competências discricionárias para resguardar os princípios da legalidade, imparcialidade e moralidade, bem como para viabilizar o exercício do controle externo sobre os elementos que nortearam a Administração. O ato administrativo resultante do exercício de uma competência discricionária deve observar o devido processo administrativo, bem como assentar-se em motivação formal e materialmente adequada à luz de um imperativo de eficiência, ou seja, de um critério de otimização dos meios a serem empregados para o atingimento da finalidade para a qual essa competência foi instituída.²⁰⁵

Com base no princípio da eficiência e na vinculação das entidades administrativas à legalidade, é que se pode aferir a natureza instrumental do emprego de institutos do direito privado para a consecução de finalidades públicas. Essa instrumentalidade é condição necessária à utilização desses institutos no exercício da função administrativa. A questão é bem sintetizada por Paulo Otero sob a ótica do princípio da proporcionalidade, que opera semelhantemente ao princípio da eficiência no exercício da função administrativa:

a aplicação do Direito Privado nunca poderá deixar de assumir uma natureza instrumental, servindo de meio para uma melhor e mais eficiente prossecução do interesse público, razão pela qual essa opção tem de se pautar pelo princípio da que o recurso às normas deste ramo de Direito representa a solução mais adequada para a prossecução dos fins que em concreto se visam alcançar. Existe um apelo ao princípio da adequação, enquanto expressão específica de um controlo de validade da decisão jurídico-pública de aplicação do Direito Privado à luz do princípio da proporcionalidade.²⁰⁶

Nesse ponto, cumpre rememorar que a exploração de atividades econômicas em sentido estrito e não raro também a prestação de serviços públicos envolve o exercício de uma atividade empresarial, ou seja, de uma atividade econômica em sentido amplo

responsável, auxiliando, assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa, pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrário, toma em conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de outro modo, não seriam, talvez, sequer vislumbrados” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 510).

²⁰⁴ ESTORNINHO, 1999, p. 252.

²⁰⁵ A questão da proceduralização será abordada no Capítulo 5 especificamente no âmbito da formação das parcerias empresariais público-privadas.

²⁰⁶ OTERO, 2017, p. 795.

profissionalmente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, na linha da definição do artigo 966 do Código Civil. A organização profissional de bens e serviços supõe o emprego de instrumentos eficientes para a persecução de sua finalidade. O princípio da eficiência afigura-se, pois, intimamente relacionado à opção pela técnica empresarial.

Na linha dessa compreensão, Pedro Costa Gonçalves anota que “um dos primeiros objetivos da empresarialização consiste no aumento da eficiência da acção pública: ‘melhor acção pública a custos mais baixos’”²⁰⁷. Sofia Tomé D’Alte, adotando posição mais restrita com a qual concordamos, distingue os serviços públicos entre serviços públicos sociais (saúde, educação, cultura, etc..), incompatíveis com a lógica empresarial, e os serviços públicos de interesse geral (abastecimento de água e esgotamento sanitário, distribuição de energia, transporte público, etc..), cuja manutenção reclama o emprego da racionalidade econômica. Para estes últimos, observa a administrativista, “será viável e potencialmente adequada a sua prestação através do exercício da iniciativa econômica pública de natureza empresarial, sempre que possível em concorrência com os demais operadores de mercado”²⁰⁸.

Considerada a busca pela eficiência na exploração de atividade econômica como elemento intrínseco à noção de atividade empresarial, é possível vislumbrar a correlação entre uma finalidade de interesse público que justifica a exploração estatal de determinada atividade econômica em sentido amplo e o emprego da técnica empresarial como meio mais adequado à persecução dessa finalidade.²⁰⁹ É sobre essa correlação entre meios e fins que incide o

²⁰⁷ GONÇALVES, 2005, p. 335.

Ainda, vale destacar a ponderação de Marçal Justen Filho: “A empresa foi o instrumento consagrado a partir da Revolução Industrial para implementar a atividade econômica. A empresa é o meio de organizar a atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade. Isso significa reduzir custos, ampliar as margens de lucratividade. Somente se atinge esse objetivo através de atuação em escala econômica, o que significa padronização e massificação através de atuação em escala econômica, o que significa padronização e massificação na produção e na distribuição das mercadorias e serviços” (JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 2012, abr./jun. 1998, p. 110).

²⁰⁸ D’ALTE, 2007, p. 207.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello tece crítica contundente em relação a essa distinção, eis que relativiza a essência dos serviços públicos, que é a prestação sob regime de direito público. Por esse motivo, prossegue, “noções como ‘serviço público econômicos’, por exemplo (isto é, serviço estatal prestado sob regime fundamentalmente de Direito Privado), não servem para nada. É possível que, talvez, possam interessar a economistas ou polítólogos, mas para a área jurídica seu préstimo é nenhum. Antes, é pior d que nenhum, pois só podem induzir a confusões e causar equívocos aos menos avisados.”. BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 704.

²⁰⁹ Sem embargo, é de se reconhecer que a aplicação do princípio da eficiência, que se inicia com o emprego da técnica empresarial para a realização dos misteres para os quais se revelar adequada, só se realiza com a efetiva implementação de uma gestão eficiente na empresa estatal. São diversos os parâmetros estabelecidos na Lei n. 13.303/2016 para agregar eficiência à atuação da empresa estatal, dentre os quais vale mencionar as normas de governança corporativa e os limites impostos à ingerência do acionista controlador em suas atividades, inclusive estabelecendo requisitos para indicação dos administradores.

princípio da eficiência administrativa, como fundamento suficientemente idôneo a recomendar o emprego da empresa estatal para a intervenção direta do Estado na economia.²¹⁰

Para além do princípio da eficiência administrativa, o emprego da técnica empresarial pelo Estado para exploração de atividade econômica decorre da própria dicção do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, que dispõe sobre a empresa estatal exploradora de atividade econômica como única entidade administrativa capaz de se sujeitar a regime jurídico análogo às empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e sem usufruir de quaisquer privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.

Por outro lado, a exploração de atividade econômica por meio órgãos da Administração direta, autarquias ou fundações não se compatibiliza com os preceitos constitucionais informadores da intervenção do Estado no domínio econômico, em especial com o princípio da isonomia, livre iniciativa e livre concorrência, que impedem que o Estado se valha de entidades dotadas de benefícios e prerrogativas não extensíveis ao setor privado e tanto é assim que impõem às empresas estatais o dever de adotarem regime jurídico análogo ao das empresas privadas.²¹¹

Ao que tudo indica, foi essa a concepção adotada pela Lei n. 13.303/2016, cujo artigo 2º dispôs expressamente que “[a] exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”. Evidentemente, o dispositivo, que impõe o emprego da técnica empresarial no desenvolvimento de atividades econômicas em sentido estrito, apenas dá concretude aos ditames constitucionais, eis que somente a Constituição poderia obstar a edição de outras leis criando autarquias ou fundações para a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

De mais a mais, assim como o princípio da eficiência administrativa se impõe em outras atividades inerentes ao exercício da função administrativa, como a prestação de serviços públicos e o desenvolvimento de atividades instrumentais à Administração, também o emprego da técnica empresarial não se resume à atuação do Estado na exploração de atividade econômica em sentido estrito e à prestação de serviços públicos, podendo estender-

²¹⁰ Em sentido semelhante, Sofia Tomé D’Alte considera que a liberdade de opção pela forma jurídica pública ou privada “estará funcionalizada à obtenção de um específico objetivo: alcançar a máxima eficácia e eficiência possíveis, assim defendendo o interesse público”. (D’ALTE, Sofia Tomé. **A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 402).

²¹¹ De forma mais incisiva, Marçal Justen Filho defende que “[n]ão é permitido que o Estado explore atividade econômica por meio de pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou por via de pessoas privadas de natureza não mercantil” (JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b, p. 40).

se a outros campos do exercício da função administrativa compatíveis com a utilização de regime parcialmente submetido ao direito privado, como é o caso de algumas atividades de apoio à Administração e das atividades de fomento.

Por outro lado, ainda subsiste uma plêiade de atividades administrativas incompatíveis com a utilização de institutos de direito privado pela Administração Pública e, em especial, de formas empresariais. Trata-se daquelas atividades para cujo exercício o Estado necessita valer-se de poderes de autoridade como condição necessária à persecução do interesse público. Nesse campo, o Estado não pode nem deve submeter-se ao regime jurídico da exploração de atividade econômica em sentido estrito, até porque, onde o Estado deve exercer esses poderes, não há que se falar em livre concorrência com igualdade de condições.²¹² Aqui, mais uma vez, reputa-se pertinente analisar o regime jurídico da atividade e não da pessoa que detenha a titularidade da sua prestação.

Repise-se que apenas o Estado detém a titularidade de competências extroversas, ou seja, de poderes-deveres que lhe colocam em posição de supremacia sobre os agentes privados. Na medida em que interferem na esfera jurídica dos particulares, o exercício desses poderes, ao menos em seus elementos definidores, deve se dar em conformidade com o princípio da legalidade e respeitados os limites da competência material atribuída a cada ente federativo pela Constituição Federal. O problema se coloca em relação à possibilidade de delegação do exercício dessas competências a pessoas jurídicas de direito privado, como empresas estatais e empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

Em princípio, desde que por lei editada em observância à competência material do ente federativo, não há maior óbice à delegação de competências que impliquem no emprego de determinados poderes de autoridade em favor de empresa estatal para o exercício de atividades voltadas à realização de direitos fundamentais, que são os serviços públicos. O mesmo pode ocorrer no âmbito do contrato de concessão de serviço público. Também aqui, em relação a esses dois exemplos, o que importa é a atividade sob a qual são exercidas essas competências e não o fato de se tratar de pessoa jurídica de direito público ou privado.

Destarte, é justamente em atenção à natureza da atividade que a delegação de competências extroversas às estatais que atuem exclusivamente na exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial não seria compatível com o disposto no §1º do artigo

²¹² A (in) delegabilidade de poderes de atividade é questão complexa que exige abordam mais aprofundada, destoante dos limites desse estudo. Entretanto, é oportuno tecer algumas considerações relativamente à compatibilidade de determinadas atividades eminentemente publicísticas com o emprego de institutos do direito privado.

173 da Constituição Federal, que não admite o emprego de poderes de autoridade pelo Estado na exploração de atividade econômica em sentido estrito.²¹³

A questão de saber quais espécies de poderes de autoridade seriam compatíveis com a técnica empresarial se resolve pela segregação daqueles atos de autoridade que, por definição, jamais poderiam ser exercidos por modelo organizacional concebido para a exploração de atividade econômica e integrado, ainda que minoritariamente, por agentes privados, como é o caso das empresas estatais.²¹⁴ Dentre as atividades incompatíveis com a técnica empresarial, enquadram-se a atividade regulamentar e sancionatória, ao passo que são as compatíveis as atividades de consentimento e fiscalização, em consonância com o posicionamento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça relativamente ao poder de polícia:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. [...]

2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido.²¹⁵

²¹³ Sobre a pertinência do regime jurídico da atividade, cabe trazer à baila a posição de Carlos Ari Sundfeld:

“O fato de a beneficiária da transferência do poder de polícia ser pessoa constituída no figurino de direito privado é também irrelevante. Os particulares concessionários de serviço público também são entes privados e nem por isso a concessão se inviabiliza. É que não se confundem o regime jurídico da pessoa com o regime da atividade. Empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, no que respeita a essa atividade” (SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer poder de polícia. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, Ano IX, v. 2, p. 98-103, fev. 1993, p. 101).

²¹⁴ Não se descura que a participação privada só se verifica nas sociedades de economia mista. Todavia, parte-se da compreensão de que a distinção entre empresas públicas e sociedades de economia mista revela uma situação meramente transitória e insuscetível de servir de parâmetro para distinguir dois regimes jurídico. Essas duas formas de manifestação do modelo empresarial só se diferenciam pelas especificidades expressamente previstas no ordenamento jurídico. A empresa, como modelo organizacional estruturado em prol exploração de atividade econômica, é naturalmente mais aberta a influência de interesses eventualmente incompatíveis com determinadas atividades que nada tem a ver com a exploração de atividade econômica.

²¹⁵ STJ, REsp 817.534/MG, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgado em 10/11/2009.

Sem embargo, é de se reconhecer que mesmo os poderes de autoridade compatíveis com o modelo empresarial só podem ser exercidos por empresas estatais no âmbito de atividades submetidas a regime jurídico da prestação de serviços públicos. Demais disso, seu exercício deve sempre se dar em consonância com os princípios regentes da atividade fiscalizatória e somente à luz de uma perspectiva instrumental voltada ao exercício dessas atividades especialmente relevantes para a realização de direitos fundamentais.

Admite-se, pois, a possibilidade de delegação e, consequentemente, do exercício de poderes de fiscalização e consentimento como competência instrumental ao desenvolvimento de atividades submetidas a regime jurídico de direito público. Nesses termos, não se entrevê, aprioristicamente, maior incompatibilidade entre a coexistência de institutos oriundos do direito privado, como a técnica empresarial, e o exercício dessas atribuições em uma mesma entidade administrativa. O mesmo não ocorre relativamente à imposição ao poder regulamentar e sancionatório, incompatíveis que são com o emprego da técnica empresarial.

Norteado pelos parâmetros apresentados, o juízo político-administrativo a ser exercido a propósito da pertinência do emprego da técnica empresarial, evidentemente, haverá de ser casuístico, bem como considerar a compatibilidade de institutos oriundos do direito privado com o regime jurídico de prestação de cada atividade. Noutras palavras, deve a Administração Pública e o legislador perquirir, no âmbito dos respectivos juízos político-administrativos, se o modelo empresarial é juridicamente compatível e efetivamente constitui a técnica organizacional mais adequada para agregar eficiência à prestação de serviço público.²¹⁶

Em essência, quando constatada essa relação de pertinência lógica e compatibilidade jurídica entre determinada atividade e o emprego de institutos de direito privado e, mais especificamente, do modelo empresarial, é certo que a utilização desse modelo encontrará fundamento no princípio da eficiência administrativa, encartado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Caso contrário, será forçoso reconhecer o desvio de finalidade na fuga para o direito privado, que consubstancia o vício de legalidade no emprego da técnica empresarial pela Administração Pública ao arrepio da autorização constitucional.

²¹⁶ No contexto português, Sofia Tomé D’Alte distingue entre serviços públicos de caráter econômico e serviços públicos de caráter social para identificar a possibilidade do emprego da técnica empresarial. Para a autora, “no tocante aos serviços públicos de caráter econômico, ainda que com inegável relevância social (daí o seu qualificativo como essenciais ou de interesse geral), poderá afigurar-se adequada a sua exploração através de entidades empresariais, o que acarretará a sua inserção efectiva no SEE [Setor Empresarial do Estado]. Contudo, já no tocante aos serviços públicos sociais, e cuja essencialidade não se questiona, já tal forma de exploração não nos parece adequada” (D’ALTE, 2007, p. 206).

Sem embargo, mais adiante, a autora refere que a lógica que preside os ditos serviços públicos sociais, “[a]pesar de não ser, como vimos, verdadeiramente empresarial mas sim administrativa, nem por isso deverá ser menos racional do ponto de vista da afectação de recursos disponíveis, nem menos comprometida com a obtenção da eficácia e eficiência que seja possível alcançar” (D’ALTE, 2007, p. 208).

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

A empresa, considerada em sua acepção tradicional, é atividade econômica profissionalmente organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Encarada como instituição, a empresa constitui uma entidade organizada para a exploração de atividade econômica. Dessas características, resulta que a técnica empresarial representa o modelo mais adequado para a exploração racional de atividades econômicas profissionalmente organizadas tanto pelos particulares, quanto pelo Estado, eis que concebido com esse desiderato.

O Estado, historicamente, tem se utilizado da técnica empresarial para atender às mais diversas finalidades de interesse público, inclusive para captar de recursos privados para o financiamento de políticas públicas, suprir a falta da iniciativa privada em setores estratégicos para o desenvolvimento nacional e agregar eficiência ao exercício da função administrativa em atividades compatíveis com o modelo empresarial, como a exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial e a prestação de serviços públicos.

Ocorre que o Estado, independentemente de sua forma de atuação, está permanentemente atrelado a uma finalidade – a persecução do interesse público –, bem como submetido aos princípios que limitam e legitimam o exercício da função administrativa. A submissão da função administrativa aos princípios administrativos não significa que a Administração Pública não possa se valer de instrumentos de direito privado. Bem ao contrário, o princípio da eficiência poderá imprimir contornos de vinculação à alternativa empresarial como instrumento necessário à persecução do interesse público no caso concreto.

Para conformar essa atuação empresarial aos lindes da função pública, a Constituição Federal consagrou um regime jurídico híbrido, em parte de direito público, em parte de direito privado, para regular a atuação empresarial do Estado, principalmente quando voltada à exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial. Esse regime caracteriza-se pela maior flexibilidade inerente à sua aproximação com o regime das empresas privadas, o que viabiliza a intervenção do Estado em campos que exigem maior desenvoltura e eficiência. Em contrapartida, é vedado ao Estado valer-se de prerrogativas de direito público como subterfúgio às regras do jogo concorrencial.

Mais recentemente, atendendo às diretrizes estabelecidas no §1º do artigo 173 da Constituição Federal, a Lei n. 13.303/2016 instituiu o regime jurídico próprio às empresas estatais, independentemente da natureza de sua atividade empresarial. O diploma também

tratou da contratação das parcerias em oportunidades de negócio, até então sem regulamentação no ordenamento jurídico pátrio e que refletem a opção estatal por uma técnica tipicamente empresarial como forma de estruturar uma associação entre empresa estatal e empresa privada para a exploração de um empreendimento econômico do interesse de ambas.

O emprego da técnica empresarial reclama a utilização de instrumentos de direito privado em prol do interesse público. O recurso a institutos dessa natureza é legítimo quando se revelar compatível com o regime jurídico de determinada atividade do Estado, bem como suscetível de agregar eficiência ao desenvolvimento dessa atividade. Para tanto, torna-se imprescindível a proceduralização da atuação administrativa como meio de resguardar a racionalidade do emprego de instrumentos de direito privado, bem como para assegurar a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

É a partir desses preceitos constitucionais e legais conformadores da atuação empresarial do Estado, tanto na prestação de serviços públicos, quanto na exploração de atividade econômica, que se poderá traçar os limites e as finalidades suscetíveis de legitimar as parcerias entre empresas estatais e empresas privadas.

3 ENQUARAMENTO JURÍDICO-POSITIVO DAS PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO

3.1 AS HIPÓTESES DE INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO NA LEI N. 13.303/2016

3.1.1 Distinção entre inaplicabilidade, dispensa e inexigibilidade de licitação na Lei n. 13.303/2016

Em consonância com as diretrizes esculpidas no §1º do artigo 173 da Constituição Federal²¹⁷, a Lei n. 13.303/2016 institui um regime geral das licitações e contratos para as empresas estatais, com disposições que visam compatibilizar os princípios da Administração Pública com o regime jurídico análogo ao das empresas privadas, inclusive no tocante às suas obrigações civis e comerciais.²¹⁸

A exigência de licitação para contratação de terceiros pelas estatais é prevista no *caput* do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016²¹⁹, que determina, como regra geral, a realização de procedimento licitatório para as empresas estatais contratarem bens ou serviços de terceiros. O mesmo dispositivo, entretanto, ressalva a possibilidade de contratação direta sem licitação pública quando configuradas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos artigos 29 e 30 do referido diploma, respectivamente.²²⁰

As hipóteses de dispensa de licitação estão enumeradas em caráter taxativo no artigo 29 da Lei n. 13.303/2016. Cuida-se de situações em que a competição por meio de licitação, embora teoricamente viável, pode ser prejudicial ao interesse público que a Administração

²¹⁷ CF: Art. 173. [...] §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

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;

²¹⁸ Sem prejuízo de que “[a]s 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”, consoante dispõe o artigo 40 da Lei n. 13.303/2016.

²¹⁹ Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

²²⁰ Como não poderia ser diferente, também nesse ponto, o dispositivo encontra-se em absoluta conformidade com o disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que impõe a realização de procedimento licitatório aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, ressalvados os casos especificados na legislação.

visa assegurar com a contratação. Nesses casos, o administrador tem competência discricionária para avaliar, motivadamente e em cada caso concreto, se a realização do procedimento licitatório seria adequada ou contraproducente para a realização do interesse público, decidido sobre a necessidade de contratação direta com base nessa avaliação.

Já a inexigibilidade de licitação, prevista em rol exemplificativo do artigo 30²²¹, liga-se à ideia de incompatibilidade lógico-jurídica da licitação relativamente ao resultado que se pretende obter com a formalização do contrato. Como ensina Márcio Cammarosano, “[a] regra da obrigatoriedade de licitação, que é processo competitivo, só incide quando a competição for viável. Inviável a competição, impõe-se o reconhecimento da impossibilidade da licitação, não incidindo a regra da obrigatoriedade do certame”.²²² A competição é inviável quando a contratação pretendida pela Administração Pública, em razão das características do sujeito ou das especificidades do objeto que se pretende contratar, não admitir uma pluralidade de possíveis interessados que possam ser submetidos a critérios de julgamento objetivos, hipótese em que a contratação direta, por inexigibilidade, é medida que se impõe.

Segue-se a isso que, além da contratação precedida de licitação e das hipóteses de dispensa e inexigibilidade, o próprio artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 estabeleceu uma terceira modalidade de contratação, normalmente nominada de licitação dispensada²²³ ou de inaplicabilidade de licitação²²⁴, onde não incidiriam as disposições legais pertinentes ao procedimento licitatório e à contratação por dispensa e inexigibilidade. Em tal modalidade, a empresa estatal estaria imune não apenas do dever de licitar, como desobrigada de observar todo o Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, que disciplina a licitação e os casos de

²²¹ Segundo Joel de Menezes Niebuhr, “o legislador, no caput do art. 30 da Lei nº 13.303/2016, preferiu não utilizar a palavra inexigibilidade, referiu-se à contratação direta, o que é equivocado. Sucedeu que a contratação direta é gênero, que tem como espécies a dispensa e a inexigibilidade. Contratação direta ocorre sempre que a estatal firmar contratos sem licitação. Daí ela contrata diretamente, repita-se, sem o intermédio da licitação. A inexigibilidade é uma das espécies de contratação direta, cabível nas situações em que há inviabilidade de competição” (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018 p. 59).

²²² CAMMAROSANO, Márcio. Inexigibilidade de licitação – Conceito e preconceito. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 170, p. 58-65, fev. 2016, p. 61.

²²³ Para Bruno Dantas e Frederico Dias, no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, “a contratação direta ocorre mediante a chamada licitação dispensada. Vale dizer, o próprio legislador optou, previamente, por não realizar procedimento licitatório, não deixando espaço para o administrador no caso concreto” (DANTAS, Bruno, DIAS, Frederico. Novo estatuto das empresas estatais: obrigatoriedade de licitação e hipóteses de contratação direta. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais**: análise da Lei n. 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 191).

²²⁴ Já para Marçal Justen Filho, os incisos do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 preveem hipóteses de inaplicabilidade de licitação (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, p. 300).

contratação direta. O §3º do artigo 28 retrata as duas hipóteses de inaplicabilidade do regime geral de licitação e contratação direta nos seguintes termos:

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

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

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

O §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 exclui as empresas estatais do dever de observar a disciplina aplicável às licitações e às contratações diretas por dispensa e inexigibilidade, em duas situações: (i) quando a empresa estatal for diretamente contratada por terceiros para o fornecimento direto dos bens ou prestação dos serviços especificamente relacionados ao seu objeto social; e (ii) quando houver necessidade de escolher particular em função de suas características particulares para figurar como parceiro privado em oportunidades de negócio específicas e definidas.

É nítida a motivação que norteou o legislador na definição das hipóteses de contratação direta por inaplicabilidade de licitação. Em que pese manifestamente distintas – a contratação de empresa estatal para o fornecimento do bem ou serviço para o qual foi criada não se confunde com a formação de parcerias para o desenvolvimento de empreendimentos econômicos – as duas hipóteses comungam de características marcadamente empresariais e, em diferentes graus de correlação, estão relacionadas com o objeto social da empresa estatal e com a finalidade de interesse público que justifica essa atuação empresarial.

Com efeito, a motivação subjacente a esses dispositivos assenta-se na premissa de que a atividade empresarial é dinâmica e, sobremodo quando exercida em ambiente concorrencial, exige maior flexibilidade e repentinhas adaptações aos novos cenários de mercado, que encontram-se em constante mutação. Por vezes, a publicidade excessiva que denuncia estratégias comerciais aos competidores, a vinculação à rigidez de ao excesso de objetividade de um instrumento convocatório que impede qualquer de negociação substancial e as exigências estritamente formais que imprimem morosidade ao procedimento são circunstâncias que simplesmente inviabilizam a formalização de negócios tipicamente empresariais, como a venda dos produtos ou serviços pelos quais a estatal atua no mercado ou a formação de parcerias empresariais possíveis parceiros de negócio.

Seguindo essa lógica, também os parâmetros de controle interno e externo que incidem sobre essas contratações devem possuir características mais adaptadas à realidade do mercado, exigindo o emprego de boas técnicas de governança corporativa e controle de resultados, daí porque, como adverte Marçal Justen Filho, “[é] indispensável assinalar que a redução do formalismo e a flexibilização dos procedimentos de contratação no âmbito das empresas estatais exploradoras apenas pode ser admitido se existirem outros mecanismos de controle adequados e satisfatórios”.²²⁵ E prossegue, dizendo que “[o] mais fundamental reside na institucionalização de controles internos, que permitam eliminar os controles burocráticos sem propiciar a instauração da corrupção e de contratações desastrosas”.²²⁶

A lógica empresarial, nesse sentido, reflete-se tanto nos contratos direta e especificamente relacionados ao objeto social da empresa estatal, quanto na sua atuação em parceria com outros agentes econômicos no âmbito de oportunidades de negócio. As oportunidades de negócio ainda abarcam contratações relacionadas à alienação de ativos e participações societárias. Embora no mais das vezes sejam compatíveis com a ideia de competição para a obtenção da proposta mais vantajosa, essas medidas de desestatização também exigem procedimentos adaptados à sua própria realidade.

Acresça-se que a importância dessas adaptações pertinentes à lógica empresarial não se restringe aos casos de inaplicabilidade de licitação previstos no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, embora nesses casos essas adaptações atuem com muito mais vigor. Em se tratando de empresa estatal, mesmo o procedimento licitatório deve ser adaptado para resguardar os princípios da Administração Pública sem desatender à previsão constitucional que prevê um regime jurídico próprio de licitações e contratos das empresas estatais. Trata-se, em suma, de raciocínio que há tempos vem sendo defendido pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello sob a ótica da inexigibilidade de licitação:

Será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isso ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedido da vida negocial corrente, sem o que haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade.²²⁷

²²⁵ JUSTEN FILHO, 2016, p. 288.

²²⁶ JUSTEN FILHO, 2016, p. 289.

²²⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 555.

Em vista dessas peculiaridades e até para preservar a finalidade precípua da empresa estatal – que é a realização do interesse público retratado na respectiva lei autorizativa –, é imperativo que as contratações realizadas sob o pálio do §3º do artigo 28, por serem incompatíveis com determinados aspectos do regime de licitação, dispensa e inexigibilidade das estatais, sejam adaptadas à realidade do mercado, o que na prática exige o afastamento em bloco do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016. Trata-se de compreensão que se compatibiliza com atuação dinâmica e mais flexível característica da técnica empresarial, sem dispensar a proceduralização de sua atividade; propiciar a contratação mais vantajosa; resguardar a impessoalidade; proteger o sigilo comercial de empreendimentos estratégicos e assegurar o exercício do controle interno e externo sobre essas contratações.

À primeira vista, as hipóteses de inexigibilidade e inaplicabilidade de licitação são semelhantes, ao menos da forma como retratados no artigo 30 e no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, respectivamente. O artigo 30 prevê que “a contratação direta [por inexigibilidade de licitação] será feita quando houver inviabilidade de competição”, hipótese em que se poderia facilmente enquadrar os casos em que a escolha do contratado em função de características singulares ou por força de outra circunstância que incompatibilize a licitação com o caso concreto. Já o §3º do artigo 28 do mesmo diploma descreve duas hipóteses de inaplicabilidade de licitação que se caracterizam, justamente, pela inviabilidade de licitação por conta das características particulares de seu objeto e do parceiro privado.²²⁸

²²⁸ A diferença, segundo Marçal Justen Filho, é que “[n]o caso de inexigibilidade, não se impõe a licitação por ser inviável a competição. Na hipótese de inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa”. (JUSTEN FILHO, 2016a, p. 299).

Em princípio, não parece que haja tamanha diferença entre as modalidades de contratação direta por inaplicabilidade e inexigibilidade de licitação. Pelo contrário, percebe-se uma notória semelhança entre os institutos e tanto é assim que, antes da edição da Lei n. 13.303/2016, o item 2.3 do Decreto n. 2.745/1998 já previa como hipóteses de inexigibilidade de licitação, “a formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da PETROBRÁS”.

Com efeito, a contratação por inexigibilidade, fundada no artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, tem lugar em face de uma incompatibilidade lógico-jurídica entre a contratação pretendida e a deflagração de um procedimento competitivo, ou seja, quando a realização da licitação, no caso concreto, não se mostrar adequada para o atingimento da finalidade a que se propõe, que é assegurar a isonomia entre os possíveis licitantes com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa. Por conseguinte, a contratação direta por inexigibilidade se impõe quando determinado negócio, por suas peculiaridades, só se realizar mediante contratação direta, sem competição. Nesse sentido, como anota Márcio Cammarosano em matéria de inexigibilidade, “é de reconhecer também a inviabilidade de competição quando o que a Administração pretenda, não obstante seja do tipo que uma pluralidade de pessoas possa em tese prestar, é algo que necessariamente se apresentará consubstanciando peculiaridades de relevo, *singularizantes*, consoante o contratado seja A, B, ou C” (CAMMAROSANO, 2016, p. 61).

Já as hipóteses previstas no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 caracterizam-se, justamente, por essa incompatibilidade lógico-jurídica com a realização de um procedimento licitatório, daí a inviabilidade de

Na esteira desse raciocínio, poderia a Lei n. 13.303/2016 ter afastado as disposições do Capítulo I do Título II para todas as contratações que, por sua natureza, exijam uma atuação empresarial mais flexível por parte da empresa estatal ou, ainda, ter estendido as hipóteses de inexigibilidade a todos esses casos. Inclusive, já não é de hoje que tem prevalecido posicionamento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual as contratações de natureza eminentemente empresarial realizadas pelas empresas estatais constituem hipóteses de inexigibilidade de licitação²²⁹, em que pese o artigo 17 da Lei n. 8.666/1993 tratasse a “venda

licitação, porém não, necessariamente, de competição. É que, nesses casos, eventual licitação para formalização dos contratos causaria prejuízos substanciais à dinâmica empresarial da empresa estatal. Ou seja, a licitação é inviável tanto na hipótese de inaplicabilidade, quanto de inexigibilidade, razão pela qual, em ambos os casos, não há subsunção à hipótese de incidência do dever licitar, pelo que a distinção, ao que parece, reside numa opção legislativa que distingue inviabilidade de competição (inexigibilidade) e inviabilidade de licitação (inaplicabilidade).

Outra circunstância que por certo justifica essa diferenciação legislativa advém das formalidades marcadamente publicísticas que pautam o procedimento de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação. A contratação direta por dispensa e inexigibilidade está mais alinhada com o regime jurídico, ao passo que a contratação por inaplicabilidade do regime de licitações supõe uma lógica empresarial que comporta maior influxo do direito privado. É a partir dessa diferenciação entre o regime de direito público, que seria aplicável às atividades-meio das empresas estatais, e o regime de direito privado, aplicável às atividades-fim. Por essa lógica, os casos de inaplicabilidade não poderiam ser equiparados aos casos de inexigibilidade porque esses se submetem ao regime jurídico de direito público e as formalidades procedimentais a ele inerentes. Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. O Regime Jurídico das Oportunidades de Negócios para as Estatais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Orgs.). **O direito administrativo na atualidade:** estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

Sobre esse aspecto, observa-se que, ainda que as contratações diretas por inexigibilidade de licitação com fulcro no artigo 30 da Lei n. 13.303/2016 devam observar as disposições do Capítulo I do Título II do referido diploma, o procedimento que antecede a contratação por inexigibilidade não ostenta tantas formalidades que o tornem incompatível com a flexibilidade empresarial. Em se tratando de empresa estatal, é natural que também o procedimento de contratação por inexigibilidade seja mais simples e flexível do que o seria perante sob a égide da Lei n. 8.666/1993.

Outrossim, embora as contratações diretas por inaplicabilidade de licitação não se submetam às disposições do referido capítulo, devem observar outras disposições de direito público, aí compreendidos os princípios encartados no artigo 37 da Constituição Federal. Mesmo as chamadas atividades-fim – ou seja, aquelas mais diretamente identificadas com o objeto social da empresa e que, portanto, exigem maior flexibilidade – devem documentar o processo de tomada de decisão, até para que assegurar racionalidade e adequada gestão de riscos, pelo que não se encontram totalmente desvinculadas do regime jurídico de direito público, do qual sofrem fortes influxos. É imperativo que as contratações entabuladas sob o pálio do §3º do artigo 28 sejam instruídas com a razão da escolha do contratado e justificativa de preços, tal como exige o §3º do artigo 30 para as contratações por inexigibilidade. Inclusive, é comum que as empresas privadas adotem procedimentos internos para assegurar a preponderância da objetividade em suas contratações de maior vulto, o que não é incompatível com a técnica empresarial.

Em vista dessas constatações, convém registrar a percepção de que ambas as hipóteses de contratação direta – inaplicabilidade e inexigibilidade de licitação – foram concebidas para situações onde a implementação do procedimento licitatório causaria maior gravame ao interesse público do que o seu afastamento. A distinção entre as duas modalidades de contratação direta é puramente jurídico-positiva e está em que as contratações por inaplicabilidade de licitação não se submetem às demais disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, ainda que eventualmente possam comportar outro tipo de procedimento de seleção do parceiro privado, inclusive competitivo.

²²⁹ Dentre outros, é o posicionamento adotado por Carlos Ari Sundfeld em **Licitação e contrato administrativo:** de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 192.

de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades” como hipótese de licitação dispensada.

Não foi essa, porém, a opção adotada pelo legislador na Lei n. 13.303/2016, que entendeu por bem excluir do regime de licitações, dispensas e inexigibilidades, essas duas hipóteses de contratação. Agindo assim, o próprio legislador relegou as demais contratações incompatíveis com a licitação pública e não enquadradas no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 à hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação, fundada no artigo 30 e, consequentemente, à observância das demais disposições do respectivo Capítulo I do Título II do referido diploma.

Por outro lado, é de se reconhecer que as motivações que justificam a contratação direta nas hipóteses de inexigibilidade e de inaplicabilidade de licitação assemelham-se, porém não se confundem. É que, como já destacado, enquanto nas hipóteses de inexigibilidade supõe-se a incompatibilidade da contratação com qualquer procedimento competitivo; em relação às hipóteses de inaplicabilidade de licitação, o legislador apenas excluiu a incidência do regime de licitações e contratações por dispensa e inexigibilidade por reputá-lo incompatível com a finalidade de interesse público que justifica essas contratações.

As contratações por inexigibilidade de licitação partem do pressuposto de que a realização de um procedimento competitivo seria logicamente inconcebível ou contraproducente. Já nas contratações onde não se aplica a licitação, a dispensa e a inexigibilidade, é todo o regime jurídico encartado no Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 e não, necessariamente, a competição, que se reputa incompatível e, bem por isso, tem sua incidência no *iter* de formação dessas contratações afastada pelo direito positivo. A primeira hipótese retrata uma inviabilidade de competição, ao passo que a segunda hipótese retrata uma incompatibilidade meramente procedural tanto em relação à licitação, quanto em relação aos procedimentos que antecedem a contratação por dispensa e inexigibilidade.

Trocando-se em miúdos, a Lei n. 13.303/2016 institui uma presunção absoluta de que as contratações que envolvam alienação de bens ou serviços diretamente relacionados ao seu objeto social ou a formação e extinção de parcerias e alienação de ativos estatais em oportunidades de negócio não se compatibilizam nem com o procedimento licitatório e nem com os procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação, na medida em que “a dispensa e a inexigibilidade de licitação ocorrem sob a perspectiva do direito público. São exceções à obrigatoriedade de licitação, submetidas ao direito público, que devem passar pelo

crivo de processos administrativos e são sujeitas, sobremodo, a todas as formalidades de direito público”.²³⁰²³¹

A partir dessa compreensão, justifica-se o afastamento da incidência das formalidades retratadas no Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 na própria necessidade de preservação do interesse público inerente à atuação empresarial do Estado, o que não implica em um afastamento *a priori* de outros procedimentos também voltados à garantia de princípios cardeais da contratação pública, como isonomia, moralidade e economicidade, e que sejam mais adaptados às especificidades da atuação empresarial do Estado.

Por fim, convém registrar que todas as hipóteses de contratação por dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação previstas na legislação de regência encontram amparo no inciso XXVII do artigo 22, no inciso XXI do artigo 37 e no inciso III do §1º do artigo 173 da Constituição Federal. Os dispositivos constitucionais preveem a competência do legislador federal para regulamentar a contratação pública, no que diz respeito à exigência de licitação e também a sua desnecessidade. Ante os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, todo critério de discriminem adotado pelo legislador para afastar a obrigatoriedade de licitação pública deve respaldar-se na persecução do interesse público subjacente à contratação.²³² Dito de outro modo, sob pena de inconstitucionalidade, ao legislador só é dado mitigar a obrigatoriedade de um procedimento competitivo em contratações públicas quando presentes circunstâncias igualmente relevantes que exijam essa restrição à ampla competitividade.

A questão, entretanto, não se esgota com a ponderação legislativa. Ainda que se repute constitucionais as hipóteses de contratação direta abstratamente previstas em lei, o interprete sempre haverá de perquirir, no caso concreto, sobre a presença de razões suficientemente prestantes a justificar o afastamento da regra insculpida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, bem como analisar a possibilidade lógico-jurídica de adotar alternativas menos agressivas contra os princípio da impessoalidade e da isonomia, notadamente através de procedimentos competitivos mais adaptados à lógica que norteia as hipóteses de inaplicabilidade de licitação elencadas no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016.

²³⁰ NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 29.

²³¹ Note-se que essa presunção de incompatibilidade com o regime contemplado no Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 não significa que a escolha do parceiro privado deva ocorrer por critérios subjetivos, desprovidos de qualquer parâmetro de controle. O tema será adiante será melhor delineado.

²³² Não obstante, como adverte Adilson Abreu Dallari, “[a] dispensa indevidamente dada pela lei não pode valer perante a Constituição. Portanto, não é dado ao legislador dispensar licitação ao seu talante, à sua vontade, se esse fator de discrínio, se o elemento tomado em consideração não for relevante e não tiver abrigo constitucional, se não for razoável, pelo menos, à luz da Constituição” (DALLARI, Adilson. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45).

3.1.2 Inaplicabilidade de licitação para o fornecimento ou prestação direta de bens ou serviços especificamente relacionados ao objeto social da empresa estatal

O inciso I do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 alude à inaplicabilidade do regime geral de licitação, dispensa e inexigibilidade retratado no Capítulo I do Título II do referido diploma para a contratação da empresa estatal por terceiros para o fornecimento direto dos bens ou serviços especificamente relacionados ao seu objeto social. O dispositivo, ao referir-se a bens e serviços “especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais”, estabelece uma limitação ao objeto dessas contratações, que devem corresponder aos bens e serviços que caracterizam a própria atividade econômica explorada pela empresa estatal, tal como definida em lei autorizativa, e não qualquer outro bem ou serviço que eventualmente não tenha relação direta e imediata com sua finalidade institucional.²³³

Aplica-se o inciso I do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 para afastar o regime de contratações das estatais quando a empresa estatal figura como contratada no exercício de sua atividade empresarial propriamente dita para terceiro destinatário do bem ou serviço. Nesses casos, em vista das especificidades da atividade empresarial, o ordenamento jurídico antevê uma incompatibilidade lógica da licitação e dos procedimentos que antecedem a contratação por dispensa e inexigibilidade, que não seriam instrumentos adequados para atingir a própria finalidade a que se propõem, que é a obtenção da contratação mais vantajosa para a Administração como meio necessário à persecução do interesse público.²³⁴

²³³ Disposição semelhante pode ser encontrada na alínea e do inciso II do artigo 17 da Lei n. 8.666/1993, que institui a inaplicabilidade de licitação para a “venda de produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades”. A própria Lei n. 13.303/2016 prevê dispensa de licitação “na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”, nos termos do inciso XVIII do seu artigo 29, com a ressalva de que esse dispositivo não alude à finalidade, eis que a venda de bens produzidos em virtude da finalidade da estatal configura justamente a hipótese de inaplicabilidade de licitação do inciso I do §3º do artigo 28 do mesmo diploma.

²³⁴ Uma interpretação completamente diversa acerca do significado desse dispositivo foi adotada pela Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União no âmbito do TC 8.837/2013-9, conforme se extrai do relatório do Acórdão n. 2.645/2017:

“143. Depreende-se do inciso I do § 3º do art. 28 combinado com seu caput que as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão dispensadas de efetuar procedimentos licitatórios para contratação de outras empresas públicas ou sociedades de economia mista para comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com respectivos objetos sociais das empresas públicas e as sociedades de economia mista a serem contratadas.

144. Ou seja, empresas públicas ou sociedades de economia mista podem contratar outras estatais sem licitação (licitação dispensada), desde que os produtos, serviços ou obras sejam especificamente relacionados com os respectivos objetos sociais das empresas contratadas e que não haja subcontratação. Por exemplo, a Caixa contratando serviços de TI do Serpro” (TCU, Acórdão n. 2.645/2017, Relator: Ministro José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 29/11/2017).

A rigor, a hipótese de inaplicabilidade do regime de licitação, dispensa e inexigibilidade das empresas estatais contemplada nesse dispositivo é mais restrita do que o critério da atividade-fim, até então consagrado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União para legitimar contratações diretas por inexigibilidade de licitação pelas estatais exploradoras de atividade econômica.

A adoção do critério da atividade-fim, como elemento identificador de hipóteses de inexigibilidade de licitação em empresas estatais, remonta ao julgamento do Acórdão n. 121/1998, quando o Plenário da Corte de Contas considerou “viável a contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade-fim da BR, ou seja, aqueles decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal, dentre eles, o transporte dos produtos por ela distribuído”. Na ocasião, prevaleceu a compreensão de que a atividade de transporte de combustíveis integrava a atividade-fim da BR Distribuidora, que é a distribuição de derivados de petróleo em todo o território nacional, pelo que seria inviável, à luz da submissão das estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sobremodo em ambiente concorrencial, exigir-se a realização de procedimento licitatório para a contratação dessa atividade.²³⁵

Essa interpretação desconsidera que a Lei n. 13.303/2016 positivou a única hipótese em que admite a contratação direta entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Trata-se da dispensa de licitação para a contratação entre empresas estatais e suas subsidiárias, nos termos do inciso XI do artigo 29: Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: [...] XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;

Demais disso, a contratação direta de empresas estatais exploradoras de atividade econômica pelo simples fato de serem estatais não se coaduna com o regime jurídico dessas entidades, que não podem gozar de privilégios não extensíveis às suas concorrentes. Veja-se, nesse sentido, os comentários de Marçal Justen Filho acerca de hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993: “É que as entidades exercentes de atividade econômica em sentido estrito estão disciplinadas pelo art. 173, § 1º, da CF/ 1988. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia. Essa solução é indispensável para assegurar a livre concorrência” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 424).

²³⁵ TCU, Acórdão n. 121/1998, Relator: Ministro Iram Saraiva, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 26/08/1998.

Da fundamentação do acórdão, extrai-se pertinente trecho de parecer da lavra do e. Professor Adilson Dallari, tomado como razão de decidir para fundamentar a inexigibilidade de licitação:

“O art. 37 efetivamente estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar, para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção. Lido isoladamente, fora de seu contexto, essa é a interpretação dele decorrente.

Mas nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida. O universo normativo não é um amontoado caótico de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contradições são apenas aparentes. Interpretado sistematicamente, em conjunto com o disposto no art. 173 (em sua redação original) o art. 37 apenas estabelece uma regra geral,

O critério da atividade-fim foi sendo ampliado e passou a contemplar não apenas os contratos que tinham por objeto a própria atividade principal da empresa estatal, como também atividades secundárias de caráter empresarial, além de contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços essenciais para o desenvolvimento da atividade-fim, igualmente incompatíveis com o procedimento licitatório, mas que não se confundiam com a atividade-fim propriamente dita.²³⁶ A fluidez do parâmetro deu ensejo a contratações notoriamente desvinculadas da *ratio decidendi* do precedente que, num primeiro momento, norteou essa hipótese de inexigibilidade de licitação, qual seja, a incompatibilidade do procedimento licitatório com determinadas práticas comerciais necessárias à continuidade da atividade empresarial da empresa estatal.

Quando se fez necessário revisituar o critério da atividade-fim, o próprio Tribunal de Contas da União concebeu outros requisitos para a contratação direta de bem ou serviço relacionado à atividade-fim da empresa estatal por inexigibilidade de licitação, na linha do que restou assentado no Acórdão n. 1.663/2005:

8.2.8. Como visto, a inexigibilidade/dispensa de licitação para as aquisições relacionadas à atividade-fim das empresas estatais exploradoras de atividade econômica deve satisfazer cumulativamente os seguintes pressupostos, que tomamos a liberdade de sintetizar das decisões do TCU relacionadas, a saber:

- a) devem estar diretamente relacionadas ao exercício da atividade finalística da empresa, configurando-se como insumo adquirido ou produto vendido, necessárias à regularidade da produção industrial ou comercial ou ao cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. No caso específico da PETROBRAS, que integrem a atividade de exploração de petróleo lato sensu;
- b) estariam vedadas às necessidades pertencentes à atividade-meio;
- c) quando a agilidade se constituir fator essencial para o desempenho e adequação perante a concorrência do segmento de mercado em que se inserir;
- d) quando a licitação, comprovadamente, se demonstrasse desvantajosa à empresa ou acarretasse prejuízos.

18.2.9. Ademais, de acordo com o entendimento do Tribunal, a abrangência de tais aquisições, ainda que diretamente relacionadas às atividades-fim das empresas

que, entretanto, não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação”.

²³⁶ Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União decidiu pela inexigibilidade de licitação para a contratação de seguros vinculados a operações de financiamento rural pelo Banco do Brasil:

“Nesse contexto, não há dúvida de que o financiamento rural disponibilizado pelo Banco do Brasil representa uma operação bancária típica e que a contratação do seguro que lhe é afeta caracteriza-se como uma operação bancária acessória, operações estas diretamente vinculadas à atividade-fim. Além disso, não seria demais ressaltar que a responsabilidade pelo pagamento do prêmio do seguro é exclusiva do mutuário, não se constituindo assim uma despesa a cargo da instituição bancária.

Note-se ainda que o Banco do Brasil, ao lidar com tais financiamentos, encontra-se em igualdade de condição com as outras instituições integrantes do sistema de crédito rural, e nessa conformidade necessita de agilidade e flexibilidade para bem desincumbir-se dessa atividade e de outras tantas ligadas à execução do seu objeto social”. (TCU, Acórdão n. 624/2003, Ministro Guilherme Palmeira, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 04/06/2003).

estatais exploradoras de atividade econômica e que atendam aos pressupostos arrolados, deve sempre ser examinada restritivamente, quando houver necessidade de soluções não contempladas na Lei n. 8.666/93, cuja adoção permanece preferencial e obrigatória à empresa, até que seja editada a lei específica de que trata o art. 173, §1º, inciso III, da Constituição Federal.²³⁷

Da essência desses requisitos também contemplados em outros julgados da Corte de Contas, extrai-se que o critério da atividade-fim não pode ser empregado indistintamente, sem atenção às peculiaridades do caso concreto. A contratação direta por inexigibilidade de licitação nessas atividades relacionadas à atividade-fim é excepcional e só deve ser admitido quando o procedimento licitatório constituir um *óbice intransponível* à atividade negocial da empresa devidamente justificado em processo administrativo.²³⁸ Esse critério do óbice intransponível, entretanto, não distingua entre os bens e serviços prestados pela empresa estatal a terceiros no exercício de sua atividade empresarial e os bens e serviços prestados à própria estatal por terceiros para a execução da sua atividade empresarial, submetendo ambas as hipóteses notoriamente distintas ao regime jurídico da inexigibilidade de licitação do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993.

Com o advento da Lei n. 13.303/2016, as contratações que tinham por objeto, especificamente, as atividades desenvolvidas pela empresa estatal no bojo de sua finalidade institucional ganharam tratamento jurídico próprio no inciso I do §3º do artigo 28 do referido diploma. Ditas contratações, como dito, não só prescindem da realização do procedimento licitatório, como não se submetem a nenhuma das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, pertinente às licitações nas empresas estatais e aos procedimentos de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação.

Destarte, não se enquadram no inciso I do §3º do artigo 28 os contratos que envolvam o fornecimento de bens ou serviços por terceiros à empresa estatal, ainda que relacionados à consecução de sua atividade empresarial, como, por exemplo, o fornecimento de insumos ou a prestação de serviços de transporte e distribuição dos bens produzidos pela empresa estatal. A própria redação do dispositivo não dá margem a outra interpretação, quando se refere à comercialização, prestação ou execução, *de forma direta, pelas* empresas mencionadas no *caput*, ou seja, *pelas* empresas públicas e sociedades de economia mista, dos bens ou serviços *especificamente* relacionados com seus respectivos objetos sociais, e não qualquer outro bem ou serviço pertinente à sua atividade empresarial.

²³⁷ TCU, Acórdão n. 1.663/2005, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 19/10/2005.

²³⁸ No mesmo sentido: TCU, Acórdão n. 1.581/2003, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 22/10/2003.

Ocorre que, a par dos bens e serviços produzidos ou prestados pela empresa estatal especificamente relacionados ao seu objeto social, subsiste uma plêiade de contratações relacionadas às chamadas atividades-fim e também às atividades-meio da empresa estatal igualmente relevantes na persecução da sua finalidade institucional. Por razões de eficiência na persecução do interesse público, esses contratos, que também são formalizados sob uma perspectiva empresarial, tampouco não se compatibilizam com a rigidez procedural da licitação pública e da contratação direta por dispensa e inexigibilidade. De igual modo, nesses casos, a eventual imposição de um procedimento licitatório traria prejuízos insuperáveis ao interesse público que legitima a atuação empresarial do Estado, o que também justifica o seu afastamento.²³⁹ Leiam-se, a propósito, as considerações de Marçal Justen Filho:

Um dos pontos fundamentais da organização empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores da produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informais para seleção da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre com as atividades-fim, mas isso não pode ser estabelecido como regra absoluta. Pode haver atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto como pode existir atividade-meio que exija solução imediata e destituída de formalidade.

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.²⁴⁰

Não seria razoável considerar que, a partir da edição da Lei n. 13.303/2016, a empresa estatal tivesse de realizar licitação para adquirir determinados bens e serviços imprescindíveis à continuidade de sua operação. Certamente que não foi essa a intenção do legislador, mesmo porque uma interpretação dessa natureza traria prejuízos insuperáveis à exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial, estando, inclusive, em descompasso com a ideologia eficientista que permeia a Lei n. 13.303/2016.²⁴¹ Para essas contratações relevantes que não se confundem com o objeto social da empresa, é necessário abandonar a distinção entre atividades-fim e atividades-meio em prol de outro critério menos fluído e mais alinhado com a própria lógica que norteou a adoção dessa dicotomia, qual seja, o critério do óbice

²³⁹ Como assinala Vitor Rhein Schirato, “uma contratação poderá ser considerada relacionada à atividade-meio, mas seus reflexos são essenciais para uma atividade-fim (por exemplo, a contratação de sistema de informática por instituição financeira pública). Como consequência, aplicar a dicotomia em questão poderá trazer consideráveis prejuízos à empresa estatal, em relação a suas competidoras privadas” (SCHIRATO, 2016, p. 110).

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2014, p. 38.

²⁴¹ Também nesses casos, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 213).

intransponível para com a atividade empresarial da estatal, já referendado pelo posicionamento do Tribunal de Contas.²⁴²

Bem assim, nos casos não enquadrados no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, em que se anteveja a possibilidade real de que a realização da licitação para contratar bem ou serviço de terceiro cause prejuízos substanciais à atividade negocial da empresa estatal, resta caracterizada a inviabilidade lógico-jurídica de competição. Em tal hipótese, o princípio da eficiência recomenda a contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, como meio adequado para resguardar o interesse público subjacente à atividade empresarial do Estado.²⁴³ Ainda, nos casos menos extremos de inexigibilidade de licitação, onde houver alguma possibilidade de competição, subsiste a possibilidade da realização de procedimento competitivo simplificado, mais consentâneo com a técnica empresarial do que a licitação e menos restritivo ao princípio da isonomia do que a contratação direta levada a efeito sem a consideração de outros possíveis interessados.²⁴⁴

²⁴² A distinção entre atividades-meio e atividades-fim tem sido amplamente criticada, por revelar conceito excessivamente fluído para delimitar a incidência do regime de licitações públicas. Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza observam que “no mais das vezes, classificar o que seja atividade-fim e o que seja atividade-meio, em concreto, não é tarefa fácil quanto fazem parecer os exemplos dos manuais. Difunde-se, hoje, a ideia de que as razões que subordinam a estatal ao dever de licitar não derivam exatamente do fato de ela se encontrar no desempenho de uma ‘atividade-fim’ ou de uma ‘atividade-meio’, mas de atuar ou não empresarialmente e sob um regime de competição” (SUNDFELD; SOUZA, 2007, p. 23). Ademais, como anota Rafael Wallbach Schwind, “ainda que fosse possível enquadrar sem qualquer margem de dúvida as atividades de uma empresa estatal em atividades-fim e atividades-meio, o fato é que o desempenho de atividades-meio não é irrelevante para a atuação da empresa estatal no mercado. O desempenho ineficiente das atividades-meio pode afetar a competitividade das empresas estatais que exploram atividade econômica em concorrência no mercado” (SCHWIND, 2017, p. 78).

Entende-se que o critério sugerido por Alexandre Aragão afigura-se mais consentâneo com a noção de atividade empresarial, que eventualmente poderá justificar o afastamento do regime de licitações em atividades tanto para atividades desenvolvidas em ambiente concorrencial, quanto em ambiente de monopólio ou exclusividade na prestação de serviços públicos.

²⁴³ É a concepção adotada por Alexandre Santos de Aragão:

“A distinção entre atividades-meio e atividades-fim não deve ser feita aprioristicamente, dependendo, em cada caso, da importância dos contratos à implementação do objeto social da estatal competitiva. A diferenciação meramente formal seria incompatível com o art. 173, §1º, da Constituição, bem como com o princípio da eficiência. Mas, interpretada adequadamente, não é isso o que se extrai da jurisprudência do TCU, mas, sim, que a ausência de licitação se aplicará a todo e qualquer contrato estrategicamente relevante para a atuação da empresa estatal em um mercado competitivo.

Em outras palavras, o que importa é a relevância do contrato para a estatal poder concorrer com suas congêneres privadas. Se tiver essa importância é enquadrado pela jurisprudência do TCU como atividade-fim, mesmo que, materialmente, seja uma atividade-meio.

O ideal seria, indo além da força da tradição doutrinária da distinção entre atividade-fim e atividade-meio, abandoná-la e centrar apenas na existência ou não de importância competitiva e estratégica do contrato.” (ARAGÃO, 2017, p. 226-227).

De forma semelhante, Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma entendem que o relevante é definir em que medida determinada atividade se insere em ambiente concorrencial e, por conseguinte, submete-se ao regime das empresas privadas (MARQUES NETO; PALMA, 2016, p. 65).

²⁴⁴ Nesse ponto, cumpre introduzir um acordo semântico para evitar contradições aparentes. Tanto a licitação, quanto outros procedimentos competitivos realizados pela Administração Pública, constituem procedimentos voltados à realização dos princípios constitucionais e à identificação da proposta mais vantajosa, dentre

Outrossim, é interessante notar que a incompatibilidade da licitação para o fornecimento de bens ou serviços por empresa estatal não se restringe aos casos em que a atividade empresarial denota exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial. Mesmo na prestação de serviço público em regime de privilégio, onde não há concorrência, não se poderia cogitar de realização de procedimento licitatório para a prestação dos bens ou serviços especificamente relacionados ao objeto social da empresa estatal.

Existem alguns fatores que legitimam a incidência da hipótese prevista no inciso I do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 às empresas estatais prestadoras de serviço público. Primeiro, porque a relação de serviço público tem natureza estatutária, vale dizer, não caracteriza propriamente a formalização de um contrato entre prestador e usuário, logo descabe a aplicação do regime das contratações públicas. Segundo, porque o acesso ao serviço público é direito subjetivo do cidadão que satisfaz as condições legais para a sua fruição, pelo que não se pode condicionará-lo à obtenção da proposta mais vantajosa pela empresa estatal, o que seria incompatível com o princípio da modicidade tarifária. Terceiro, porque a disponibilidade do serviço público à coletividade é obrigação do Estado ou daquele que lhe faça as vezes, consoante o mandamento constitucional insculpido no *caput* do artigo 175 da Constituição Federal e o princípio da universalidade dos serviços públicos, este corolário do princípio da isonomia com previsão expressa no §1º do artigo 6º da Lei n. 8.987/1995 e no inciso IV do artigo 3º da Lei n. 9.074/1995.

De mais a mais, como destacado no capítulo anterior, tem-se observado um fenômeno de expansão da prestação de serviços públicos pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes em ambiente de competição com outras atividades econômicas em sentido estrito exploradas por instituições públicas ou privadas. São situações em que o serviço público não é prestado em regime de privilégio ou, ainda, de assimetria regulatória, onde duas ou mais pessoas exercem a mesma atividade, só que submetidas a regimes jurídicos distintos.

O ambiente concorrencial exige a adaptação dos procedimentos de contratação das estatais prestadoras de serviços públicos às mesmas práticas de mercado adotadas pelas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Tal compreensão encontra fundamento em princípios do serviço público, como atualidade, modicidade tarifária,

aquelas ofertadas pelos interessados que cumpram os requisitos de qualificação. Todavia, entende-se por licitação apenas o procedimento especificamente regulamentado pelas Leis n. 8.666/1993, 10.520/2002, 13.303/2016, dentre outros diplomas legislativos que disciplinem detalhadamente o procedimento de contratação pública. Já o procedimento competitivo supõe que a entidade administrativa tenha maior competência discricionária estruturar as etapas, requisitos e critérios de julgamento às especificidades de cada caso concreto. Assim, quando se fala em inviabilidade de licitação, não se está a aventar a impossibilidade de competição entre os possíveis interessados.

universalidade e continuidade, cuja realização, sob essa nova realidade concorrencial, perpassa por uma atuação da empresa estatal mais consentânea com algumas práticas consagradas pela iniciativa privada.

3.1.3 Inaplicabilidade de licitação para contratações relacionadas a oportunidades de negócio

A segunda hipótese de inaplicabilidade de licitação pertinente à atividade empresarial do Estado é prevista no inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 e diz respeito à escolha do parceiro privado em função de suas características particulares para as contratações relacionadas a oportunidades de negócio específicas e definidas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo. O dispositivo prescreve que, nessa hipótese de inaplicabilidade de licitação, a escolha do parceiro privado deve se basear em determinadas características particulares que guardem um nexo etiológico para com uma oportunidade de negócio específica e definida. Quando inexistente uma singularidade diretamente pertinente à viabilização do contrato que justifique a inviabilidade de um procedimento competitivo, também por força desse dispositivo, a realização do procedimento competitivo é de rigor.²⁴⁵

As especificidades da escolha do parceiro privado nas parcerias em oportunidades de negócio serão abordadas com mais detença no Capítulo 5. Para o presente momento, convém observar que, ao inserir as parcerias em oportunidades de negócio dentre as hipóteses de inaplicabilidade de licitação, o legislador optou por positivar conjuntura de forte conotação empresarial, sem paralelo no direito positivo e notoriamente plurissignificativa, o que se confirma pela abrangência da definição positivada no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016. Trata-se de categoria jurídica inédita e que, pela abertura semântica, certamente acarretará posicionamentos divergentes em matéria de aplicabilidade de licitação nas empresas estatais.

Em sentido coloquial, “oportunidade de negócio” remete a uma situação singular que se mostre propícia à realização de um negócio, pelo que deve ser aproveitada pelo agente econômico.²⁴⁶ O negócio que caracteriza essa oportunidade deve ser encarado sob a

²⁴⁵ Cf. BRITO, Pedro Eduardo Fernandes. **Chamada pública para a formação de parcerias societárias entre os setores público e privado:** superando incertezas e promovendo a transparéncia. Dissertação (Mestrado), Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, p. 33.

²⁴⁶ Segundo o dicionário Michaelis, o termo oportunidade comporta as seguintes definições: 1. Qualidade, caráter do que é oportuno; tempestividade; 2. Ocasião favorável; circunstância oportuna e propícia para a realização de alguma coisa; 3. Circunstância útil, benéfica e vantajosa; conveniência, utilidade. (**Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2018).

perspectiva empresarial, ou seja, como sinônimo de negociação ou transação, e não propriamente como um negócio jurídico, muito embora a formalização do contrato ou instrumento congênere relacionado a essa negociação não deixe de sê-lo.²⁴⁷ E deve ser específico e definido, demonstrando a necessidade de um objeto restrito e bem delimitado dentro de um espectro mais abrange que constitui o objeto social da empresa.

Pode-se ter uma ideia do escopo dessas contratações a partir do elenco exemplificativo de oportunidades de negócio retratado no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016:

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

Dada a multiplicidade de diferentes formas e de finalidades que podem ser instrumentalizadas a partir desse instituto, logo se vê que as parcerias em oportunidades de negócio na não constituem um tipo específico de contrato administrativo ou de contrato de direito privado da Administração. Como situação de fato que configura uma modalidade de contratação da empresa estatal não submetida à disciplina da licitação pública, a oportunidade de negócio antecede logicamente a formalização do contrato, pelo que com ele não se confunde. São situações peculiares, provocadas por necessidades relacionadas à atividade empresarial da empresa estatal e que poderão ensejar a formação de parcerias empresariais e operações societárias incompatíveis com o regime geral das contratações públicas, razão pela qual se faz necessário afastar, em bloco, as disposições procedimentais pertinentes às licitações e contratações por dispensa e inexigibilidade previstas na Lei n. 13.303/2016.

Para delimitar sua natureza jurídica e tendo por base o espectro de situações definido no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, é adequado classificar as contratações relacionadas a oportunidades de negócio em duas grandes categorias essencialmente definidas com base na

²⁴⁷ Sobre a noção de negócio mercantil, extrai-se o pertinente excerto da obra de Paula Forgione:

“Mas, na tradição do direito comercial, o termo ‘negócio’ vem muitas vezes empregado no sentido de ‘transação’ ou ‘negociação’. Trata-se, para Ferreira Borges, de ‘termo de conceito prático’, ligado a ‘qualquer operação mercantil’.

De acordo com a linha comercialista, o ‘negócio mercantil’ identifica-se com as operações feitas pelos comerciantes e que se corporificam em contratos. Empregamos, assim, a palavra ‘negócio’, no sentido de *affare*, em língua italiana, ou *affair*, na francesa; ou *business*, para os norte-americanos” (FORGIONI, 2018, p. 26).

Isso não significa que os contratos firmados pelas estatais com fundamento no inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 sejam todos contratos mercantis. Significa apenas que a expressão oportunidade de negócio não se refere a um negócio jurídico, mas à negociação ou transação que será, por fim, instrumentalizada através de um contrato.

finalidade a que se propõem, a saber: (i) formação de parcerias e outras formas associativas, inclusive mediante aquisição ou alienação de participações societárias no mercado de capitais, estruturadas para viabilizar uma atuação empresarial associativa entre empresas estatais e empresas privadas; e (ii) operações de transferência de ativos da empresa estatal à iniciativa privada para extinguir parcerias e implementar políticas de desinvestimento ou desestatização.

A distinção entre operações de formação de parceria e de desinvestimento diferencia as oportunidades de negócio como ferramenta de incremento e de diminuição da intervenção direta do Estado no domínio econômico. É de se reconhecer, todavia, que essa distinção comporta um certo hibridismo, eis que a própria constituição de parcerias com o setor privado não raro é considerada uma forma de privatização, ao passo que a alienação de participações estatais também pode ser estruturada para a constituição de parcerias empresariais, como quando os adquirentes desses ativos passam a figurar como sócios da empresa estatal em empreendimentos estratégicos.²⁴⁸

Como elemento comum a essas duas modalidades, anote-se que tanto a formação de modalidades associativas público-privadas, quanto as operações de desestatização são pautadas por práticas de mercado adaptadas ao ambiente concorrencial. Normalmente, essas parcerias e operações societárias são formalizadas ao cabo de intensos processos de negociação com um ou mais interessados que reúnem características singulares. Mesmo as operações de desinvestimento com um adquirente ou com pulverização de ações em bolsa têm especificidades incompatíveis com as disposições que regem as licitações públicas. Essas características, por si só, evidenciam a incompatibilidade lógico-jurídica dessas contratações com a realização de procedimento licitatório e mesmo com as hipóteses de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação.²⁴⁹

Como consequência das especificidades desses negócios, não surpreende que a escolha do parceiro privado esteja relacionada às suas características particulares. Há situações em que essas características são insuscetíveis de serem reproduzidas por outros agentes de mercado, justamente por estarem estritamente vinculadas à oportunidade de negócio específica e definida, configurando-se, assim, a inviabilidade de competição. Não

²⁴⁸ Ambas as categorias serão abordadas de forma mais pormenorizada nos tópicos subsequentes.

²⁴⁹ Nesse sentido, avverte Alexandre Wagner Nester que “a atividade empresarial exige agilidade e criatividade na organização dos negócios, assim como o aproveitamento de oportunidades (de forma rápida e inovadora) para a atuação bem-sucedida. O sigilo, muitas vezes, é imprescindível. Essa dinâmica é incompatível com a burocracia e a publicidade inerentes ao processo licitatório” (NESTER, Alexandre Wagner. **Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais:** A hipótese do Art. 28, §3º, da Lei 13.303. 17 ago. 2017. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/inaplicabilidade-de-liticacao-nas-empresas-estatais-18082017>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

raro, a concepção inicial do empreendimento econômico qualificado como oportunidade de negócio ocorrerá de forma concomitante à identificação do agente econômico que reúna qualidades propícias à implementação desse empreendimento, ao que se segue a estruturação do negócio em conjunto com o particular.²⁵⁰

Segundo essa lógica, o inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 caracteriza as oportunidades de negócios como específicas e definidas, porque se referem a empreendimentos singulares, com escopo delimitado no âmbito da atividade empresarial da empresa estatal, apartando-se, por conseguinte, de suas atividades rotineiras. Não se confundem nem com o fornecimento ou prestação dos bens ou serviços especificamente relacionados com o objeto social da empresa estatal e nem com outras contratações indiretamente relacionadas ao objeto social e que admitem tramitação pela via do procedimento licitatório ou da contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Ademais, é essencial registrar que essas parcerias empresariais e operações societárias podem ocorrer tanto no âmbito das atividades-fim, quanto das atividades-meio, pelo que essa dicotomia não se revela adequada para a sua caracterização. Não há identidade necessária entre as atividades-fim e o objeto das parcerias e alienações societárias em oportunidades de negócio, mesmo porque o conjunto de operações econômicas pertinentes à atuação empresarial não se resume à circulação dos bens e serviços de conteúdo econômico que se poderia identificar, num primeiro passar de olhos, com a atividade-fim da empresa estatal.

Nessa toada, Egon Bockmann Moreira pontua que “o fato de determinada sociedade restringir seu objeto social a determinado negócio jurídico não significa que ela só praticará atos estritamente vinculados a ele. Por vezes, exige-se que outros tantos negócios sejam praticados, inclusive com terceiros”.²⁵¹ Por consectário lógico, a atuação empresarial do Estado em comunhão de esforços com agentes privados também pode espraiar-se por outros empreendimentos econômicos inseridos no âmbito da atividade empresarial da empresa estatal e igualmente necessários para a realização de sua finalidade institucional. Tal circunstância, desde que alinhada com o interesse público subjacente à atividade empresarial da estatal, não viola a vinculação finalística fundamentada na respectiva lei autorizativa.

²⁵⁰ É o caso dos empreendimentos econômicos concebidos a partir de propostas não solicitadas fornecidas a empresas estatais por parceiros em potencial ou, ainda, da formalização de parceria com parceiro privado proprietário de área adjacente a potencial hidrelétrico para a implementação de empreendimento de geração e energia. Em ambos os casos, a concepção do negócio ocorre justamente com a identificação do parceiro privado e a partir de suas características particulares.

²⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público:** inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

Atento a essas peculiaridades, o legislador afastou a incidência do regime geral de contratações das empresas estatais como medida necessária para viabilizar a formação ou extinção de parcerias e operações de aquisição ou alienação de participações das empresas estatais. Nesses casos, como dito, a própria Lei n. 13.303/2016 assume a premissa de que a incidência das disposições do seu Capítulo I do Título II poderia inviabilizar a formação de uma parceria ou realização de uma operação que pode se revelar vantajosa ao interesse público que legitima a atuação do Estado pela técnica empresarial.

Ainda assim, não se pode perder de vista que, pela redação do inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, subsiste a possibilidade e, eventualmente, a necessidade de realizar procedimento competitivo de escolha do parceiro privado, salvo quando devidamente justificada a inviabilidade de qualquer tipo de competição. Noutras palavras, não se pode confundir inviabilidade de licitação, com inviabilidade de competição, em que pese a segunda empreste fundamento à inexigibilidade da primeira. As contratações previstas no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 supõe a inviabilidade de licitação, mas não necessariamente a inviabilidade de competição em observância aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Por conseguinte, o simples fato da contratação vinculada à oportunidade de negócio admitir competição não exclui a incidência da hipótese de inaplicabilidade do regime de contratações das estatais retratada nesse dispositivo legal. Quando cabível e conveniente ao interesse público, o procedimento competitivo não se submete às disposições sobre licitação do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, devendo adaptar-se às especificidades que permeiam a formação de parcerias empresariais e operações societárias. Por outro lado, quando incabível a competição e contanto que devidamente justificada a inviabilidade do procedimento competitivo, a escolha do parceiro privado também não se submete às disposições sobre dispensa e inexigibilidade de licitação da Lei n. 13.303/2016

A partir dessas características, conceitua-se a oportunidade de negócio na Lei n. 13.303/2016 como sendo a *modalidade de contratação das empresas estatais caracterizada por uma situação singular propícia à criação ou extinção de parcerias empresariais, transferência de participações societárias e outras contratações com finalidade associativa ou de desestatização que, pelas especificidades da atividade empresarial e características do parceiro privado, são logicamente incompatíveis com o regime geral de licitações e contratações por dispensa e inexigibilidade de licitação das empresas estatais.*

Assim, quando presentes as circunstâncias definidoras da oportunidade de negócio, resta configurada a competência da empresa estatal para a escolha do parceiro privado

diretamente ou através de procedimento competitivo que não se submete às disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, mas sempre em função de características particulares relacionadas a determinada oportunidade de negócio específica e definida.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS ENTRE EMPRESAS ESTATAIS E EMPRESAS PRIVADAS

3.2.1 As parcerias em oportunidades de negócio como parcerias empresariais público-privadas

Quando se fala em parcerias relacionadas a oportunidades de negócio, o primeiro problema que vem à mente do administrativista é o enquadramento dessas “parcerias” dentro das categoriais pré-estabelecidas em lei, que, à luz do princípio da legalidade, amoldam as competências da Administração Pública.²⁵² Essa inquietação se justifica na medida em que a qualificação jurídica do instituto é elemento determinante para a identificação dos princípios e regras aplicáveis à formação, execução e extinção desses empreendimentos conjuntos entre empresas estatais e empresas privadas, ou seja, à definição de seu regime jurídico.²⁵³

A Lei n. 13.303/2016 não se propôs a explicitar um regime jurídico próprio das parcerias entre empresas estatais e empresas privadas. Nesse particular, o § 3º do artigo 28 do referido diploma se limitou a afastar a exigência de licitação para a formação de parcerias e outras formas associativas relacionadas a oportunidades de negócio específicas e definidas. Esclareceu, outrossim, tratar-se de uma relação associativa entre uma entidade administrativa e um agente privado que tem por finalidade o desenvolvimento de um empreendimento específico e definido relacionado ao objeto social da empresa estatal, ou seja, à sua atividade empresarial e cuja contratação, em princípio, seria incompatível às disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, daí a justificativa para o afastamento desse regime.

²⁵² Bem por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma observa que “[p]arceria, também é uma expressão extremamente genérica, prestante para indicar qualquer modalidade de colaboração entre entidade pública e particulares; logo, também insuficiente para permitir identificar o instituto jurídico que estaria em causa” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 229).

²⁵³ É a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa – todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão-só na medida em que através deles aprisione logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade” (BANDEIRA DE MELLO, 1968, p. 310).

Definir um conceito de parceria em oportunidade de negócio, delimitando sua essência como categoria jurídica, é empreitada tormentosa. Talvez o primeiro desafio seja identificar o próprio conceito de parceria, expressão plurissignificativa e multidisciplinar que normalmente se presta a designar variadas formas jurídicas de atuação colaborativa, algumas inclusive sem natureza contratual. É realmente difícil vislumbrar identidade entre todas as formas colaborativas que recebem essa denominação nas diversas áreas do direito – na verdade, não existe essa identidade – mas é possível identificar na origem do instituto, oriunda do direito privado, um núcleo essencial que nem sempre tem sido respeitado no emprego da expressão.

O Código Civil de 1916, em seu Capítulo XII, fazia referência à figura da parceria rural, que é o contrato por meio do qual uma pessoa cede um prédio rústico ou entrega animais para que a outra, respectivamente, o cultive ou os crie, em troca de uma participação nos resultados.²⁵⁴ Muito embora nada tenham a ver com as parcerias retratadas no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, é interessante notar que a parceria rural de que trata o Código de 1916, agora regulamentada no artigo 96 do Estatuto da Terra, já pressupunha a união de esforços, com partilha dos riscos e dos resultados, que é elemento característico das parcerias.

O direito empresarial, ao seu turno, reconhece como parcerias empresariais diferentes modelos contratuais de conjugação de esforços entre empresas para a realização de atividades empresariais. É o caso das sociedades de propósito específico, consórcios, franquias, representações comerciais, concessões mercantis, contratos de aliança e outros contratos associativos que pressupõem o aporte de contribuições de ambas as partes em união de esforços com vistas à realização de um empreendimento econômico que atende a interesses convergentes. Costuma-se classificar esses modelos contratuais como contratos híbridos, para distingui-los dos chamados contratos de intercâmbio, estes caracterizados pela troca de prestação por contratação e pelos interesses contrapostos, e dos contratos de sociedade, onde as partes não conservam autonomia jurídica própria.²⁵⁵

No âmbito dos contratos híbridos, as parcerias empresariais, em suas diversas modalidades, podem ser consideradas contratos associativos, eis que se caracterizam pela integração organizacional dos fatores de produção de empresários autônomos, não raro com a criação de uma nova pessoa jurídica da qual os parceiros figuram como sócios, com

²⁵⁴ O Código Civil de 1916 previa a parceria rural nas modalidades agrícola e pecuária, descritas nos artigos 1.410 e 1.416, respectivamente:

Art. 1.410. Dá-se a parceria agrícola, quando uma pessoa cede um prédio rústico a outra, para ser por esta cultivado, repartindo-se os frutos entre as duas, na proporção que estipularem.

Art. 1.416. Dá-se a parceria pecuária, quando se entregam animais a alguém para os pastoreais, tratar e criar, mediante uma quota nos lucros produzidos.

²⁵⁵ Cf. FORGIONI, 2018, p. 193.

compartilhamento dos riscos e resultados da exploração de uma atividade empresarial voltada à persecução de interesses convergentes.

A esse respeito, Ana Frazão observa que os contratos associativos, em contraposição aos contratos de troca e aos demais contratos híbridos, abarcam uma relação de cooperação ainda mais intensa, que, em suas palavras, “corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na própria consecução do fim comum”.²⁵⁶ Outra característica apontada por Ana Frazão com base em classificação de Ascarelli como própria dos contratos associativos, é a sua natureza plurilateral, o que equivale a dizer que os partícipes dessas relações partilham de uma mesma finalidade em comunhão de interesses e, portanto, precisam estruturar uma organização comum, ainda que em nível inferior ao das sociedades, para atender a essa finalidade.²⁵⁷

Em sendo contrato empresarial, é natural que essas parcerias tenham por objeto um empreendimento econômico, considerado a noção de atividade empresarial como organização racional de uma atividade econômica. Outra característica dos contratos empresariais ressaltada por Fran Martins— que se reflete nas parcerias empresariais —, é que “os contratos empresariais são celebrados com dinamismo, menor formalismo, agilidade, traço de combinação de sinergias, inclusive naquilo que se costumou chamar de parcerias empresariais”.²⁵⁸ O compartilhamento de riscos e resultados também pode constituir um elemento característico do instituto. De acordo com João Luiz Coelho da Rocha, “é essa divisão – de riscos de benefícios – no resultado, própria à associação por parceria, que a tem talvez recomendado nessa quadra moderna das relações econômicas”.²⁵⁹

Com base nessas características, Agnes Pinto Borges conceitua a parceria empresarial como “uma associação de empresas que visam a um objetivo comum, geralmente tornando-as mais competitivas, reduzindo os seus custos de produção e ampliando seus mercados consumidores”.²⁶⁰ Marçal Justen Filho, em sua teoria geral das concessões de serviço público,

²⁵⁶ FRAZÃO, Ana. *Joint ventures* contratuais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 207 jul./set. 2015, p. 195.

²⁵⁷ FRAZÃO, 2015, p. 196.

²⁵⁸ MARTINS, Fran. **Curso de direito Comercial**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 358.

Ainda, segundo esse autor, “[o] desenvolvimento de atividade empresarial, rotulado na categoria de parceria, envolve ampla liberdade, com menor formalismo, direcionada à consecução dos propósitos específicos objetivados” (MARTINS, 2017, p. 361).

²⁵⁹ ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria – formas associativas não personalizadas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 105, p. 37-42, jan./mar. 1997, p. 41.

²⁶⁰ BORGES, Agnes Pinto. **A parceria empresarial no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - PUC/SP, São Paulo, 2001, p. 34.

adota concepção semelhante, destacando o aspecto associativo das parcerias empresariais para a exploração de empreendimento econômico com partilha de riscos e resultados:

Usa-se denominar de parceria contrato por meio do qual dois ou mais agentes econômicos se associam para exploração de certo empreendimento, mantendo (em princípio) cada qual autonomia jurídica e desempenhando atividades em nome próprio. Há conjugação econômica das atividades, com previsão de partilha dos lucros, se houver. A parceria aplica-se, usualmente, em hipóteses similares às da terceirização, quando um dos agentes econômicos transfere ao outro o encargo de desenvolver certas atividades do processo empresarial. Nesses casos, identifica-se a existência de parceria em face do postulado da partilha dos lucros. Cada parte corre o risco da ausência de resultados. Caso haja insucesso empresarial, cada qual arca com os prejuízos – total ou parcialmente, de acordo com os termos de estipulação prévia.²⁶¹

Na trilha dessas concepções, o ordenamento jurídico-administrativo e parcela da doutrina administrativista se apossaram da figura das parcerias, valendo-se dessa expressão, principalmente com o movimento de Reforma do Estado na década de 1990, para designar diversas modalidades de concertação público-privada, algumas semelhantes, outras nem tanto, com a noção de parceria tal como concebida pela doutrina do direito empresarial.

Tratando das relações público-privadas, Diogo de Figueiredo Moreira Neto caracteriza as parcerias (*lato sensu*) entre o Poder Público e os particulares como “um tipo de relação associativa que gravita em torno de um empreendimento econômico, pressupondo empenho de capital e de outros recursos empresariais privados de maior expressão financeira”. Para o autor, “até mesmo a partir de seu étimo latino, *partirius*, parece patente a intenção de constituir-se uma forma *sui generis* de sociedade, em que partes se associam em algum tipo de empreendimento substrato econômico”.²⁶² O administrativista, que manifestou esse posicionamento antes do advento da Lei n. 11.079/2004, também considerava o substrato econômico da atividade um elemento fundamental à caracterização da parceria.

Embora a visão de Moreira Neto estivesse mais alinhada à concepção clássica de parceria desenvolvida no direito civil e no direito empresarial – baseada na união de esforços para a realização de um empreendimento econômico específico motivado pela convergência de interesses, com compartilhamento de riscos e resultados – não foi essa a concepção que

²⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 138. O autor propôs essa definição sob a perspectiva das parcerias empresariais antes do advento da Lei n. 11.079/2004 e com a finalidade de demonstrar que as parcerias empresariais não se prestariam à delegação de serviços públicos, pelo que, logicamente, o autor não se referia à impossibilidade de delegação através dos contratos que, mais tarde, passaram a instrumentalizar as parcerias público-privadas em sentido estrito.

²⁶² MOREIRA NETO, 2005, p. 269.

veio a prevalecer na legislação que instituiu o regime das parcerias público-privadas como modalidade de delegação da prestação de serviços públicos para a iniciativa privada.

No direito administrativo brasileiro, certamente por influência das *Public Private Partnerships* do direito inglês, as parcerias (*lato sensu*) adquiriram um sentido categorial que abrange “todos os ajustes entre setor público e setor privado, para a consecução de finalidades afetas a interesses convergentes e conciliáveis entre si, como concessões, permissões, convênios, contratos de gestão, terceirização e quaisquer outras modalidades admissíveis perante nosso ordenamento jurídico”.²⁶³ Por essa concepção amplíssima, parceria público-privada “seria sinônimo de emparceiramento, convergência entre duas esferas, consubstanciando ou não numa relação contratual”.²⁶⁴

Assim, diferentemente das parcerias empresariais, a natureza econômica da atividade e o compartilhamento de riscos e resultados não constituem, necessariamente, elementos essenciais para caracterizar as parcerias público-privadas em sentido amplo. Inclusive, parcela considerável da doutrina costuma enquadrar nessa categoria todo tipo de contrato administrativo, convênio, acordo administrativo ou instrumento congênere de concertação, ainda que não haja comunhão de esforços ou mesmo substrato econômico.

Desde o advento da Lei n. 11.079/2004, as parcerias público-privadas ganharam um sentido estrito, passando a designar “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, nos termos do artigo 2º desse diploma. Tanto a concessão administrativa, quanto a concessão patrocinada acenam para a ideia de remuneração total ou parcialmente provida pelo parceiro público, com melhores garantias financeiras para o parceiro privado e compartilhamento dos ganhos de eficiência entre as partes.

O regime das parcerias público-privadas instituído pela Lei n. 11.079/2004 resgatou em boa medida a concepção empresarial, baseada na ideia de colaboração associativa e interesses distintos, porém convergentes a um mesmo objetivo compartilhado por duas partes que unem esforços para a realização de um empreendimento com conteúdo econômico. Um dos objetivos que motivaram a concepção desse regime, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seria o de privatizar a Administração Pública mediante a transferência de atividades antes exercidas pelo Estado em um processo que, na sua visão, relaciona-se com outro objetivo do movimento de Reforma do Estado, que é a fuga para o direito privado.²⁶⁵

²⁶³ DI PIETRO, 2009, p. XII.

²⁶⁴ MARQUES, NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22.

²⁶⁵ São as palavras da ilustre administrativista:

A figura ainda foi empregada para designar outras formas de atuação colaborativa entre o Estado e particulares, a exemplo das parcerias voluntárias de que trata a Lei n. 13.019/2014, que visam apoiar e fomentar atividades de cunho social desenvolvidas por organizações da sociedade civil sem finalidade lucrativa. Eis o teor do inciso III do artigo 2º do referido diploma:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

III - parceria: conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação;

Mais recentemente, o §2º do artigo 1º da Lei n. 13.334/2016 (Programa de Parcerias de Investimentos – PPI), retomou a concepção amplíssima, ao designar como contratos de parceria todas as modalidades de concessão e permissão de serviço público, arrendamento de bem público, concessão de direito real, além de outros negócios que adotem estrutura jurídica semelhante em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos. Parceria, na Lei n. 13.334/2016, é sinônimo de projeto complexo, de alto risco e custo elevado a ser amortizado no longo prazo, o que não deixa de retratar características presentes na maioria das parcerias empresariais entre empresas estatais e empresas privadas.

A busca por eficiência, segurança jurídica e a necessidade de captação de recursos privados, principalmente para o desenvolvimento de empreendimentos de infraestrutura, como no caso das Leis n. 11.079/2004 e 13.334/2016, impulsionaram a reaproximação da Administração Pública com a técnica empresarial, enquanto instrumento de realização das mais variadas finalidades de interesse público. Circunstâncias análogas encorajaram a ascensão da consensualidade nas relações entre Administração Pública e particular em

“Outro objetivo das parcerias público-privadas, menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito privado, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público” (DI PIETRO, 2009, p. 144).

detrimento da atuação administrativa unilateral, que em certas situações se mostrou menos eficiente para o atendimento de outras tantas finalidades de interesse público.²⁶⁶

As parcerias em oportunidades de negócio, retratadas nos §§ 3º e 4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, são reflexo dessa perspectiva associativa das relações público-privadas. A partir da noção de consensualidade e da adoção de técnicas empresariais pela Administração Pública, comprehende-se que a atuação concertada entre empresa estatal e empresa privada pode se revelar instrumento propício ao desenvolvimento conjunto de empreendimentos complexos e custos, no âmbito da atividade empresarial do Estado, enquadrando-se, assim, como ferramenta adequada à realização do interesse público subjacente a essa atividade. Assume-se como premissa que, se o Estado pretende empreender, deve formar parcerias.

Seguindo essa linha, Alexandre Santos de Aragão anota que a ampliação dos espaços de celebração de parcerias entre o Poder Público e os particulares vai além das concessões de serviço público e avança, hoje, sobre a atuação empresarial do Estado.²⁶⁷ Vitor Rhein Schirato, por seu turno, vislumbra uma mudança de paradigma nas parcerias já existentes entre empresas estatais e empresas privadas, que “deixam de ser alianças de mero capital e passam a ser verdadeiras parcerias, com o compartilhamento de riscos, perdas, ganhos e, sobretudo, experiências entre os setores públicos e privados”.²⁶⁸

A rigor, todas essas especificidades enquadram as parcerias em oportunidades de negócio tanto na noção de parceria público-privada em sentido amplo²⁶⁹, quanto de parceria

²⁶⁶ Em sentido análogo, Arnoldo Wald assinala duas tendências que considera paralelas e complementares: “De um lado, flexibiliza-se o Direito Administrativo, nele incluindo-se fórmulas de direito privado com as adaptações necessárias. De outro, delega-se aos particulares a realização de determinados serviços públicos, de acordo com a regulamentação e sob a fiscalização do Estado, multiplicando-se as parcerias” (WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre. **O direito de parceria e a lei de concessões:** (análise das leis n. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54).

²⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa Público-Privada, **Revista dos Tribunais**, v. 890, dez. 2009, p. 3.

²⁶⁸ SCHIRATO, 2016, p. 195.

A multiplicação das parcerias empresariais não se restringe às empresas estatais, atingindo toda a atividade empresarial, sendo ela pública ou privada. O fenômeno tem relação com a globalização e a evolução tecnológica e outros imperativos que impulsionam a busca contínua de vantagens competitivas em ambiente concorrencial. Para Arnoldo Wald, “[a]s empresas concorrentes associam-se, hoje, sob a forma de consórcio ou de *joint venture* e, algumas vezes, criando sociedades de propósito específico (*special purpose companies*), com a finalidade de unir esforços na produção, na distribuição, ou até na pesquisa e na exportação. Os maiores desafios técnicos do mundo moderno, os investimentos mais importantes que são exigidos pela tecnologia e a preocupação de limitar ou dividir riscos transformaram os competidores de ontem em consorciados ou até sócios, tendo determinadas legislações, como a francesa, criado, por exemplo, novas fórmulas como o grupo de interesse econômico, que atende a determinadas funções exercidas pela parceria” (WALD; MORAES; WALD, 2004, p. 84).

²⁶⁹ Para Fernão Justen de Oliveira, “[a] identificação da parceria público-privada como instituto dotado de autonomia teórica perante outras modalidades de conjugação de esforços entre os setores público e privado suplanta a esfera da dissociação entre parceria *stricto sensu* e *lato sensu*. É por esse último aspecto que se pode cogitar de parceria público-privada sob o regime de direito privado – cuja modalidade mais difundida

empresarial. As parcerias em oportunidades de negócio, sob essa ótica, configuram uma relação associativa entre Estado e particular, conjugando esforços de ambas as partes, com partilha de riscos e resultados e a peculiaridade de inserirem-se no contexto da atividade empresarial de uma empresa estatal, sabidamente e voltada à consecução do interesse público, o que lhes atrai alguns influxos do regime publicístico.

Sob esse mesmo ângulo, Rafael Wallbach Schwind vem a caracterizar as participações estatais minoritárias em empresas privadas como espécie de parceria público-privada. Vale transcrever o raciocínio do administrativista que, embora restrito às participações minoritárias, amolda-se perfeitamente ao fenômeno mais abrange das parcerias em oportunidades de negócio das empresas estatais:

Existe um engajamento empresarial do Estado com um grupo privado. Esse engajamento demanda a conjugação de esforços entre os dois setores (público e privado) para que os resultados almejados sejam buscados. Sob um certo ângulo, portanto, trata-se de uma parceria público-privada de natureza societária.

De um lado, o Estado, normalmente adotando por veículo uma empresa estatal, contribui de algum modo para o desempenho de uma atividade econômica, aportando recursos e o próprio apoio institucional do Estado àquela atividade. De outro lado, a empresa estatal compartilha a direção do empreendimento com o setor privado – compartilhamento esse que ocorre de modo muito mais intenso do que aquele que se verifica nas sociedades de economia mista, mesmo quando possuem um sócio privado estratégico.²⁷⁰

Como se vê, o modelo de parcerias entre empresas estatais e empresas privadas, aí compreendidas as parcerias em oportunidades de negócio, conjuga características das parcerias empresariais e das contratações públicas, em uma nova modalidade de parceria público-privada. Das parcerias empresariais, extrai a sua natureza associativa para a exploração de uma atividade empresarial, o que pressupõe a natureza econômica do empreendimento, partilha de riscos e resultados. Da presença do Estado na relação jurídica e como contrato plurilateral, exsurge a necessária convergência de interesse público com o interesse privado, bem como a incidência dos princípios que influenciam na definição de seu regime jurídico, em especial no procedimento que antecede a sua formação.

Com efeito, sob o abrigo do enquadramento jurídico das parcerias empresariais oriundas da doutrina comercialista, as parcerias em oportunidades de negócio da Lei n. 13.303/2016, dentre outras parcerias empresariais público-privadas que já estavam previstas no ordenamento jurídico pátrio, adquirem substrato jurídico próprio, assumindo a sua natureza

no Brasil é a sociedade de economia mista” (OLIVEIRA, Fernão Justen. **Parceria Público-Privada: aspectos de direito público econômico** (Lei n. 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 93).

²⁷⁰ SCHWIND, 2016, p. 74.

contratual, ao passo que se diferenciam de outros contratos ditos de troca, onde não há atuação colaborativa, e de outros contratos híbridos, onde não há convergência de finalidades, nem natureza organizacional.

Admitindo-se a natureza contratual dessas relações associativas público-privadas, há que se discordar da quase generalidade da doutrina administrativista, que considera contratos apenas os acordos de vontade que regulam a conformação de interesses contrapostos.²⁷¹ Os contratos associativos apresentam natureza contratual, uma vez que constituem manifestações bilaterais de vontade norteadas à criação de direitos e obrigações recíprocas entre as partes contratantes, com a peculiaridade de que esses direitos e obrigações reciprocamente pactuados visam regular interesses que convergem em prol de uma mesma finalidade.

Fixadas essas premissas, pode-se considerar as parcerias em oportunidades de negócio da Lei n. 13.303/2016 como verdadeiras *parcerias empresariais público-privadas, ou seja, como categoria de contrato associativo entre empresa estatal e empresa privada voltado ao desenvolvimento e exploração conjunta de determinado empreendimento econômico de interesse comum, mediante compartilhamento de riscos e resultados, para o melhor atendimento do interesse público que legitima a atuação empresarial do Estado na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas em sentido estrito*.

²⁷²

3.2.2 Distinção entre as parcerias empresariais público-privadas e outras modalidades de parceria público-privada em sentido amplo

As parcerias empresariais público-privadas têm especificidades que as distinguem de outras modalidades de parceria público-privada em sentido amplo. De início, cabe destacar que essas parcerias não encontram paralelo nas categorias tradicionais de contratações públicas, o que é natural, tendo em conta que os elementos definidores dessas parcerias não

²⁷¹ Veja-se, por todos, o escólio clássico de Hely Lopes Meirelles:

“Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos” (MEIRELLES, 2011, p. 447).
Sobre a impropriedade da distinção entre convênio e contrato fundada na relação intersubjetiva das partes, consulte-se: ALMEIDA, 2012, p. 340.

²⁷² Pelas suas próprias características, essa definição ultrapassa as parcerias formalizadas com fundamento nos §§ 3º e 4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, estendendo-se a parcerias empresariais público-privadas formalizadas com fundamento nouros dispositivos legais.

remetem a nenhuma modalidade contratual específica. Trata-se de uma conjugação de características que podem ser encontradas em mais de uma espécie de concertação público-privada. Sua essência reside na reunião de esforços entre parceiro público e parceiro privado para a implementação e exploração coordenada de um empreendimento econômico de interesse comum, com compartilhamento de riscos e resultados.

Segundo esse passo, as parcerias empresariais público-privadas não se confundem com nenhuma das modalidades de concessão de serviço público previstas nas Leis n. 8.987/1995, 9.074/1995, 11.079/2005 e na legislação setorial. Dentre as diversas especificidades que as diferenciam, frise-se que as parcerias empresariais pressupõem atuação conjugada mediante compartilhamento de riscos e resultados, sendo que a escolha do parceiro privado ocorre, via de regra, sem licitação. Já as concessões de serviço público, dentre outras peculiaridades de seu regime jurídico, importam na transferência da prestação de serviço público ao parceiro privado, por sua conta e risco, sempre através de licitação, consoante prevê o artigo 175 da Constituição Federal.²⁷³ Há, portanto, uma clara distinção quanto ao seu objeto e quanto ao regime jurídico que permeia a sua formação.

As parcerias empresariais público-privadas também não se enquadram em nenhuma das espécies de parceria tipificadas na Lei n. 13.334/2016. O conceito de parceria desse diploma reflete a lógica dos contratos de concessão, pautados na transferência de bens e serviços ao particular, que, por sua vez, realiza vultosos investimentos cuja amortização exige que lhe seja assegurando determinado patamar de retorno financeiro pelo período de tempo em que assumirá a responsabilidade pela prestação de um serviço de titularidade estatal. Também aqui, via de regra, ocorre a transferência da atividade ao particular para exploração por sua conta e risco e não uma exploração conjunta com amplo compartilhamento de riscos e resultados, como ocorre nas parcerias empresariais público-privadas.²⁷⁴

²⁷³ Marçal Justen Filho acentua a impossibilidade da delegação de serviços públicos mediante contratos de parceria (empresarial), eis que “[a] parceria aplica-se, usualmente, em hipóteses similares às da terceirização, quando um dos agentes econômicos transfere ao outro o encargo de desenvolver certas atividades do processo empresarial. Nesses casos, identifica-se a existência de parceria em face do postulado da partilha dos lucros. Cada parte corre o risco da ausência de resultados. Caso haja insucesso empresarial, cada qual arca com os prejuízos – total ou parcialmente, de acordo com os termos de estipulação prévia” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 138). Entretanto, nessa mesma obra, Justen Filho reconhece a natureza de parceria da concessão, conquanto “[m]ais do que um contrato comutativo, a concessão é uma via associativa, por meio da qual se produz a conjugação de esforços de diversa origem e qualitativamente distintos, para a realização de interesses comuns” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 62). Ao menos nesse aspecto, essas considerações notabilizam as semelhanças existentes entre a concessão e a parceria empresarial público privada (JUSTEN FILHO, 2003, p. 62).

²⁷⁴ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. A unificação de contratos administrativos de parceria e seu regime jurídico-societário. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 101-119, jan./mar. 2017.

Tampouco as parcerias em oportunidades de negócio se identificam com quaisquer das parcerias firmadas com o terceiro setor, dentre as quais vale mencionar os convênios administrativos, contratos de gestão com organizações sociais, termos de parceria com organizações da sociedade civil organizada e parcerias voluntárias. O que distingue as parcerias empresariais dessas outras parcerias de cunho eminentemente social é, sobretudo, o conteúdo econômico do empreendimento que será explorado sob a perspectiva empresarial pela comunhão de esforços entre empresa estatal e empresa privada. Há uma outra limitação nesse campo, que diz respeito à impossibilidade de pessoas jurídicas constituídas sob a forma empresarial firmarem contratos de gestão, termos de parceria e outros instrumentos voltados à colaboração para o exercício de atividade sem finalidade lucrativa.²⁷⁵

Distinguem-se, ainda, dos contratos de terceirização ou subcontratação, na medida em que as parcerias empresariais público-privadas pressupõem atuação conjugada com compartilhamento de riscos e não mera transferência de atividades desenvolvidas pelo tomador do serviço. Pelo mesmo motivo não se confundem com outros contratos administrativos de fornecimento de bens ou prestação de serviços regidos pela Lei n. 8.666/1993, por estabelecerem relações associativas estáveis que não se esgotam em uma ou em algumas operações comerciais.²⁷⁶ Noutras palavras, a parcerias, por definição, são relações associativas e plurilaterais, razão pela qual não comportam contratos de intercâmbio, daí porque, o afirma Marçal Justen Filho, “[c]ontratar um prestador de serviços não constitui uma solução jurídica subsumível ao conceito legal de parceria referido no §4º do art. 28”.²⁷⁷

²⁷⁵ Cf. artigo 2º da Lei n. 9.637/1998; artigo 1º da Lei n. 9.690/1999 e artigo 2º da Lei n. 13.019/2014, que exigem que o colaborador privado não tenha finalidade lucrativa.

²⁷⁶ Paula Forgioni aponta as seguintes características que diferenciam os contratos relacionais dos contratos de prestação: “[i] tendem a se estender no tempo; [ii] em virtude de sua longa duração, neles busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato visa a disciplinar, além das trocas em si, o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. É normal que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas; [iii] há certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma parte [e do negócio] reverterá em benefício da outra (i.e., de todas elas)” (FORGIONI, 2018, p. 62).

Ainda a esse respeito da distinção entre as parcerias e simples contratos de intercâmbio, vale transcrever o pertinente excerto do Acórdão n. 1.663/2005, do Tribunal de Contas da União:

18.2.19 Enfatizamos que a interpretação mais consentânea com o espírito do item 2.3 'h' do Decreto para o termo parceria é a reunião de pessoas para a consecução de interesses comuns. Na área de petróleo, o exemplo a ser ofertado é muito elucidativo. Com a abertura da exploração de petróleo a qualquer empresa interessada e que preencha as exigências editais, a concessão de áreas para exploração é realizada por meio de leilões promovidos pela ANP. Nesse caso, sim, existe o que se denomina parceria, ou seja, duas ou mais empresas reúnem-se e adquirem um determinado bloco. Não há fornecimento de bens de um lado e recebimento de seu preço do outro, como em qualquer contrato comercial. Em havendo meras vantagens comerciais, como as expostas acima, elas devem ser sopesadas num certame licitatório. Reiteramos, contratos comerciais não são parcerias nos termos do item 2.3 h do Decreto. TCU, Acórdão n. 1.663/2005, Relator: Ubiratan Aguiar, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 19/10/2005.

²⁷⁷ JUSTEN FILHO, 2016a, p. 303.

Por fim, é pertinente distinguir as parcerias empresariais de outros contratos associativos que originam uma terceira entidade com personalidade jurídica própria, sobremodo em face do instituto das sociedades de economia mista.

As parcerias empresariais e as sociedades de economia mista assemelham-se na medida em que ambos os institutos instrumentalizam a comunhão de esforços e, notadamente, de recursos em prol de uma atividade do interesse de ambas as partes, inclusive com partilha de riscos e resultados para o exercício de atividade empresarial. Não raro, como adiante será melhor delineado, as parcerias empresariais também ensejam a criação de uma pessoa jurídica de direito privado para o desenvolvimento dessa atividade, ou seja, de uma sociedade de propósito específico.

Sem embargo dessas aproximações, subsistem distinções substanciais entre os institutos, dentre as quais cabe destacar três diferenças: (i) a parceria empresarial pressupõe a associação de pelo menos duas empresas – uma empresa estatal e uma empresa privada –, podendo o poder de controle ser exercido pelo parceiro privado, ao passo que, na sociedade de economia mista, ainda que se admita a celebração de acordos de acionistas, a participação majoritária e a primazia do poder de controle devem pertencer necessariamente a um ente político que não ostenta natureza empresarial; (ii) a sociedade de economia mista tem atuação voltada ao desenvolvimento contínuo de atividade empresarial prevista em lei autorizativa, enquanto a atuação em regime de parceria se restringe à implementação e exploração de um empreendimento empresarial específico e definido, que está compreendido dentro do escopo do objeto social mais abrangente da empresa estatal; (iii) na parceria, o parceiro privado tem atuação ativa no desenvolvimento da atividade empresarial, ao contrário da sociedade de economia mista, onde via de regra a contribuição do particular se restringe ao aporte de recursos e ao exercício das prerrogativas de acionista minoritário.²⁷⁸

3.2.3 Legitimidade das parcerias empresariais público-privadas: a consensualidade administrativa chega à atuação empresarial do Estado

Como visto, as parcerias em oportunidades de negócio da Lei n. 13.303/2016 não constituem um tipo específico de contrato, convênio ou instituto congênero, podendo ser estruturadas sob diferentes modelos de contratos associativos. Todas essas formas

²⁷⁸ Sem prejuízo dessas constatações, como se verá adiante, é possível que a parceria empresarial seja instrumentalizada por meio da constituição de sociedade de propósito específico com participação majoritária do parceiro público, caracterizando-se, nesse caso, como subsidiária da empresa estatal.

associativas – assim como toda atuação colaborativa de uma empresa estatal e uma empresa privada que reflete a união de esforços para o desenvolvimento de um empreendimento econômico – são instrumentalizadas por meio de acordos de vontade entre a Administração Pública e o particular.

É nesse contexto que as parcerias empresariais público-privadas devem ser compreendidas como manifestações do fenômeno da “consensualidade administrativa” que caracteriza a Administração Pública contemporânea.²⁷⁹ A consensualidade não constitui propriamente uma categoria jurídica inédita. A expressão refere-se a uma nova postura da Administração Pública, que abre mão de uma atuação unilateral em prol de soluções concertadas. O objetivo da consensualidade é viabilizar resultados que propiciem a máxima realização de interesses convergentes de ambos os polos da relação jurídica, o que, dependendo do caso concreto, pode ser mais adequado à máxima realização do interesse público norteador da atividade administrativa do que uma atuação isolada, impositiva e unilateral por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, a consensualidade inaugura uma postura dialógica em prol do interesse público, substituindo uma postura autoritária de supremacia da Administração Pública sobre o particular que, em certa medida, encontrava-se descompassada com a postura que se espera da Administração em um regime democrático. Fernando Dias Menezes de Almeida pontua os contornos da consensualidade administrativa:

O consenso tem íntima relação com a democracia, não integrando o princípio próprio dos regimes autoritários. O Estado, como fenômeno político, e a

²⁷⁹ De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma, “é natural que o incremento das parcerias no âmbito administrativo se encontre em um contexto de contratualização, o que ganhou maior evidência nos estudos publicistas sobre o fenômeno. Em outros termos, discussões sobre as potencialidades e os limites das parcerias na administração pública geralmente se inserem na linha de pesquisa da contratualização, de modo que sempre foi uma tônica muito forte a discussão sobre os instrumentos contratuais que viabilizam as parcerias”. MARQUES NETO; PALMA, 2016, p. 61.

Tratando especificamente das parcerias público-privadas da Lei n. 11.079/2004, Gustavo Justino de Oliveira tece as seguintes observações sob a ótica da consensualidade, que se aplicam às parcerias relacionadas a oportunidades de negócio, senão vejamos: “as PPPs também encaixam-se no *novo contratualismo administrativo*, em que (i) privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integrarão o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a repartição dos riscos e atribuição de garantias a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração”. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e PPP. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 113.

Administração, como parte desse fenômeno, no contexto de um regime democrático, devem, pois, dedicar-se permanentemente à construção do consenso da comunidade. Natural, portanto, que um dos vetores da evolução do Direito Administrativo, na democracia, seja a substituição dos mecanismos de imposição unilateral – tradicionalmente ditos de “império” – por mecanismos de consenso, ou seja, mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes, como os governados, sobre as bases da ordem a que estarão submetidos, respeitando-se os limites da legalidade.²⁸⁰

Como corolário dessa postura dialógica, se antes se controvertia acerca da existência de contratos administrativos²⁸¹, agora, é cada vez mais frequente que a Administração se valha de contratos e outros acordos de caráter vinculante com particulares em substituição à edição de atos unilaterais, o que por certo é fruto de uma releitura dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade, aliada ao descrédito da atuação administrativa unilateral. É o diagnóstico de Vasco Manoel Pereira da Silva, para quem “[d]e autoritária e agressiva, a Administração habitua-se a procurar o consenso com os particulares, quer mediante a generalização de formas de actuação contratuais, que pela participação e concertação com os privados, ainda quando estejam em causa actuações unilaterais”.²⁸²

Com efeito, vários são os motivos que justificam a adoção de uma postura dialógica pela Administração Pública com o particular. Todos eles se relacionam direta ou indiretamente com a mudança na percepção do direito administrativo, de um direito centrado no ato administrativo, que regula a Administração Pública isoladamente; para um direito centrado na relação jurídica administrativa, que regula as variadas relações que envolvem o exercício da função administrativa em face dos cidadãos.²⁸³

²⁸⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 334.

²⁸¹ Veja-se, por todos: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 88, 1967. Em verdade, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello não negava a possibilidade de a Administração formalizar contratos com particulares. O que o Mestre do direito administrativo não concebia era existência do contrato administrativo como categoria jurídica própria e distinta dos contratos privados. Na sua visão, as prerrogativas exorbitantes da Administração Pública não integravam o contrato, cujo objeto restringia-se ao aspecto econômico-financeiro da avença.

Ainda assim, como adverte Vasco Manuel Pereira da Silva, “[s]aber se uma determinada actuação administrativa é de natureza unilateral ou contratual pode não ser tão fácil como parece, à primeira vista. De facto, se a distinção entre acto e contrato ‘é clara na teoria do direito. Na prática, ela é por vezes difícil de aplicar: se o acto unilateral é uma decisão, enquanto o contrato resulta de uma negociação, então, é verdade que muitas decisões mais não fazem do que pontuar negociações. Por exemplo, no domínio da política económica, os actos unilaterais não o são senão na aparência – o mais frequente é que, mais do que ordens, sejam o fruto de acordos realizados entre a Administração e os seus parceiros’ (*Dupuis/Guédon*)” (SILVA, 2016, p. 474).

²⁸² SILVA, 2016, p. 467.

²⁸³ Para Vasco Manuel Pereira da Silva, essa perspectiva relacional permite “[a] solução do problema da diversificação das formas de actuação da Administração moderna, que ‘põe em cheque’ a dogmática clássica do acto administrativo. Diferentemente da dogmática tradicional, a teoria da relação jurídica permite a

Além da perspectiva relacional, destacam-se, como principais fundamentos que dão sustentáculo ao fenômeno da consensualidade, a releitura do princípio da legalidade em prol da ideia de juridicidade; a busca por uma Administração Pública de resultados, com a consequente ascensão dos princípios da eficiência e boa administração; e a concepção de que a Administração não possui o monopólio do interesse público, que tampouco se confunde com o interesse secundário da Administração, nem significa a antítese dos interesses privados.

Sob a ótica do princípio da eficiência, cabe repisar que a consensualidade não visa atingir finalidade diversa de qualquer outra atividade administrativa, que é a realização do interesse público, aqui concebido “como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.²⁸⁴ A essência da consensualidade consiste, portanto, em possibilitar a persecução do interesse público por alternativas concertadas que se revelem mais eficientes do que a atuação unilateral e igualmente compatíveis com os parâmetros legais que balizam o exercício da função administrativa.²⁸⁵

Sem embargo, o princípio da legalidade ainda condiciona as decisões da Administração Pública, que não poderá formalizar acordos que escapem aos controles e procedimentos instituídos para resguardar os princípios consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Como esclarece José Manuel Sérvalo Correia, essa nova vertente relacional do direito administrativo “nem expulsa a vertente normativa, nem afasta como característica identitária do direito administrativo a prossecução do interesse público, nem conduz ao absurdo de retirar ao direito administrativo a feição de direito da Administração Pública. A relação é jurídica porque é conformada por normas, ou seja, porque faz parte de uma *ordo ordinata* pelo direito”.²⁸⁶

Sucede que o ordenamento jurídico abarca diversas modalidades de acordos administrativos aptos a viabilizar a persecução do interesse público pela Administração Pública. Normalmente, não há uma única solução juridicamente aceitável para a resolução de determinado empecilho à atuação administrativa ou à satisfação de uma dada necessidade coletiva. É natural que existam múltiplas possibilidades com a capacidade de atender em

compreensão do posicionamento relativo dos diversos sujeitos administrativos, tanto nas situações clássicas em que a Administração actua através de meios unilaterais, como naquelas em que a Administração utiliza formas de actuação consensual ou informal (vide os fenômenos de privatização, contratualização e tecnicização da actividade administrativa). Pois, independentemente da forma de actuação escolhida, existirá sempre uma relação jurídica” (SILVA, 2016, p. 188).

²⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 62.

²⁸⁵ Cf. SILVA, 2016, p. 106.

²⁸⁶ CORREIA, 2003, p. 54.

maior ou menor grau à finalidade para a qual uma dada competência é juridicamente atribuída a órgão ou entidade da Administração Pública.

A sujeição da Administração Pública ao princípio da legalidade, observa Marçal Justen Filho, “não significa que os modelos de contratação pública tenham de ser previamente definidos em lei. A lei concede autorização para o Estado contratar, mas não fornece parâmetros exaustivos dos modelos de contratação”.²⁸⁷ Mesmo no direito administrativo sancionador, onde a aplicação de penalidades sempre foi considerada como competência amplamente vinculada, tem-se admitido o afastamento desse poder-dever da Administração em prol de soluções que, no caso concreto, se revelem mais consentâneas com a realização do interesse público.^{288, 289} Ou seja, dentro dos parâmetros normativos, a Administração tem competência discricionária material e, em certos aspectos, até mesmo procedural para firmar contratos e outros acordos de concertação de interesses público-privados.²⁹⁰

Não há, por conseguinte, qualquer incompatibilidade entre consensualidade e legalidade ou entre consensualidade e persecução do interesse público, que permanece sendo indisponível para a Administração Pública. Bem ao contrário, é a própria indisponibilidade do interesse público, à luz do princípio da eficiência administrativa, que recomenda a utilização de alternativas concertadas que se revelem mais consentâneas com o interesse público.

Sob outro ângulo, calha anotar que a consensualidade administrativa não se esgota com a utilização do acordo administrativo como instrumento à disposição da Administração Pública em situações onde antes só prevalecia a atuação unilateral. Mais do que isso, a consensualidade representa uma mudança na percepção dos interesses em jogo no próprio contrato administrativo, que deixa de ser considerado somente como um vínculo de prestação e contraprestação entre interesses contrapostos e passa a ser concebido como um meio de

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, 2015, p. 924.

²⁸⁸ Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi. **Atuação Administrativa Consensual:** Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

²⁸⁹ São diversas as manifestações da consensualidade administrativa no âmbito do direito administrativo sancionador: o artigo 174 do Código de Processo Civil trata da solução consensual de conflitos entre Administração Pública e particulares; o artigo 5º da Lei n. 3.347/1985 prevê a formalização de termo de ajustamento de conduta no âmbito da ação civil pública; o artigo 85 da Lei n. 12.529/2011 prevê a celebração de compromisso de cessação de prática sob investigação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ainda, vale mencionar os mecanismos privados de resolução de disputas (mediação, conciliação e arbitragem) entre Administração Pública e particulares previstos nas Leis n. 9.307/1996 (arbitragem), 8.987/1995 (concessões de serviço público), 11.079/2005 (parcerias público-privadas) e 2.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), dentre outras previsões esparsas na legislação específica dos setores de infraestrutura.

²⁹⁰ Nesse sentido, preleciona Sérvulo Correia que “a conformação administrativa de situações da vida envolve o plano material e o plano procedural, que, sobrepondo-se e entrecruzando-se por vezes, não se confundem, permitindo uma análise jurídica dualista, mais precisa e eficiente” (CORREIA, 2003, p. 55).

mútua colaboração em que ambas as partes atuam ativamente para a realização de interesses compatíveis entre si, o que se presume mais eficiente sob a ótica do resultado alcançado.²⁹¹

O fenômeno da consensualidade na Administração Pública reflete-se nas parcerias empresariais público-privadas na medida em que uma empresa estatal se despoja de sua condição de Administração contratante, que apenas paga pelo fornecimento de um bem ou pela prestação de um serviço, e de sua atuação isolada em atividade empresarial, para viabilizar a estruturação de um empreendimento em colaboração com o particular. Essa concertação ocorre por meio de um acordo administrativo por força do qual as partes atuam lado a lado na persecução de interesses convergentes, dentre os quais, necessariamente, o interesse público. É por força desse interesse, aliás, que a exploração de atividade econômica pelo Estado admite e, por vezes, exige o emprego da consensualidade.

Por esse enfoque, a relação entre consensualidade e eficiência é tributária da adoção de uma perspectiva instrumental dos institutos admitidos pelo ordenamento jurídico para a formação do consenso entre Administração Pública e particular, aí compreendidos os institutos de direito privado. Assim, para Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma, “as parcerias, em especial as de cunho estratégico, apresentam-se como efetivo instrumento de transformação pública empresarial ao promover a aproximação das empresas estatais com o setor privado com o consequentemente emprego de instrumentos jurídicos tipicamente privados”.²⁹²

Notar um instituto jurídico sob a ótica instrumental, preleciona Juliana Bonacorsi Palma noutro artigo de sua autoria, significa compreendê-lo como mecanismo de promoção de finalidades públicas, de forma que o formalismo cede para a funcionalidade, ensejando figuras atípicas substitutivas ou complementares ao instituto.²⁹³ A autora prossegue versando sobre a relação entre consensualidade e eficiência:

Instrumentalização e funcionalização do Direito Administrativo ensejam a abertura à consensualidade na medida em que, conforme o critério racional que se adote para

²⁹¹ Cf. MONTEIRO, Vera. **Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

²⁹² MARQUES NETO; PALMA, 2016, p. 91.

²⁹³ PALMA, 2010, p. 95.

Essa postura cooperativa, segundo Calixto Salomão Filho, também se assenta na abertura do contrato a novos interesses não monopolizados pela Administração:

“O fato de o reconhecimento de outros interesses se tornar imprescindível para evolução do processo capitalista significa que, do ponto de vista do contrato, as partes se tornam interdependentes. Ora, como visto, é dessa interdependência, exatamente, que nasce a possibilidade de cooperação. Assim, a mesma razão que leva ao reconhecimento de novos elementos como relevantes para o funcionamento do contrato é a que faz com que o contrato deva funcionar em base cooperativa. Daí por que não é exagerado dizer que o reconhecimento de novos interesses e cooperação contratual são dois elementos interligados” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 196).

delimitar o conteúdo de “decisão eficiente”, os acordos celebrados entre Administração Pública e administrado podem ser uma possível opção de escolha, admitindo ponderações de eficiência no caso concreto juntamente com o ato administrativo imperativo e unilateral. De semelhante forma, a decisão unilateral da Administração pode ser mais eficiente mediante prévia celebração e acordos administrativos para conformá-la no caso dos acordos integrativos.²⁹⁴

A propósito, não é demais lembrar que o princípio constitucional da eficiência, lado a lado com a legalidade, empresta fundamento de validade e serve de parâmetro para o exercício de competências discricionárias, o que se revela especialmente relevante no emprego de instrumentos consensuais entre Administração Pública e particulares. Nesse campo, deve-se ponderar, à luz do princípio da eficiência, sobre a adequação jurídica e pragmática da consensualidade para atingir determinada finalidade de interesse público.

No âmbito dessa ponderação de possibilidades, a atuação concertada se contrapõe à atuação unilateral da Administração Pública como postura a ser adotada para a realização do interesse público. Não são poucos os casos em que a atuação unilateral será mais adequada ao interesse público do que a consensual, em especial quando a resistência do particular desprovida de respaldo jurídico opuser empecilhos à constituição de um ato essencial ao exercício da função administrativa. Noutros casos, a maximização de finalidade de interesse público só poderá ser atingida por meio de uma atuação concertada com o particular, o que pressupõe a existência de competência discricionária para que o agente público possa optar pela alternativa consensual. Nesse sentido, a opção pela atuação concertada ou unilateral perpassa pela ponderação das vantagens e desvantagens de cada alternativa no caso concreto:

É que, dispondo o Estado de duas vias jurídicas para aceder a um mesmo resultado – a via impositiva e a via consensual –, jamais poderia adotar a trilha que o expõe a eventuais comprometimentos patrimoniais despiciendos. Ou seja, não lhe é validamente permitido eleger via jurídica potencialmente onerosa se esta é incapaz de lhe outorgar, de direito, vantagens maiores do que as que captaria servindo-se de outra via, não onerosa (a impositiva). A ideia ressalta, ainda mais, se esta última se enquadra em sua forma típica de ação, maiormente nas relações com entidades que se constituem, acima de tudo, em meros sujeitos auxiliares seus.²⁹⁵

Como toda decisão empreendida no exercício de uma competência discricionária, o emprego da consensualidade na atividade empresarial do Estado deve ser avaliado casuisticamente. O princípio da eficiência não apenas recomenda o emprego da técnica

²⁹⁴ PALMA, 2010, p. 96.

²⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 235.

Esclareça-se que o trecho destacado aluda à figura da admissibilidade dos contratos de gestão entre Administração direta e indireta, muito embora a compatibilidade das premissas permite que esse raciocínio do Professor Celso Antônio seja transportando à generalidade dos casos em que a Administração renuncia a sua atuação unilateral em prol de uma solução concertada.

empresarial pelo Estado na exploração de atividades econômicas em sentido amplo, como também serve de parâmetro a nortear a adoção de mecanismos de consenso como a parceria, nos casos em que a atuação isolada da empresa estatal configurar um empecilho para a realização do interesse público que legitima a sua atuação empresarial.

A conveniência na utilização da consensualidade no âmbito da atividade empresarial do Estado, mediante critérios de eficiência e legalidade, deve ser avaliada em duas oportunidades: (i) no momento em que a empresa estatal identifica que a atuação conjunta com o particular é o meio mais adequado para o exercício de determinado empreendimento econômico compreendido no seu objeto social; e (ii) no momento em que a empresa estatal avalia, no âmbito de sua competência discricionária, qual a arquitetura jurídica mais adequada para instrumentalizar a parceria com o particular para o exercício de atividade empresarial de interesse público.²⁹⁶

Assim, em um primeiro momento, importa verificar se as especificidades do empreendimento exigem que duas ou mais empresas unam esforços para atuação conjunta no desenvolvimento de determinada atividade empresarial. Normalmente, a atuação concertada se torna necessária por conta das peculiaridades de cada parceiro, como, por exemplo, de diferentes expertises, conjunto de profissionais, infraestrutura e outras vantagens estratégicas, que, somadas, viabilizarão o desenvolvimento de empreendimento complexo. Nessas circunstâncias, os módulos consensuais agregam eficiência à atividade empresarial da Administração Pública na medida em que constituem instrumental adequado à realização da finalidade de interesse público que legitima essa atuação.

Logicamente, uma empresa estatal que pretenda recorrer ao auxílio privado para desenvolver determinado empreendimento pertinente à sua atividade empresarial não pode obter a colaboração do particular de forma unilateral. Sem consenso, não há que se falar em colaboração. Poderia, em tese, contratar o terceiro para implementar o empreendimento, mas simplesmente terceirizar todo um ramo do negócio é alternativa que não se coaduna com a própria razão de ser da empresa estatal, que exige o seu envolvimento direto no exercício de sua própria atividade empresarial, além do que a interação associativa propicia uma série de

²⁹⁶ Tratando da participação estatal minoritária – uma forma de parceria empresarial – sob a perspectiva da eficiência, Filipe Machado Guedes refere que “para que o Estado possa atuar na economia por meio de participações públicas minoritárias no capital de sociedades privadas é preciso que esse instrumento mostre-se vantajoso em comparação com outras formas alternativas de intervenção, tais como a criação de empresas estatais, a edição de normas regulatórias no modelo de comando e controle e a concessão de subsídios ou crédito facilitado para o setor privado” (GUEDES, 2015, p. 187).

vantagens, como a superação de assimetrias informacionais e o *know how* proporcionado pela experiência do particular, o que evita que o parceiro público fique dependente do privado.

Para empreendimentos menos complexos, onde a colaboração que se espera do particular é meramente financeira ou simplesmente intelectual, a atuação do particular pode se restringir a aportes de recursos a título de investimento, obtendo como contrapartida participação societária como sócio investidor ou outro tipo de contraprestação, ou ao fornecimento de bens ou prestação de serviços pontuais, como a cessão de propriedade intelectual, consultoria etc. Tais hipóteses podem muito bem ser instrumentalizadas por contratos de intercâmbio, sem qualquer finalidade associativa, ainda que eventualmente possam desaguar na formação de uma relação societária.

Em regra, quando as próprias características do empreendimento e do particular exigirem a participação ativa deste último no desenvolvimento de determinada atividade empresarial alinhada com o interesse público da empresa estatal, a atuação consensual haverá de ser instrumentalizada em caráter associativo por contrato de parceria, em um sentido próximo àquele que, como se viu, a expressão adquire no direito empresarial.

Assim, sob o enfoque da consensualidade, pode-se antever a parceria como a opção mais adequada à exploração conjunta de um empreendimento econômico pelo Estado, quando as especificidades do negócio o admitirem e o princípio da eficiência exigir a colaboração do parceiro privado que reúna as características necessárias à implementação e exploração desse empreendimento, com partilha de riscos e resultados para a realização do interesse público. Mais do que instrumento à disposição do Estado empresário, a parceria pode se fazer uma necessidade imprescindível à persecução de uma finalidade de interesse público pela estatal.

Como vantagens da parceria empresarial público-privada, cabe destacar a partilha de riscos e resultados, que agrega maior eficiência ao desenvolvimento de um empreendimento econômico na medida em que fomenta maior segurança jurídica entre as partes e desonera a Administração Pública de riscos que precisaria suportar isoladamente. Não por outro motivo, em raciocínio análogo voltado às parcerias público-privadas em sentido estrito, Fernando Vernalha Guimarães constata que “[o] principal instrumento regulatório vocacionado a incrementar a eficiência em contratos de longo prazo (tal como é a PPP) disponibilizado pelo regime de parcerias está na alocação dos riscos. Diz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar”²⁹⁷

²⁹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219.

Na perspectiva econômica, Carolina Jatobá Coelho pondera que a contratação de parceiros estratégicos constitui uma das principais formas utilizadas pelo Estado para atrair os recursos e direcionar o comportamento de agentes privados, além de que, em suas palavras, “a celebração de acordos de parceria traduz-se em contrapartida para obrigação do particular de contribuir para o aprimoramento da gestão e do funcionamento da empresa com conhecimentos, técnicas, *know-how* etc. que detenha no setor econômico específico”.²⁹⁸

Ainda, dentre as virtudes da execução associada de interesses públicos por meio de parcerias, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta “uma notável característica sinérgico-sociopolítica de potenciar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores público e privado”.²⁹⁹ Para esse autor, a associação contratual é a mais adequada para o desenvolvimento de empreendimentos econômicos de maior vulto, em detrimento das formas de associação complexa e unilateral:

A modalidade de sinergia contratual, por ser estável, produz uma parceria entre o Poder Público e os entes da sociedade, um tipo de relacionamento que gravita em torno de empreendimentos de substrato econômico.

Outras modalidades de parceria poderão ser também instituídas por atos administrativos, mas, como resulta óbvio, tais relações serão sempre precárias, não se prestando para empreendimentos associativos de natureza econômica de porte, embora sirvam para conciliar o interesse econômico individual de menor monta com o interesse público, durante algum tempo em restritas condições.³⁰⁰

No campo da atividade empresarial do Estado, Carolina Fidalgo observa que as parcerias empresariais são a melhor alternativa para os casos em que a empresa estatal não dispõe dos recursos necessários à realização do empreendimento, não possui o *know how* para a realização de todas as operações envolvidas ou simplesmente deseja dividir os riscos financeiros do negócio.³⁰¹ Alexandre Santos de Aragão manifesta compreensão semelhante, sustentando que “as empresas estatais, seja por razões concorrentiais, seja por questões de aperfeiçoamento de gestão, não só podem como em muitos casos devem atuar em parceria com suas congêneres privadas e até mesmo públicas - do mesmo ente federativo, de outros, ou até mesmo de outros países”.³⁰²

²⁹⁸ COELHO, Carolina Jatobá. Inaplicabilidade do Capítulo I da Lei n. 13.303/2016 à exploração direta de atividade finalística e à contratação de terceiros para estabelecimento de parcerias visando oportunidades de negócios. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, jan./jun. 2017, p. 87.

²⁹⁹ MOREIRA NETO, 2003, p. 150.

³⁰⁰ MOREIRA NETO, 2003, p. 151.

³⁰¹ FIDALGO, 2017, p. 392.

³⁰² ARAGÃO, 2017, p. 432.

O regime de parceria também pode se mostrar vantajoso sob a perspectiva dos custos de transação. Em síntese, para suprir as necessidades de sua atividade empresarial, uma organização – seja ela pública ou privada – têm, em princípio, duas opções: (i) contratar bens ou serviços a serem fornecidos ou executados por terceiros; ou (ii) organizar os seus fatores de produção para que possa prover a si mesma esses mesmos bens e serviços. As duas alternativas possuem vantagens e desvantagens que variam a depender do caso concreto, sendo que o agente econômico haverá de optar pela alternativa mais vantajosa a partir da comparação do custo estimado para contratação de terceiros com o custo estimado para a internalização desses bens ou serviços na sua atividade organizacional.

Em vista desse dilema e principalmente em cenários de incerteza, com altos investimentos e risco elevado, os contratos associativos ou de colaboração, a exemplo das parcerias empresariais, constituem uma espécie de meio termo ou forma híbrida, que reúne características da alternativa de mercado e da alternativa organizacional. Paula Forgioni sintetiza alguns dos elementos característicos desses contratos híbridos:

Dizemos, assim, que as formas híbridas, quando comparadas à solução de mercado, oferecem maior possibilidade de controle da organização; por outro lado, apresentam-se como alternativa mais maleável do que a hierárquica, propiciando ao agente econômico a oportunidade de valer-se rapidamente das oportunidades que surgem no mercado. O grau de autonomia das partes nas formas híbridas é mais acentuado do que nos modelos hierárquicos, porém inferior ao da solução de mercado.³⁰³

A mesma racionalidade se aplica às relações público-privadas. Quando se trata de suprir um empreendimento econômico voltado ao desenvolvimento da atividade empresarial do Estado, sempre existirão vantagens e desvantagens que apartam a opção da empresa estatal de desenvolver o empreendimento ela própria, ou contratar com terceiros a sua implementação, praticamente terceirizando parcela de sua atividade-meio ou atividade-fim, apenas para ilustrar o raciocínio com uma dicotomia já criticada neste estudo.

Mesmo no campo da atuação colaborativa entre Estado e particular, também existe uma análise de custo-benefício que aparta dois extremos: a opção da sociedade empresária com participação estatal majoritária (sociedade de economia mista ou subsidiária), onde o parceiro privado, como sócio minoritário, não exerce maior ingerência na atividade, e a opção contratual, onde a ingerência da empresa estatal é mais relevante na atividade de fiscalização

³⁰³ FORGIONI, 2018, p. 201.

do cumprimento das obrigações contratuais.³⁰⁴ Evidente que essa dicotomia não é absoluta. Entre um extremo e outro, existe uma série de modalidades de parcerias empresariais, ora mais alinhadas à técnica societária, ora mais alinhadas à técnica contratual, que admitem a participação de ambas as partes na gestão do empreendimento, a exemplo das subsidiárias com poder de controle compartilhado, das sociedades com participação estatal minoritária e dos consórcios, que serão abordados no momento oportuno.

Ponderando variáveis semelhantes, Calixto Salomão Filho considera que “a sociedade de economia mista será preferível ao contrato de concessão como forma de incentivar a participação cooperativa do particular no empreendimento sempre que a estrutura societária interna for mais apta que o contrato a reunir as partes em torno de objetivos comuns.³⁰⁵ Por outro lado, adverte Salomão Filho, nas atividades incompatíveis com o modelo da sociedade de economia mista que exigirem a colaboração público-privada para a consecução de objetivos comuns, a função do modelo contratual deve ser revista e adaptada à lógica de colaboração. Nessa toada, prossegue afirmando que, “o princípio da força obrigatória dos contratos adquire outra função. Passa a ser instrumental não para a garantia dos interesses das partes, mas sim para a persecução de seu objetivo comum”.³⁰⁶

É sob essa perspectiva que deve ser encarada a parceria empresarial público-privada: nem sociedade de economia mista, nem simples contrato bilateral, mas uma forma híbrida entre a terceirização de uma parcela da atividade empresarial do Estado e a assunção de todos os encargos de um empreendimento econômico pela empresa estatal, sob uma lógica de cooperação para a consecução de interesses convergentes. Trata-se de um modelo de concertação com características próprias, marcadamente associativas e organizacionais, que normalmente são mais adequadas à implementação de uma empreitada que exija o auxílio de determinado agente privado para a consecução de uma finalidade de interesse público que impele o Estado ao exercício de uma atividade para cujo desenvolvimento não poderia se desincumbir isoladamente.

Assim, ao menos em uma análise apriorística, são notórios os benefícios inerentes à atuação concertada em regime de parceria empresarial público-privada, quando comparada à atuação isolada da estatal ou à simples terceirização de uma parcela da atividade empresarial. A utilização de técnicas contratuais, em consonância com o fenômeno da consensualidade,

³⁰⁴ Principalmente após a edição da Lei n. 13.303/2016, que supriu a prerrogativa de alteração unilateral do contrato.

³⁰⁵ SALOMÃO FILHO, 2008, p. 189.

³⁰⁶ SALOMÃO FILHO, 2008, p. 211.

revela-se especialmente relevante para o desenvolvimento conjunto de empreendimentos econômicos de alto risco e complexidade. Pelo seu viés associativo, empreendimentos dessa natureza reclamam um vínculo estável com a colaboração de parceiro privado que propicia à empresa estatal o acesso a recursos materiais e imateriais estratégicos para o exercício eficiente de determinada atividade.

Em vista desses parâmetros, torna-se imprescindível verificar se as circunstâncias do caso concreto indicam que a parceria de uma empresa estatal com uma empresa privada, sob determinada modalidade de concertação associativa empresarial, é a técnica mais alinhada e, portanto, mais eficiente para a persecução do interesse público visado pelo exercício estatal de uma atividade empresarial. Antes, porém, cumpre perquirir sobre a compatibilidade dessa concertação com o ordenamento jurídico e, em especial, com os princípios e regras que balizam a atuação empresarial do Estado na exploração de atividade econômica em sentido estrito ou mesmo na prestação de serviço público.

Se a resposta a esses questionamentos for positiva, a alternativa concertada em forma de parceria empresarial público-privada encontrará fundamento no princípio constitucional da eficiência, elencado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, na previsão constitucional de submissão das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, previsto no inciso I do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, na competência no legislador federal para estabelecer normas gerais para licitação e contratação nas empresas estatais, prevista no inciso XXVII do artigo 22 e no inciso III do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, além da própria previsão contida no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, que afasta o regime de licitação, dispensa e inexigibilidade para a formação de parcerias empresariais em oportunidades de negócio.

3.3 ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS E OUTRAS FORMAS ASSOCIATIVAS DA EMPRESA ESTATAL

3.3.1 As oportunidades de negócio como técnica de desestatização

A inaplicabilidade do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 aos contratos que envolvam oportunidades de negócio, tal como definidas no §4º do artigo 28 desse diploma, estende-se à extinção de parcerias empresariais e à alienação total ou parcial de participações

societárias da empresa estatal, dentre outras operações de transferência de ativos estatais, inclusive no mercado de capitais.

A alienação de participações societárias tanto pode ser encarada sob a ótica da perpetuação e da ampliação subjetiva de parcerias empresariais público-privadas, quanto sob a ótica da privatização.³⁰⁷ Em sentido favorável à concertação público-privada, a alienação de parcela majoritária ou minoritária do capital social de subsidiária integral constitui instrumento de formação de parcerias societárias com vistas ao exercício conjunto de atividade empresarial. Nesse caso, o afastamento do regime geral de contratações das estatais parte da premissa de que a escolha do particular que passará a figurar como sócio da empresa estatal exige procedimento adaptado às práticas de mercado.

Afora esse primeiro aspecto procedural, as operações de alienação de participações estatais em sociedades e outras formas associativas nada têm a ver com a exploração conjunta de atividade empresarial e nem tampouco com a reunião de esforços público-privados para a consecução do interesse público, pelo que não constituem propriamente uma parceria. Ao contrário, os interesses retratados nessas operações, em que pese legítimos, são manifestamente antagônicos e sem qualquer finalidade imediatamente associativa, senão a mera transferência de ativos mediante contraprestação pecuniária.

Carlos Ari Sundfeld preleciona que “[u]ma empresa estatal desaparece por duas formas distintas: por extinção da própria entidade, que então é liquidada e cessa suas operações, ou por alienação, pelo Estado de seu controle sobre ela, hipótese em que as atividades sociais prosseguem, mas o Poder Público deixa de influir sem sua condição”.³⁰⁸ O mesmo raciocínio se aplica às parcerias empresariais público-privadas: uma relação associativa, societária ou contratual, entre Estado ou particular, deixa de existir (i) pela interrupção de suas atividades, com a liquidação dos ativos vinculados ao respectivo empreendimento econômico; e (ii) quando o parceiro público transfere à iniciativa privada a sua participação na parceria, que, uma vez privatizada, haverá de perseguir exclusivamente os interesses particulares de seus integrantes.

Por conseguinte, não é de se estranhar que a hipótese de inaplicabilidade de licitação às contratações relacionadas a oportunidades de negócio contemple, a um só tempo, tanto a extinção da parceria, com a consequente alienação de seus ativos, quanto a venda de

³⁰⁷ A expressão será aqui empregada como sinônimo de desestatização, muito embora não se olvide que a Lei n. 9.491/1997 a toma como espécie do gênero desestatização, ao passo que parcela da doutrina considera a desestatização como espécie do gênero privatização, que seria mais amplo.

³⁰⁸ SUNDFELD, 2000, p. 266.

participação societária pertencente à empresa estatal. Ambas as hipóteses trilham o rumo do desfazimento da relação associativa público-privada, mediante transferência de bens ou participações estatais para a iniciativa privada. Em última análise, sob tal desiderato, as contratações em oportunidades de negócio abandonam sua vocação de servir à intervenção direta do Estado no domínio econômico pela técnica empresarial, transformando-se em ferramenta de desestatização da economia.

Nesse contexto, o tratamento uniforme conferido pelo §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 a medidas de desestatização e de formação de parcerias empresariais segue uma lógica que remonta à Lei n. 9.491/1997³⁰⁹, que instituiu o segundo Programa Nacional de Desestatização, e que também é encampada, mais recentemente, pelo Programa de Parcerias de Investimentos de que trata a Lei n. 13.334/2016.³¹⁰ É que a Lei n. 9.491/1997 adota uma concepção abrangente de desestatização, que congrega as formas associativas entre Estado e particular e a transferência para a iniciativa privada de bens móveis e imóveis, aí compreendida a propriedade acionária, e atividades antes atribuídas ao Estado.

Por essa lógica, todas essas medidas previstas em lei assentam-se em uma compreensão de privatização como um processo amplo e aberto que, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão de serviços públicos”³¹¹ e prossegue, sintetizando a relação entre parceria e privatização:

Como que a confirmar esta ideia de que a privatização é um conceito aberto, constata-se o surgimento de novas formas de parceria, como os contratos de gestão, com as chamadas organizações sociais, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) e as parcerias público-privadas. Verifica-se uma privatização de atividades estatais e uma fuga crescente do direito administrativo, com suas fórmulas rígidas tradicionais e a busca do direito privado

³⁰⁹ Nos termos do §1º do artigo 2º Lei n. 9.491/1997, considera-se desestatização: a) alienação de participação societária ou do poder de controle da Administração Pública em sociedade empresária; b) transferência da execução de serviços públicos explorados pela Administração Pública à iniciativa privada; c) transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis do domínio público para a iniciativa privada. Inclusive, o §2º desse mesmo dispositivo prevê que as disposições sobre privatização também se aplicam à alienação de participações minoritárias detidas pela União em sociedades privadas e às participações que excederem o mínimo necessário para a manutenção do controle acionário da Petrobras.

³¹⁰ Art. 1º [...] §1º Podem integrar o PPI: I - os empreendimentos públicos de infraestrutura em execução ou a serem executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União; II - os empreendimentos públicos de infraestrutura que, por delegação ou com o fomento da União, sejam executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta ou indireta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; e III - as demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997.

³¹¹ DI PIETRO, 2009, p. 8.

que, por ser utilizado pela Administração Pública, acaba se mesclando com o direito administrativo, ficando a meio caminho entre o público e o privado.³¹²

Também para Odete Medauar, “privatização aparece num sentido amplo, para abranger vários mecanismos de redistribuição de atividades do setor público para o setor privado; em sentido estrito diz respeito à transferência de empresas estatais ao setor privado”.³¹³ Partindo dessa concepção mais abrangente, a autora conclui que “[n]em sempre, em decorrência de processos de privatização, sob diversas facetas, surge um Estado mais ‘magro’ ou com funções reduzidas; muitas vezes realizam-se mudanças no tipo de presença estatal na atividade”.³¹⁴

Por esse critério, as próprias parcerias empresariais público-privadas, que acentuam a atuação do Estado no domínio econômico ao invés de reduzi-la³¹⁵, podem ser consideradas como um mecanismo de privatização em sentido amplo, uma vez que implicam no fortalecimento do papel da iniciativa privada em colaboração com o Estado na persecução de uma finalidade de interesse público, inclusive através de mecanismos de direito privado.

Sucede que a alienação das participações societárias das empresas estatais em favor de agentes privados, mais do que um instrumento de fortalecimento do papel da iniciativa privada junto ao Estado na persecução do interesse público, corresponde, sobretudo, à ideia de privatização em sentido estrito, eis que seu efeito e finalidade mais imediatos são a diminuição da intervenção direta do Estado no domínio econômico.

Na esteira dessas constatações, é forçoso reconhecer que as contratações relacionadas às oportunidades de negócio, quando voltadas à redução da intervenção do Estado no domínio econômico, não diferem substancialmente de outras medidas previstas em lei com esse mesmo desiderato, a exemplo de alguns dos instrumentos de desestatização elencados nas

³¹² DI PIETRO, 2009, p. 7. Ainda de acordo com a ilustre administrativista, “a concessão de serviços públicos e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado, inclusive as parcerias público-privadas, constituem forma de privatizar; e que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também constitui instrumento de privatização” (DI PIETRO, 2009, p. 8).

Versando sobre a “filosofia PPP”, Jacintho Arruda Câmara também evidencia essa relação entre parceria e privatização: “Privatização de empresas estatais, introdução da competição em serviços públicos, retirada do Estado da função de agente econômico, surgimento do ‘Estado regulador’, são tópicos desse processo de metamorfose que, sem prescindir de uma visão ideológica, se propõe a modernizar o Estado. Nas relações contratuais a modernização ocorreria com a adoção de um novo padrão de relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada” (CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165).

³¹³ MEDAUAR, 2017, p. 325.

³¹⁴ MEDAUAR, 2017, p. 326.

³¹⁵ Esse raciocínio, naturalmente, não se aplica às parcerias público-privadas que impliquem na delegação de serviços públicos. Essas sim, efetivamente, constituem em uma forma de privatização de atividade sob titularidade do Estado.

mencionadas Leis n. 9.491/1997 e 13.334/2016³¹⁶. Pelo menos quanto a essa finalidade de desestatização, esses instrumentos já contemplam todas as possíveis operações de transferência de ativos estatais suscetíveis de serem implementadas a título de oportunidades de negócio, com fundamento nos §§ 3º e 4º do artigo 28 Lei n. 13.303/2016.

A diferença das operações de transferência de participações societárias em oportunidades de negócio, em relação a outros programas de desestatização, encontra-se, primeiramente, no órgão ou entidade que detém atribuição para a sua implementação. Na Lei n. 13.303/2016, a competência para alienação e participação societária é atribuída à própria empresa estatal. Já as Leis n. 9.491/1997 e 13.334/2016 atribuem essa competência a órgãos da Administração direta da União, como a Presidência da República, ministérios setoriais, secretarias executivas, ao Conselho Nacional de Desestatização e ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos.

Outro diferencial importante é que o Programa Nacional de Desestatização, assim como o Programa de Parcerias de Investimentos, possui objetivos macroeconômicos muito mais amplos do que as operações societárias realizadas pelas empresas estatais no curso de sua atividade empresarial. Dentre as atribuições do Conselho Nacional de Desestatização, incumbe-lhe “reordenar a posição estratégica do Estado na economia”; “contribuir para a reestruturação econômica do setor público”; e “permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais”, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.491/1997.³¹⁷

É para atender especificamente a essas finalidades de cunho macroeconômico que a Lei n. 9.491/1997 contempla uma plêiade de mecanismos que facilitam a privatização, bem como concentra na figura do Presidente da República a competência para incluir ou excluir

³¹⁶ Pode-se dizer que o Programa de Parcerias de Investimentos abrange o Programa Nacional de Desestatização, na medida em que o §1º do artigo 1º da Lei n. 13.334/2016 dispõe que podem integrar o PPI, além empreendimentos públicos de infraestrutura em execução ou a serem executados por meio de contratos de parceria, todas as demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei n. 9.491/1997.

³¹⁷ Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

empresas, serviços públicos, participações minoritárias, bens móveis e imóveis da União no Programa Nacional de Desestatização. Não se trata, portanto, de disposições aplicáveis a toda e qualquer medida de desestatização, mas de um regime especial de desestatização cuja aplicação, em cada caso, depende de ato a ser praticado pelo Presidente da República.

Logo, em que pese a privatização de ativos de empresas estatais possa ser implementada através do Programa de Parcerias de Investimentos e do Programa Nacional de Desestatização, quando realizado na esfera mais restrita das empresas estatais, as contratações relacionadas à extinção de parcerias e alienação de participações societárias em oportunidades de negócio, de que trata o §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, possuem objetivos mais específicos, via de regra alinhados com o plano de negócios da companhia e que, portanto, podem ser implementados com maior autonomia por parte dos órgãos de cúpula da estatal.³¹⁸

Nesse escopo mais restrito afeto à atividade empresarial da empresa estatal, as operações de desinvestimento podem ser motivadas por diversos fatores, como a extinção da parceria por força do atingimento dos objetivos originariamente pretendidos pela estatal quando da implementação do empreendimento conjunto; perda do interesse público na manutenção de determinada atividade em regime de parceria; descumprimento de obrigações assumidas pelo parceiro privado; inviabilização superveniente do empreendimento por circunstâncias alheias às partes; captação de recursos no mercado, dentre outras motivações financeiras, jurídicas, políticas e de estratégia empresarial que justifiquem a alienação de subsidiárias e das participações da empresa estatal em empreendimentos econômicos ou no capital social de empresas privadas.³¹⁹

Em todos os casos, além de estar alinhada à finalidade de interesse público prevista em lei autorizativa que serve de norte à empresa estatal, os procedimentos de alienação de ativos devem conformar-se com o plano de negócios e à estratégia de longo prazo da companhia,

³¹⁸ Tanto é assim que o §3º do artigo 2º da Lei n. 13.303/2016 prevê que a autorização legislativa para participação da estatal em empresa privada não se aplica às operações de tesouraria adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da companhia.

³¹⁹ Como ensina Odete Medauar, “[v]ários fatores explicariam a privatização de empresas estatais e a transferência de serviços públicos à execução de particulares: financeiros, para conter o déficit público e reduzir despesas; jurídicos, ante o peso dos controles centrais; políticos: nos governos de inspiração neoliberal, para reforçar o setor privado, e nos de inspiração socialista, como revisão de dogmas políticos. De modo mais amplo, menciona-se privatização na lista de respostas à crise do *Welfare State*” (MEDAUAR, 2017, p. 325).

Como prelecionam Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, “[d]iante da atual crise econômica, muitas estatais realizam processos para a alienação de ativos importantes, a fim de reduzirem suas dívidas e capitalizarem-se. Esses processos de alienação de ativos, especialmente quando realizados de forma sistematizada e quando envolvem um conjunto de ativos, têm sido chamados de ‘desinvestimento’ ou ‘programas de desinvestimento’”. (NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 28).

bem como atender a outras condicionantes que limitam as contratações públicas, em especial à luz dos princípios da economicidade, publicidade, moralidade, imparcialidade e eficiência, e isso pelo simples fato de serem implementadas por entidade administrativa, envolvendo recursos públicos, independentemente da submissão dessas operações aos ditames do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016.

3.3.2 Notas sobre o procedimento de alienação de ativos estratégicos

Ainda que a empresa estatal pretenda simplesmente se desfazer de parte seus ativos como medida de desinvestimento, não lhe é indiferente a quem será alienada uma dada participação societária ou empreendimento econômico. Não raro, a transferência de ativos das estatais exploradoras de atividade econômica ao particular que apresentou proposta economicamente mais vantajosa pode se revelar extremamente prejudicial ao interesse público ou mesmos interesses secundários da companhia, sobremodo quando a empresa estatal atua em ambiente concorrencial.

Com efeito, a depender da natureza do ativo em vias de ser alienado, a transferência indiscriminada de empreendimentos a qualquer interessado pode descamar na obtenção de vantagens estratégicas em favor de concorrentes diretos da empresa estatal ou mesmo na concentração e dominação de mercados, com a criação de monopólios ou oligopólios privados³²⁰, com o consequente prejuízo à atividade empresarial da empresa estatal e a todos os demais agentes econômicos aos quais interessa a livre iniciativa e a livre concorrência.

Outros fatores devem ser ponderados em face dessas circunstâncias para além da obtenção da melhor proposta no processo de privatização, mesmo porque a contratação mais vantajosa perpassa pela avaliação do impacto a médio e longo prazos com a alienação de

³²⁰ Ora, se nos termos do §4º do artigo 173 da Constituição Federal, “[a] lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, não será dado a qualquer entidade administrativa, ainda que indiretamente, fomentar a dominação de mercados, mesmo porque a livre concorrência, prevista no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal, é princípio norteador de todos que atuam no domínio econômico, inclusive as empresas estatais.

Sobre esse aspecto, vale transcrever as pertinentes observações de Marcos Juruena Villela Souto:

“O processo de desestatização não deve ser uma substituição do monopólio público para o monopólio privado; qualquer monopólio é nocivo ao consumidor e à economia como um todo em face da ausência do incentivo ao aprimoramento dada a ausência de competidores; é certo que, muitas vezes o monopólio poderá ser a única opção técnica ou financeiramente viável para a desestatização; nesta última hipótese, há que se ponderar entre a maximização do valor do ativo estatal (a empresa ou a concessão) e o direito à liberdade de escolha atribuída ao consumidor” (SOUTO, 1999, p. 84).

Inclusive, quando configurado ato de concentração econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE no exercício da competência estabelecida no artigo 88 da Lei n. 12.529/2012 para o controle prévio dessas operações e conforme os parâmetros previstos nesse mesmo diploma.

ativos estratégicos. É a advertência de Alexandre Santos de Aragão, para quem “[a] alienação dos bens que constituam ativos estratégicos da empresa não pode ter preocupações meramente financeiras, já que, dependendo do adquirente, pode gerar efeitos deletérios para a posição da estatal no mercado concorrencial que atua”³²¹ e prossegue, ilustrando esse raciocínio:

São situações que sempre dependerão de cada caso concreto, mas poderíamos dar alguns exemplos hipotéticos: a alienação de participação societária em empresas que atuem no mesmo mercado ou em mercados relacionados; quando houver acordos de acionistas limitando a alienação de tais participações (ex.: dando direito de preferência aos atuais sócios); a venda de patentes essenciais para a atuação no mercado; a alienação de bens imóveis de grande importância comercial para o exercício da atividade-fim etc.³²²

Ainda dentre os aspectos que devem ser levados em consideração, não se pode desconsiderar a possibilidade de que os objetivos do potencial adquirente de uma participação societária não se coadunem com razões de interesse público que recomendem a continuidade de um empreendimento ou o seu direcionamento para uma dada finalidade alinhada com políticas públicas. A empresa estatal deve considerar os efeitos do negócio perante terceiros e em longo prazo perante as próprias partes contratantes, sob pena de se desvirtuar do interesse público primário a que deve perseguir em favor de interesses secundários pertinentes à lucratividade no curso prazo, sabidamente incompatíveis com a sua finalidade.³²³

Dentre os fatores a serem considerados pela empresa estatal, adquire especial relevância os possíveis riscos à soberania nacional decorrentes da transferência de ativos importantes para o desenvolvimento do país para organizações direta ou indiretamente influenciadas por potências estrangeiras. Vale repisar que a soberania insere-se dentre os princípios da ordem econômica elencados no artigo 170, bem como constitui fundamento da República, nos termos do inciso I do artigo 1º, ambos da Constituição Federal. Logo, não é lícito que um agente econômico sob controle do Estado promova transações que atentem

³²¹ ARAGÃO, 2017, p. 249.

³²² ARAGÃO, 2017, p. 249.

Ainda, nos dizeres desse doutrinador, “[n]enhuma grande empresa privada – e esse deve ser o parâmetro para uma estatal atuando em um mercado competitivo – vendendo seus ativos estratégicos ou participações em empresas que continuarão atuando no seu mercado, estará preocupada apenas em arrecadar o maior montante possível de dinheiro. Há questões estratégicas e de longo prazo muito mais relevantes envolvidas nessas operações, e de difícil aferição objetiva” (ARAGÃO, 2017, p. 253).

³²³ Consoante a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 67).

contra a independência da nação brasileira na direção dos seus desígnios políticos e econômicos.³²⁴

Na medida em que toda intervenção do Estado no domínio econômico se volta para a realização do interesse público, não se pode admitir que os processos de desestatização deixem de observar essa máxima constitucional. O princípio da eficiência que, dentre outros princípios com alcada constitucional, serve de guia à atuação das empresas estatais, impede que essas entidades administrativas simplesmente desconsiderem o risco de que os interesses de um possível adquirente dos ativos estratégicos estejam em conflito e venham a prevalecer sobre os interesses e perspectivas econômicas da companhia.

Sob o mote da preservação do interesse público, não será incomum que o processo de alienação de participações societárias conte em instrumentos que resguardem, em favor da empresa estatal, alguma prerrogativa que lhe permita interferir sobre os rumos do empreendimento, como a manutenção de participação minoritária que assegure influência relevante por parte da estatal, a celebração de acordo de acionistas, a instituição de ações de classe especial com poder de veto sobre determinadas matérias, direitos de preferência em caso de nova alienação de participações societárias, dentre outros mecanismos tipicamente empresariais.³²⁵³²⁶

Todos esses fatores tornam a alienação de participações estratégicas das empresas estatais um processo complexo, que, a exemplo da concepção de parcerias empresariais público-privadas, pode envolver negociações sob parâmetros mais ou menos flexíveis, com sucessivas modificações nas condições do negócio, troca de informações entre as partes contratantes, manutenção de sigilo sobre a toda a operação ou sobre parte dela, auxílio de

³²⁴ Esclareça-se, por oportuno, não se defende uma postura isolacionista motivada por qualquer desconfiança cega e avessa a influências externas que acompanham a entrada de capital estrangeiro. Entretanto, algumas situações devem ser evitadas. Imagine-se, por exemplo, que uma estatal chinesa produtora de petróleo adquirisse empreendimentos estratégicos da Petrobras e utilizasse esses empreendimentos para que o Governo daquele país possa exercer algum tipo de influência no mercado nacional. O ponto é que o risco à soberania nacional deve ser ponderado em face das características particulares do possível adquirente, a fim de se verificar se a desestatização não acoberta, em verdade, intervenção de um Estado estrangeiro sobre a economia nacional.

³²⁵ Cf. SCHWIND, 2017, p. 297.

³²⁶ Entretanto, o emprego e a extensão da influência desses mecanismos deve ser ponderada em face do interesse público subjacente a cada desestatização, na linha da advertência Vitor Rhein Schirato:

“A *golden share* é instrumento útil para a preservação do interesse coletivo após a privatização de uma empresa estatal, mas não pode ser instrumento que permita a criação de empresa privatizada pública. Assim, é necessário ater-se o poder decorrente de uma *golden share* à garantia de uma finalidade pública. Dada a fluidez dos termos do § 7º do art. 17 da Lei n. 6.404/1976, os limites da *golden share* advirão, necessariamente, da proporcionalidade entre a restrição imposta, o interesse público a ser tutelado e os poderes conferidos ao Estado”. (SCHIRATO, 2016, p. 191).

consultores externos e escolha de um ou mais possíveis adquirentes em função de suas características particulares vinculadas a essa oportunidade de negócio.

Em face das especificidades dessas operações, sempre haverá algum grau de distanciamento entre as contratações envolvendo alienações de participações societárias estratégicas e as características da contratação pública, como julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório, isonomia, adjudicação compulsória e publicidade. É que, como assinalam Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, “os processos de *mergers and acquisitions (M&A)* seguem padrões de mercado, difíceis de serem amoldados às regras de direito público, sobremodo de acordo com a concepção de que se deve sempre garantir igualdade a quaisquer interessados sob condições predeterminadas e inflexíveis, como se extraí dos princípios da isonomia e da vinculação ao edital”.³²⁷

Noutro vértice, é bem verdade que existem alienações de ativos bem menos complexas, seja pela simplicidade de seu objeto, seja pela relativa irrelevância da destinação do bem alienado ou dos possíveis efeitos que a sua alienação trará para a empresa estatal e para o interesse público a que visa tutelar. Na medida em que o Estado se insere no mercado em ambiente concorrencial, é compelido a atuar como investidor aplicando recursos no mercado financeiro, inclusive por meio de fundos especiais, a exemplo dos fundos previdenciários.³²⁸ É para transações dessa natureza que o §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 estende o conceito de oportunidade de negócios à extinção de parcerias, alienação de participações societárias e operações no mercado de capitais, dentre outras transações comerciais.

Evidentemente, a mera alienação de parcela minoritária do capital social de uma subsidiária com a manutenção do poder de controle em favor da empresa estatal ou, ainda, a liquidação de investimentos mantidos pela empresa estatal no mercado de capitais não clama pelas mesmas exigências procedimentais que a transferência de um empreendimento estratégico em favor de um parceiro definido em função de suas características particulares. A dinamicidade dessas operações exige maior flexibilidade e controles voltados para o resultado dessas operações, sob a ótica da economicidade, até porque, ao atuar como investidor, o Estado não está em vias de celebrar verdadeira relação associativa com particular.

Marçal Justen Filho, versando sobre as alienações de que trata o artigo 17 da Lei n. 8.666/1993, chama atenção para o fato de que o procedimento de contratação será sobremodo

³²⁷ NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 28.

³²⁸ Cf. ARAGÃO, 2017, p. 68.

mais simples na medida em que o interesse estatal se restrinja à obtenção de recursos como contrapartida à transferência ou outorga de bens ou direitos:

Já nas hipóteses de alienação, não existe propriamente a necessidade de o Estado obter a colaboração de terceiros. O Estado se dispõe a abrir mão da titularidade de bens ou direitos. Em princípio, o único interesse do Estado é receber a prestação economicamente mais proveitosa. O Estado não necessita verificar se o particular possui alguma capacitação técnica etc. Quer, exclusivamente, o melhor preço. Ressalvam-se situações em que a alienação é instrumento de realização de assistência social ou de intervenção no domínio econômico. A licitação é necessariamente mais simples, dispensando cautelar e preocupações inerentes e indispensáveis ao primeiro caso.³²⁹

De fato, ao menos para os casos em que a definição do adquirente é de somenos importância e os efeitos da contratação também indiferentes ou com menor potencial para gerar externalidades, basta que a operação realizada em bolsa de valores seja estruturada através da pulverização de ações ou a realização de leilão, com ampla publicidade e a especificação de critérios objetivos suficientemente adequados para garantir o adimplemento do lance economicamente mais vantajoso a ser apresentado como contrapartida à estatal.

Inclusive, é de se reconhecer que a alienação de ações em bolsa de valores não constitui propriamente uma hipótese de contratação direta³³⁰, por se tratar de um procedimento competitivo realizado em condições isonômicas com vistas à obtenção do preço de mercado, pelo que ostenta inegável natureza licitatória.³³¹ Frise-se que somente as ações de companhias abertas registradas na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociadas em bolsa, devendo tal operação ser objeto de ampla divulgação, além de submeter-se às demais disposições da Lei n. 6.385/1976 e às regras oriundas daquela Comissão.³³²

Sob esse enfoque, percebe-se que a problemática envolta na alienação de participações societárias mediante contratação direta ou procedimento competitivo adaptado às especificidades do negócio é questão afeta à extinção de parcerias e alienação de ativos

³²⁹ JUSTEN FILHO, 2014, p. 309.

³³⁰ Cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 329.

³³¹ Marcos Juruena Villela Souto destaca as vantagens em operacionalizar desestatizações no mercado de capitais: “A redução da dívida pública através da alienação da alienação em bolsa de ações de empresas reanima a iniciativa privada e restabelece o mercado de ações como uma opção menos onerosa de obtenção de recursos, através do aumento de capital de empresas e posterior alienação em bolsa. Por outro lado, a privatização feita através do mercado viabiliza a pulverização das ações, tornando-as acessíveis ao grande público” (SOUTO, 1999, p. 16).

³³² Conforme se extrai do §2º do artigo 4º e do §3º do artigo 8º da Lei n. 13.303/2016:

Art. 4º. [...] §2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Art. 8º. [...] §3º Além das obrigações contidas neste artigo, as sociedades de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeitam-se ao regime informacional estabelecido por essa autarquia e devem divulgar as informações previstas neste artigo na forma fixada em suas normas.

estratégicos e somente nos casos em que essas operações forem incompatíveis com ampla concorrência, ainda que possam admitir algum nível de competição.

A Lei n. 13.303/2016 não estabeleceu parâmetros normativos a serem seguidos pela empresa estatal em operações de alienação de participações societárias estratégicas. Limitou-se, nos termos dos §§ 3º e 4º de seu artigo 28, a excluir essas contratações do regime jurídico de licitações das estatais, não sem a ressalva de que a escolha do parceiro privado por suas características exige que a inviabilidade do procedimento competitivo seja devidamente justificada. Ou seja, pela dicção do dispositivo legal, em havendo possibilidade de competição, torna-se imperiosa a realização de um procedimento competitivo, ainda que tal procedimento seja adaptado às características dessas operações e não se submeta às disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016.

O §3º do seu artigo 4º da Lei n. 9.491/1997, por seu turno, prevê que as medidas de alienação de participações societárias, dissolução de sociedades ou desativação parcial de empreendimentos, com a consequente alienação dos ativos correspondentes, poderão ser implementadas por licitação na modalidade leilão.³³³ Ainda assim, tal previsão se restringe às contratações realizadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização, onde a palavra final sobre a modalidade operacional e as condições aplicáveis a cada desestatização é do Conselho Nacional de Desestatização.³³⁴

No âmbito das empresas estatais pertencentes à União, o artigo 1º do Decreto n. 1.091/1994 condiciona a alienação total ou parcial de suas participações societárias, dentre outras operações societárias, a decisão de assembleia geral de acionistas convocada para deliberar especificamente sobre a matéria.

Mais recentemente, através do Decreto n. 9.188/2017, a União concebeu alguns parâmetros normativos para a estruturação de programas de desinvestimento que envolvam alienação de participações societárias e outros ativos implementados com base nas hipóteses de inaplicabilidade e dispensa de licitação previstas no inciso II do §3º do artigo 28

³³³ Também se admite a utilização das licitações na modalidade leilão e concorrência pública para a privatização de empresas estatais prestadoras de serviço público, na forma do artigo 27 da Lei n. 9.074/1995:

Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;

II - fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência. [...]

³³⁴ Com a edição da Lei n. 13.334/2016, as atribuições do Conselho Nacional de Desestatização foram conferidas ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República.

(oportunidades de negócio) e no inciso XVIII do artigo 29 da Lei n. 13.303/2016. Para os casos onde não for justificada a inviabilidade de competição, o Decreto prevê a realização de um procedimento competitivo para a obtenção do melhor retorno econômico, com observância aos princípios da publicidade e transparência, dividido em seis etapas: i) preparação; ii) consulta de interesse; iii) apresentação de propostas preliminares; iv) apresentação de propostas firmes; v) negociação; e vi) resultado e assinatura dos instrumentos jurídicos negociais.

Ainda, cabe assinalar as seguintes características do procedimento competitivo regulamentado pelo Decreto n. 9.188/2017: a) planejamento da alienação que deve levar em conta o interesse da companhia, o alinhamento da operação com os objetivos estratégicos da companhia, as perspectivas macroeconômicas e os impactos comerciais, fiscais, contábeis, trabalhistas, ambientais, societários e contratuais da alienação, dentre outros fatores; b) submissão dos instrumentos negociais ao direito privado; c) possibilidade de que a operação ou determinadas etapas e documentos cuja revelação possa gerar prejuízos financeiros sejam classificadas sob sigilo; d) submissão de todo o procedimento aos órgãos de controle externo das três esferas de governo, inclusive em relação à parte sigilosa; e) repetição de todo o procedimento em caso de alterações supervenientes no objeto da alienação; f) exigência de que os interessados comprovem sua conformidade com regulações e práticas anticorrupção; g) adoção de critério de julgamento fundado no melhor retorno econômico, a ser verificado com base no valor da proposta e em outros fatores reputados como relevantes e devidamente justificados; h) definição de critérios objetivos que assegurem transparência, impessoalidade e isonomia na seleção dos interessados; i) contratação de auditoria independente para auxiliar na definição do valor justo do ativo a ser alienado.

A submissão da empresa estatal às disposições do Decreto n. 9.188/2017, nos termos do §1º do artigo 3º, é facultativa e depende de aprovação do Conselho de Administração da companhia. Embora o diploma seja voltado às sociedades de economia mista federais, nada impede que as empresas públicas federais e as estatais de outros entes federativos repliquem essas disposições em seus procedimentos internos de alienação de ativos, inclusive para a transferência de participações societárias e alienação de subsidiárias. Trata-se de modelo de procedimento competitivo que conjuga práticas de mercado com os imperativos do exercício da função administrativa, principalmente no que tange aos deveres de publicidade e impessoalidade no trato da coisa pública.

Assim, quando as especificidades dessas operações de alienação de ativos comportarem uma pluralidade de possíveis interessados, incumbe às empresas estatais adotar procedimentos competitivos com vistas à obtenção de propostas mais vantajosas para a alienação de suas participações societárias. Tal procedimento, naturalmente, deve ser compatível com a flexibilidade inerente à atividade empresarial, sem deixar de observar os princípios da Administração Pública previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, facultada a adoção do procedimento instituído pelo Decreto n. 9.188/2017.

Por outro lado, mesmo quando a viabilidade do negócio estiver intrinsecamente relacionada às características particulares de determinado adquirente, ou seja, quando não há possibilidade de competição, devem ser observados critérios racionais de implementação do negócio, inclusive no que se refere à sua economicidade, bem como devidamente registrados todos os atos, tendo a publicidade como regra e o sigilo, devidamente justificado, exceção.³³⁵

O Tribunal de Contas da União já se pronunciou sobre o tema em representação formulada pela Seinfra Petróleo, convertida na Tomada de Contas n. TC 013.056/2016-6, que tratou da Sistemática de Desinvestimentos de Ativos e Empresas do Sistema Petrobras.³³⁶ Na ocasião, segundo consta no relatório do Acórdão n. 442/2017, a unidade técnica questionou alguns pontos da sistemática de desinvestimentos da estatal que não estariam em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública nos seguintes aspectos:

- (i) falta de transparência do processo competitivo instituído pela Companhia;
- (ii) discricionariedade conferida aos gestores para escolha de potenciais compradores, dentro de processos sigilosos, associada à possibilidade de restrição do número de participantes de forma arbitrária;
- (iii) permissão para alteração do objeto alienado, mesmo em etapas avançadas de negociação, sem conceder oportunidades iguais aos licitantes de se manifestarem sobre as eventuais alterações promovidas;
- (iv) não condução à deliberação de órgãos diretivos de parcela considerável de atos relacionados à venda;
- (v) possibilidade de escolha de assessor financeiro sem consulta ao mercado, e;
- (vi) não divulgação de perguntas e respostas formuladas pelos licitantes.³³⁷

³³⁵ A questão da (in)viabilidade do procedimento competitivo e da contratação direta em oportunidades de negócio será tratada com mais detença no Capítulo 5, que, dentre outros aspectos pertinentes ao seu regime jurídico, tratará da formação das parcerias empresariais público-privadas.

³³⁶ De acordo com Henrique Lago da Silveira, “[a] sistemática consistiu em um arranjo que previu a constituição de uma comissão responsável pela coordenação e tomada de importantes decisões a respeito dos processos de desinvestimentos, as quais não necessariamente deveriam ser aprovadas ou referendadas por órgãos de cúpula da companhia, como a diretoria executiva e conselho de administração. Além disso, conferiu-se ampla margem de discricionariedade à referida comissão tanto para a escolha dos parceiros que seriam responsáveis pela assessoria da Petrobras na procura de investidores quanto dos próprios adquirentes que viriam a ser selecionados” (SILVEIRA, Henrique Lago da. O controle externo sobre desinvestimentos de empresas estatais: uma análise dos critérios utilizados pelo Tribunal de Contas da União no caso Petrobras. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 61-93, jul./set. 2017, p. 62).

³³⁷ TCU, Acórdão n. 442/2017, Relator: José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 15/03/2017.

Diante desses apontamentos, a Corte de Contas proferiu decisão cautelar suspendendo todo o programa de desinvestimentos da estatal, à exceção de cinco projetos que já estavam em estado avançado.³³⁸ Ainda no curso da instrução processual, a Petrobras elaborou uma nova versão de sua Sistemática de Desinvestimentos que, segundo a unidade técnica e o próprio Tribunal de Contas, corrigiu as desconformidades anteriormente apontadas. A representação foi julgada procedente para, dentre outras recomendações, determinar à Petrobras que doravante aplique aos projetos de desinvestimento a nova versão da Sistemática de Desinvestimentos implementada em consonância com as recomendações do Tribunal.

Bem ou mal, a intervenção da Corte de Contas forçou a estatal a revisar seus procedimentos de desinvestimento, agregando-lhes maior objetividade, publicidade e isonomia no processo de escolha do parceiro privado, em conformidade com os princípios constitucionais da Administração Pública.³³⁹³⁴⁰ Independentemente da legitimidade da atuação da Corte de Contas no exame de atos de gestão das empresas estatais – tema que será abordado mais adiante – a atividade empresarial da empresa estatal, enquanto entidade administrativa, deve observar os princípios da Administração Pública.

Sob esse prisma, há que se reconhecer que nem todos os procedimentos normalmente admitidos nas empresas privadas o serão em empresas estatais, mesmo que esses procedimentos visem agregar eficiência à sua atuação. Tal circunstância se explica na medida em que a eficiência que se espera de uma empresa estatal, porquanto instrumental à realização do interesse público, não é a mesma de uma empresa privada. Em essência, de nada adianta fundamentar a intervenção do Estado no domínio econômico no interesse público se a

³³⁸ TCU, Acórdão n. 3.166/2016, Relator: José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 07/12/2016.

³³⁹ O posicionamento do Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 442/2017 não restou imune a controvérsias. Para Joel de Menezes Niebuhr, a Corte de Contas acabou afastando as práticas de direito privado que deveriam reger o processamento das oportunidades de negócio. O ilustre administrativista defende que “a alienação de ativos, por ser qualificada como oportunidade de negócio, seja regida preponderantemente pelo direito privado, especialmente no tocante ao seu processamento, em consonância às práticas de mercado de *Mergers and Acquisitions/M&A*, pelo que as restrições procedimentais decorrentes do regime de direito público não deveriam ser exigidas pelos órgãos de controle” (NIEBUHR, 2017, p. 591).

Em sentido contrário, Henrique Lago da Silveira considera que a solução adotada não caracteriza interferência na gestão da estatal, pois não impôs diretrizes ou juízo de valor sobre os critérios escolhidos pela empresa no processo de alienação de ativos. Para o autor, “o TCU se ateve a cotejar a estrutura do procedimento para a realização de desinvestimentos com os princípios que devem reger a atividade da administração pública, expressos no art. 37 da Constituição Federal, em especial da publicidade e impessoalidade” (SILVEIRA, 2017, p. 90).

³⁴⁰ De forma semelhante, o Tribunal de Contas da União também se debruçou sobre o Sistemática de Desinvestimentos da Eletrobras, identificando irregularidades e determinando diversas correções nos normativos de suporte de desinvestimentos da estatal (TCU, Acórdão n. 1765/2018, Relator: Ministro Aroldo Cedraz, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 01/08/2018).

persecução desse interesse desaguar no afastamento de princípios tipicamente republicanos, como a moralidade, a publicidade e a isonomia.

Os procedimentos de desinvestimento, por certo, devem adaptar-se às práticas de mercado, inclusive mitigando em alguma medida a objetividade e a publicidade que pautam as licitações públicas e os procedimentos de contratação por dispensa e inexigibilidade, sob pena de restar inviabilizada a própria oportunidade de negócio. Mas esse abrandamento nunca terá o condão de afastar completamente determinados influxos de direito público, igualando a atuação de uma empresa estatal a uma empresa privada, até porque não é essa a finalidade pretendida com a atuação empresarial do Estado, sempre instrumental ao interesse público.

Em síntese do essencial, vale repisar que as oportunidades de negócio tipificadas no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, aí compreendidas as operações de desinvestimento, em que pese não se submetam ao regime de licitações e contratações diretas por dispensa e inexigibilidade nas empresas estatais, não estão imunes à incidência dos princípios do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o que de fato veio a se confirmar com a edição do Decreto n. 9.188/2017, que consagrou diversos instrumentos que visam agregar objetividade, impessoalidade e transparência aos procedimentos de alienação de ativos estratégicos.

3.3.3 Exigência da autorização legislativa nas operações de desinvestimento

O §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 não faz distinção quanto ao percentual de participação societária que poderá ser adquirido ou alienado em contratações relacionadas a oportunidades de negócio. Pela redação do dispositivo, admite-se a aquisição de parcela majoritária ou minoritária de cotas de sociedade limitada ou ações de sociedade anônima. Já o inciso XVIII do artigo 29 da Lei n. 13.303/2016 prevê a dispensa de licitação “na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”.

A aquisição da maioria do capital social com direito a voto de uma sociedade pela empresa estatal implica na criação de uma empresa subsidiária, que passará a integrar a Administração Pública como entidade administrativa, ao passo que a alienação da maioria desse capital social com direito a voto desagua na privatização dessa subsidiária, que retorna à sua condição anterior de empresa privada.³⁴¹ Já a aquisição ou alienação de participação

³⁴¹ Assim, para Carlos Ari Sundfeld, “[n]enhum espanto deve causar a assertiva segundo a qual a alienação do controle público sobre a empresa estatal produz o seu imediato desaparecimento. A afirmação é juridicamente exata: é que a medida suprime a personalidade governamental do ente, o qual deixa de ser uma ‘empresa estatal’, transformando-se em ‘empresa ordinária’” (SUNDFELD, 2000, p. 267).

minoritária, que também constitui modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico, apenas impõe à empresa estatal a adoção de práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio, nos termos do §7º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016, sem, todavia, alterar a condição de empresa privada da sociedade com participação estatal minoritária.³⁴²

A questão da aquisição de parcela majoritária ou minoritária de participação societária por empresa estatal ganha relevância constitucional em face da previsão contida no inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal, que dispõe que a criação de subsidiárias de empresas estatais e a participação dessas no capital social de empresas privadas, ou seja, participação majoritária ou minoritária, exige a edição de lei autorizativa em cada caso. O dispositivo constitucional é claro quanto à necessidade de autorização legislativa para a configuração de operações que impliquem em aquisição de participações de natureza societária por empresas estatais, o que, aliás, é repetido no §2º do artigo 2º da Lei n. 13.303/2016.³⁴³

A exigência constitucional tem por finalidade limitar a intervenção estatal no domínio econômico para resguardar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, daí a necessidade de lei específica que autorize a criação de empresas estatais e de autorização legislativa para a constituição de subsidiárias e participação minoritária em empresas privadas, na forma dos incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição Federal. Note-se que a lei não cria a companhia, mas apenas condiciona a sua criação, que deve ser implementada pela Administração Pública com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente.

Especificamente no que se refere à criação de subsidiárias – um consectário da aquisição, por parte da empresa estatal de parcela majoritária no capital social com direito a voto de uma sociedade – o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.649, posicionou-se no sentido de ser “dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora”.³⁴⁴ Na ocasião, prevaleceu a compreensão de que a

³⁴² Art. 1º. [...] §7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim: [...]

³⁴³ Art. 2º. [...] §2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

³⁴⁴ STF, ADI 1649, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 24/03/2004.

expressão “em cada caso” referia-se à existência de autorização para cada empresa estatal e não a cada operação de aquisição de participações societárias.

O artigo 6º do Decreto n. 8.945/2016 positivou a interpretação atribuída pela Suprema Corte à questão da necessidade de lei autorizativa para a constituição de subsidiária, ao dispor que essa exigência é suprida com previsão autorizativa na lei de criação da empresa estatal controladora. Nesse caso, dispõe o *caput* do artigo 7º desse Decreto, “o Conselho de Administração da empresa estatal terá de autorizar, de forma individualizada, a constituição de cada subsidiária”, sendo que, por força do parágrafo único do dispositivo, “[a] subsidiária deverá ter objeto social vinculado ao da estatal controladora”.

Mas a Lei n. 13.303/2016 foi além da interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal acerca da exigência contida no inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal, dispondo no §3º do seu artigo 2º que “[a] autorização para participação em empresa privada prevista no §2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias”. Ou seja, cairia por terra a exigência, ainda que genérica, de lei autorizativa para a aquisição de participações societárias pela estatal, pelo simples fato do Conselho de Administração da companhia entender que a determina operação está alinhada com seu plano de negócios.

De fato, no que diz respeito às operações de tesouraria e adjudicação em garantia, em função de seu caráter transitório e por não haver efetiva intervenção do Estado no domínio econômico, não se vislumbra efetiva vulneração ao texto constitucional. Já a competência atribuída ao Conselho de Administração para sobrepor-se ao juízo legislativo sobre a conveniência da intervenção do Estado no domínio econômico vulnera de peito aberto a exigência encartada no inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal, que é muito clara quanto à necessidade de lei autorizativa para qualquer tipo de participação societária por parte de entidades administrativas em empresas privadas.

Por força do entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, a realização de operações de aquisição de participação majoritária pela empresa estatal em sociedades empresárias só pode ser implementada, com fundamento nos §§ 3º e 4º da Lei n. 13.303/2016, se houver autorização na lei de criação da empresa estatal ou em outra lei específica que lhe seja superveniente.³⁴⁵ Demais disso, o princípio da especialidade e a própria gênese da

³⁴⁵ Em vista disso, é de se questionar a constitucionalidade da exceção contida na parte final do §3º do artigo 2º da Lei n. 13.303/2016, segundo o qual “[a] autorização para participação em empresa privada prevista no §2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo

previsão constitucional de autorização legislativa exigem que a criação de subsidiária guarde relação direta com o objeto social da estatal e, por consectário lógico, com o interesse público que justificou a sua criação.

A questão adquire outros contornos quando se trata de alienação das participações societárias. É que, em princípio, a Constituição não exige lei autorizativa para a extinção de subsidiárias ou para alienação e participações das estatais em empresas privadas, mas apenas para a sua criação ou aquisição, respectivamente. Também não convém interpretar a exigência contida no inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal como algo extensível à alienação dessa participação majoritária ou minoritária, eis que, como se viu, o mandamento constitucional visa restringir a atuação desmedida do Estado no domínio econômico, que é campo próprio da iniciativa privada, e não propiciar a manutenção dessa atuação.³⁴⁶

Em sentido contrário a esse entendimento, recentemente, o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5624, para conferir interpretação conforme à hipótese de dispensa de licitação para alienação de participações societárias prevista no inciso XVIII do artigo 29 da Lei n. 13.303/2016:

Por isso, tenho por indispensável a concessão da cautelar requerida, ad referendum do Plenário, para que, desde já, se confira interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, para afirmar que a venda de ações das empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário.

Mas não só. Entendo também necessária a concessão da medida cautelar, ad referendum do Plenário, para fixar a interpretação conforme à Constituição ao dispositivo acima mencionado, segundo a qual a dispensa de licitação só pode ser aplicada apenas à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

Isso porque convém emprestar relevo à linha argumentativa segundo a qual a Constituição não autorizaria a alienação direta de controle acionário de empresas estatais, uma vez que a Lei 9.491/1997 (art. 4º, I e § 3º), ainda vigente, exige, nos procedimentos de desestatizações, que a “alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações” dar-se-á por meio de licitação, a qual “poderá ser realizada na modalidade de leilão”.³⁴⁷

Nota-se que o entendimento adotado nessa decisão equipara, indevidamente, o regime jurídico aplicável à extinção de subsidiárias e alienação de participações minoritárias detidas

Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias”.

³⁴⁶ Foi esse, aliás, o entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal, dentre outras, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 562/DF e 3.578/DF.

³⁴⁷ STF, ADI 5624 MC, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão monocrática proferida em 27/06/2018.

por empresas estatais com o regime jurídico aplicável à alienação das próprias empresas estatais. Convém destacar alguns motivos que demonstram o equívoco dessa equiparação: (i) o texto constitucional tratou desses fenômenos em dispositivos distintos, nomeadamente nos incisos XIX e XX do seu artigo 37, pelo que não se pode equiparar a extinção de uma subsidiária com a extinção de sua controladora; (ii) a alienação de participação societária mantida por empresa estatal, majoritária ou minoritariamente, não altera sua condição de entidade administrativa voltada à exploração de determinada atividade econômica tida pelo legislador como relevante ao interesse coletivo ou imperativa à segurança nacional; (iii) o critério da alienação do poder de controle não tem amparo na Constituição Federal, que no inciso XX do artigo 37 confere idêntico tratamento jurídico para situações distintas sob a ótica do controle estatal; (iv) o próprio Supremo Tribunal Federal, em precedente já mencionado, havia admitido que a mera previsão genérica na lei de criação da empresa estatal é suficiente para autorizar a constituição de subsidiárias e aquisição de participações societárias em empresas privadas pela estatal, pelo que seria um contrassenso, então, exigir lei específica para a extinção ou alienação dessas mesmas subsidiárias e participações societárias. Se a existência de previsão genérica é suficiente para a aquisição de participações majoritárias e minoritárias, com muito mais razão é de se concluir que a alienação dessa participação prescinde de autorização em lei específica.³⁴⁸

Acresça-se a essas considerações que as razões que justificam a exigência de autorização legislativa para a criação de subsidiárias de empresas estatais, bem como a sua participação em empresas privadas, não se aplicam à extinção de subsidiárias e alienação de participações societárias. Repise-se que a lei autorizativa não cria a subsidiária, mas apenas condiciona a sua criação. O escopo constitucional é o de submeter ao crivo do Poder Legislativo a decisão do Poder Executivo de incrementar sua intervenção direta no domínio

³⁴⁸ É o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 442/2017, Plenário:

“11. Segundo a Constituição Federal, a ordem econômica do País é fundada no princípio da livre iniciativa (art. 170). Nesse sentido, o **caput** do art. 173 da Carta Política permite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente “*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*” (com exceção aos casos previstos no próprio texto constitucional).

12. Segundo essa premissa e tendo em vista que a natureza excepcional dessa intervenção impõe que sua autorização seja adequadamente avaliada e discutida, o art. 37, inciso XX, da Constituição Federal estabelece que, para as sociedades de economia mista, depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias e a participação em empresas privadas (o que, para a Petrobras, ocorreu por meio do art. 64 da Lei n. 9.478/1997, Lei do Petróleo). Assinalo que não há indicação expressa quanto ao caminho contrário – alienações de subsidiárias ou de participações em sociedades.

13. Dessa forma, as ações de desinvestimento realizadas pela Petrobras constituem tão somente o desfazimento dessa condição de excepcionalidade e o retorno à não interferência do Estado na economia, não havendo exigência de autorização legislativa para a venda das subsidiárias” (TCU, Acórdão n. 442/2017, Relator: José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 15/03/2017).

econômico, dada a excepcionalidade desse tipo de atuação estatal. A *ratio* dessa limitação à atuação empresarial do Estado, logicamente, não se aplica às hipóteses em que o Estado pretende diminuir intervenção que já foi anteriormente autorizada, na medida em que o legislador não pode obrigar uma empresa estatal a manter subsidiárias que não atendam ao interesse público ao qual, por força de lei e à luz do artigo 173 da Constituição Federal, essa estatal deve perseguir.

De mais a mais, o entendimento albergado pelo Supremo Tribunal Federal, que toma em consideração a alienação do controle acionário como critério para a exigência de lei autorizativa pode dar azo a distorções quando se considera que a manutenção da maioria do capital social com direito a voto não necessariamente representa o controle da companhia. O ordenamento jurídico, precisamente no artigo 116 da Lei n. 6.404/1976, reflete essa compreensão que aparta propriedade acionária e poder de controle, ao considerar como controlador aquele que usa efetivamente de direitos que lhe assegurem permanentemente preponderância nas deliberações sociais e a eleição a maioria dos administradores da companhia para dirigir a companhia.³⁴⁹

Sob outro ângulo, o posicionamento adotado na decisão liminar exarada pelo Ministro Lewandoski também interfere na gestão empresarial da empresa estatal, que, por expressa previsão legal, deve ser resguardada em prol da persecução de sua finalidade institucional. Por esse viés, há que se considerar que a alienação de participações societárias em oportunidades de negócio constitui operação intestina ao contexto organizacional de um grupo econômico capitaneado por empresa estatal, cuja organização, com a criação e extinção de subsidiárias e a compra e venda de participações minoritárias, diz respeito à autonomia de que goza a empresa estatal para o manejo de seus fatores de produção para atingir o interesse público que empolga o exercício de sua atividade empresarial.

Portanto, para a alienação de participações societárias em oportunidades de negócio com fundamento no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, do ponto de vista constitucional, não se faz necessária a edição de autorização legislativa específica, bastando autorização legislativa genérica para a constituição de subsidiárias e participação em empresas privadas, o que traz implícita a autorização para o desfazimento dessa operação, e que a operação esteja relacionada com o objeto social da empresa estatal.

³⁴⁹ Com base em raciocínio semelhante, Rafael Wallbach Schwind chega a vislumbrar a possibilidade de uma sociedade de economia mista em que o Estado não detenha o poder de controle. Cf. SCHWIND, 2017, p. 170.

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

A Lei n. 13.303/2016, em conformidade o disposto no §1º do artigo 173 da Constituição Federal, estabelece no Capítulo I do Título II as regras aplicáveis ao regime geral de contratações das empresas estatais, aí compreendido o procedimento licitatório e os casos de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação.

O §3º do artigo 28 desse mesmo diploma excepciona a incidência desse regime jurídico para duas modalidades de contratação relacionadas à atividade empresarial da empresa estatal: (i) contratações para o fornecimento direto dos bens ou prestação dos serviços especificamente relacionados ao objeto social da empresa estatal; e (ii) contratações relacionadas a oportunidade de negócio, assim considerada a situação singular propícia à criação ou extinção de parcerias, transferência de participações societárias e outras operações com finalidade associativa ou de desestatização que, pelas especificidades do negócio e características particulares do parceiro privado, não se compatibilizam com o regime geral de contratações das estatais.

Tais hipóteses ditas de inaplicabilidade de licitação não se confundem com os casos de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. O que diferencia ontologicamente esses institutos é que as especificidades das hipóteses de inaplicabilidade de licitação exigem a adoção de procedimentos mais flexíveis e adaptados à lógica empresarial, sob pena de restar inviabilizada a própria atividade empresarial do Estado e, por conseguinte, o interesse público que legitima essa atuação.

Para entender como se operacionalizam essas contratações relacionadas a oportunidades de negócio, é oportuno distingui-las, em função das finalidades a que visam atender, em duas grandes categorias: (i) formação de parcerias e outras formas associativas entre empresas estatais e empresas privadas; e (ii) redução da intervenção do Estado no domínio econômico, seja pelo desfazimento dessas parcerias, seja pela transferência de ativos estatais à iniciativa privada.

As parcerias empresariais público-privadas refletem a conjugação de características das parcerias empresariais e das contratações públicas, viabilizando uma relação de natureza associativa entre empresa estatal e empresa privada para a consecução de um empreendimento econômico de interesse comum com compartilhamento de riscos e resultados. É a manifestação da consensualidade administrativa na atividade empresarial do Estado, cuja legitimidade repousa em um imperativo de eficiência para a realização do interesse público.

As medidas de desinvestimento, à semelhança dos programas de desestatização, implicam em uma redução da intervenção do Estado no domínio econômico. Nem por isso essas contratações dispensam a empresa estatal de adotar as cautelas necessárias para evitar possíveis externalidades decorrentes da alienação de empreendimentos estratégicos em prejuízo ao interesse público, bem como de realizar procedimento competitivo adaptado às práticas de mercado e aos princípios administrativos. Mesmo quando for constatada e devidamente justificada a inviabilidade de competição por conta das características particulares do adquirente, a empresa estatal deve observar critérios racionais e políticas de conformidade durante a contratação.

4 DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DAS PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO

4.1 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DO OBJETO DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias empresariais em oportunidades de negócio não são muito diferentes de outras modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico que unem Administração Pública e particular. De um ponto de vista estritamente formal, sociedades de propósito específico delegatárias em concessões de serviço público, consórcios empresariais constituídos com participação compulsória uma empresa estatal para a exploração do potencial econômico de bens públicos, empresas privadas em que Estado participa como acionista minoritário a título de fomento, são espécies de contratos associativos que também envolvem o exercício de uma atividade empresarial e, inclusive, utilizam o mesmo farramental societário e contratual que instrumentaliza, no plano jurídico-positivo, as parcerias em oportunidades de negócio.

Já se destacou as principais diferenças entre as parcerias em oportunidades de negócio como modalidade de contratação na Lei n. 13.303/2016, em contraposição às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, e como categoria contratual, que se diferencia de outras espécies de contratos empresariais e de parcerias público-privadas em sentido amplo. Entretanto, essas distinções não são suficientes para evitar que o modelo seja utilizado para driblar o regime de contratações das empresas estatais e viabilizar a contratação de atividades que, em princípio, pelas suas especificidades, deveriam submeter-se às disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016.

Para evitar essa “fuga” indevida para o direito privado, mais do que caracterizar as parcerias em oportunidades de negócio em sua forma, é preciso delinear quais requisitos caracterizam o objeto dessas parcerias, ou seja, os elementos que definem a essência das atividades suscetíveis de serem exploradas sob o modelo das parcerias empresariais público-privadas e quais as especificidades dessa relação jurídica entre uma empresa estatal e uma empresa privada. Dito objetivamente, é preciso responder à pergunta: para que servem e como se manifestam, na prática, as parcerias empresariais público-privadas?

Como já se disse, as parcerias empresariais público-privadas constituem uma manifestação do fenômeno da consensualidade administrativa no âmbito da atividade

empresarial do Estado. Logo, é natural que o contorno das atividades suscetíveis de serem exploradas por meio dessas parcerias adquira substância nos preceitos que regem o Estado empresário e os acordos administrativos firmados entre a Administração Pública e os particulares. Em essência, não se pode conceber parcerias sobre atividades que não comportam qualquer tipo de colaboração público-privada.

Repisando o que foi afirmado no Capítulo 2, o exercício de atividade empresarial pelo Estado reflete a opção por um modelo de organização profissional pautado sob a racionalidade econômica e que pressupõe o emprego de instrumentos concebidos no direito privado como meio adequado à realização de uma finalidade de interesse público. No Capítulo 3, destacou-se que a parceria empresarial, como instituto oriundo do direito privado, é contrato de natureza associativa para a consecução de um empreendimento econômico com compartilhamento de riscos e resultados assente na convergência de interesses das partes.

Sob um olhar sistêmico dos preceitos que caracterizam o regime jurídico das empresas estatais e das parcerias público-privadas em sentido amplo, infere-se que as parcerias empresariais público-privadas têm por objeto o desenvolvimento de um empreendimento econômico específico por meio de uma relação associativa pertinente à atividade empresarial do Estado e constituída com fundamento nos §§ 3º e 4º da Lei n. 13.303/2016 à margem das disposições que regem o procedimento licitatório e as contratações por dispensa e inexigibilidade de licitação nas empresas estatais, tendo em conta a incompatibilidade dessas disposições com o regime jurídico que permeia a formação dessas parcerias empresariais.

Para melhor explicitar o objeto das parcerias empresariais público-privadas, é oportuno esmiuçar o conteúdo de cada uma dessas especificidades, nomeadamente: a) a finalidade associativa; b) a pertinência com o objeto social da empresa estatal; c) a natureza empresarial da atividade; d) a especialidade do empreendimento econômico; e) a compatibilidade jurídica do emprego da parceria empresarial em relação ao regime jurídico que disciplina a atividade.³⁵⁰

³⁵⁰ À semelhança dos elementos indicados por Luiz Olavo Baptista, com apoio na obra de Willinston, para as parcerias empresariais: “Concluindo e resumindo, poderíamos invocar a opinião de Willinston, aliás utilizada no caso de *West Caldwell v. Bourough of Caldwell*, de que os elementos essenciais da *joint venture* são: a) uma contribuição pelas partes em dinheiro, bens, esforços, conhecimentos, técnicas ou outro valor econômico, para uma ação conjunta; b) um interesse patrimonial conjunto no objeto do empreendimento; c) um direito ao controle mútuo ou à gestão da empresa; d) expectativa de lucro, ou a presença da *adventure*, como se diz; e) o direito de participar nos lucros; f) usualmente a limitação do objetivo a um simples empreendimento ou empresa *ad hoc*” (BAPTISTA, Luiz Olavo. A “*joint venture*” – uma perspectiva comparatista. *Revista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 42, p. 40-81, 1981, p. 52).

4.1.1 A finalidade associativa

As parcerias em oportunidades de negócio albergam uma relação de natureza associativa e plurilateral.³⁵¹ Isso significa que essas contratações têm por objeto organizar a atuação colaborativa de ambas as partes voltada à realização de interesses convergentes, mediante compartilhamento de riscos e resultados. É o elemento plurilateral que diferencia os contratos de parceria de outros contratos bilaterais, ditos de intercâmbio, que se submetem ao regime geral de contratações públicas.³⁵²

É a natureza associativa e organizacional que sistematiza a integração das atividades dos partícipes dessa relação para a consecução de interesses que convergem e conformam-se com o interesse público.³⁵³³⁵⁴ Ínsito a essas noções, em matéria de parceria empresarial, é o

³⁵¹ As duas expressões, embora não sejam sinônimas, se relacionam mutuamente. O aspecto organizacional é imprescindível nos contratos associativos. Há quem diga que é o aspecto organizacional que diferencia a associação para a formação de um consórcio e para a formação de um cartel (Cf. FRAZÃO, 2015, p. 196).

³⁵² Pontes de Miranda acentua que “[n]o contrato de sociedade, o fim comum pré-elimina o antagonismo: há bilateralidade do contrato, ou há plurilateralidade, mas há o plus da destinação; falta a enantiomorfia, porque a separação do patrimônio pelo fim comum pede que o sócio fique em frente do outro sócio, todos miram o fim comum. Há convergência, em vez de divergência prestacional” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XVIX: Contrato de sociedade. Sociedade de pessoas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1975, P. 20).

³⁵³ Note-se que não há contradição na existência de relações associativas com interesses convergentes entre a Administração Pública, que persegue o interesse público, e o particular, que persegue seus interesses privados. É que a ideia de interesse público não é antagônica ao interesse privado. O interesse subjacente à exploração de determinada atividade empresarial pela empresa estatal, à luz da Constituição Federal e de sua lei autorizativa, é interesse público. Até mesmo a persecução do lucro pela empresa estatal, quando coincidente com o interesse que legitima a sua atuação, também compõe o interesse público. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 66). Logo, quando houver coincidência entre o interesse público e o interesse privado do particular em relação ao desenvolvimento de determinada atividade empresarial, haverá interesses convergentes para consecução do mesmo empreendimento econômico.

Nesse aspecto, não se descura que o interesse das partes só é coincidente sob uma perspectiva imediata, conquanto, sob uma perspectiva mediata, o sucesso do empreendimento e o consequente ganho de riqueza para a Administração são sempre meios para o atingimento de outra finalidade, como a consecução de alguma política macroeconômica ou a garantia da soberania nacional, por exemplo. Já para o empresário privado, a lucratividade é um fim em si mesmo. Ainda assim, essa circunstância não descaracteriza a relação associativa, que mesmo nas relações eminentemente privadas não exige plena identidade de interesses. Como é a ponderação de Fábio Ulhoa Coelho: “Quando duas pessoas (naturais) unem seus recursos e trabalho, para desenvolverem juntas uma atividade econômica, possuem, sem qualquer dúvida, interesses convergentes, *comuns*. São os relacionados à capacitação da organização empresarial pelo menor custo possível, ampliação dos ganhos, qualificação de pessoal, administração financeira das disponibilidades de caixa etc. Em suma, aquelas pessoas têm os mesmos interesses quando se trata de fazer dinheiro, pela união de seus esforços. Note-se, contudo, que, noutro momento, os seus interesses podem ser antagônicos. [...]”

Em qualquer relação entre pessoas unidas com o intuito de fazer dinheiro juntas, interesses convergentes convivem com antagônicos. Os sócios de uma sociedade empresária não escapam dessa contradição dialética” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2**: direito de empresa. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 388).

³⁵⁴ Registre-se que, no direito societário, a noção de *affectio societatis* tem sido substituída pela ideia de fim social como elemento característico das relações associativas. Nesse sentido, Erasmo Valladão e Novaes

fenômeno da cooperação empresarial que, de acordo com Calixto Salomão Filho, “é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo”.³⁵⁵

Com efeito, se a Lei n. 13.303/2016 afastou o regime geral de contratações das empresas estatais em oportunidades de negócio para os casos em que o parceiro privado é escolhido em função de suas características particulares, é porque reputa que essas características são essenciais para o sucesso do empreendimento econômico estruturado através de uma relação associativa pautada em um acordo de cooperação. Mesmo nos casos em que se puder realizar um procedimento competitivo, tal procedimento haverá de ser adaptado à avaliação das características particulares de cada candidato, com a finalidade de identificar o parceiro em potencial mais adequado para associar-se com a empresa estatal, daí o afastamento das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016.

Consequentemente, é imperativo que o atendimento aos interesses convergentes na implantação de um empreendimento peresse por uma postura ativa e colaborativa, tanto do parceiro público, quanto do parceiro privado. A ideia de colaboração entre os partícipes da parceria empresarial só se realiza quando ambas as partes atuamativamente para a consecução da finalidade subjacente a essa empreitada, cada qual provendo contribuições pertinentes às suas características particulares, ainda que mediante contribuições de naturezas distintas, porém complementares.

Aliás, na medida em que a confiança entre as partes é a base das relações associativas de longo prazo, mais do que atuação ativa para a consecução de interesses convergentes, as parcerias reclamam maior observância ao dever de boa-fé objetiva.³⁵⁶ A boa-fé nas relações

França observa que “a noção de *affectio societatis* apresenta um desvio de perspectiva ao dar destaque ao elemento volitivo, quando o correto seria dar enfoque ao fim comum – como disso já tinham se apercebido muitos estudiosos que, ao tratar do consenso, puseram isso em destaque” (FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes. “*Affectio Societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes. “*Affectio Societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes. **Termas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 62).

³⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 267.

³⁵⁶ É a ponderação de Antônio Junqueira de Azevedo:

“Fechado o parêntesis, cumpre dizer, porém, que, no próprio grupo dos contratos empresariais, é preciso distinguir entre os relacionais – com o conceito já adaptado ao nosso direito – e os não-relacionais. O princípio da boa-fé deve ser mais intensamente considerado nos primeiros, tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, imponto, para atingir os seus fins, mútua lealdade entre as partes” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos, os contratos relacionais, a boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma

contratuais, segundo o escólio clássico de Menezes Cordeiro, “concretiza-se através de deveres de informação e lealdade, de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde as pessoas se relacionem de modo específico”.³⁵⁷ Esses deveres de informação e lealdade se manifestam nas relações societárias pela manutenção da transparência entre os sócios, tanto no que diz respeito às suas ações, quanto às suas perspectivas e intenções com a implementação do negócio. A expectativa legítima gerada pela conduta de uma das partes em face da outra também é amparada por esse princípio.³⁵⁸ Trata-se, em suma, da necessidade de se observar com acentuado rigor ao mandamento insculpido no artigo 422 do Código Civil, segundo o qual “[o]s contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

4.1.2 O vínculo do empreendimento com o objeto social da empresa estatal

O objeto da parceria empresarial público-privada deve estar voltado à realização do interesse público específico ao qual a empresa estatal deve perseguir, o que equivale a dizer que deve estar diretamente relacionado ao objeto social da empresa estatal. Ou seja, como restou assentado pelo Tribunal de Contas da União, “a avença deve obrigatoriamente estar relacionada com o desempenho por essas empresas de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais”.³⁵⁹ Essa relação de pertinência entre objeto da parceria e objeto social da empresa estatal evidencia-se em face de uma mesma finalidade de interesse público que motiva a ambas as atividades.

e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 832, p. 115-137, fev. 2005, p. 17).

³⁵⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 648.

³⁵⁸ Sobre os contornos do dever de boa-fé objetiva a ser observado nas relações societárias público-privadas, vale registrar a lição de Mário Engler Pinto Júnior:

“As sinalizações iniciais emitidas pelo Estado como acionista controlador, sobretudo quando forem inequívocas ou estiverem revestidas de alguma formalidade, criam a expectativa legítima de que serão mantidas ao longo do tempo, salvo algum imprevisto que justifique plenamente a mudança do posicionamento. Não é correto limitar os eventos supervenientes dessa natureza apenas às alterações na conjuntura econômica, pois também podem ser fruto da vontade consciente do poder público como tradutor legítimo d interesse coletivo. Para que não haja quebra da relação fiduciária, o ônus representado pela nova estratégia empresarial deve ser consentâneo com a capacidade financeira da companhia. Caso o Estado contrarie as expectativas justificadamente incutidas nos adquirentes das ações, por puro oportunismo político, daí resultando a imposição de custos exagerados à companhia controlada, haverá infração ao dever de lealdade perante os demais acionistas, tornando cabível o resarcimento” (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 381).

³⁵⁹ Como registrou o Tribunal de Contas da União em acórdão que versava sobre parceria entre a Telebrás e a empresa Viasat firmada com fulcro no inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 (TCU, Acórdão n. 2.488/2018, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 31/10/2018).

A relação de pertinência entre o objeto da parceria empresarial e o objeto social da empresa estatal é corolário da submissão das empresas estatais ao princípio da legalidade e da necessária observância de sua função social, que, nos termos do artigo 27 da Lei n. 13.303/2016, consiste na realização do interesse público expresso no instrumento de autorização legal. Como analisado no Capítulo 2, é esse interesse público específico, caracterizado em lei autorizativa, que legitima a atuação empresarial do Estado à luz da Constituição Federal, seja na intervenção direta no domínio econômico, seja na prestação de serviços públicos. Admitir a redestinação da empresa estatal mediante contratos associativos seria o mesmo que esvaziar o mandamento constitucional que condiciona o emprego da técnica empresarial a autorização legislativa.

A esse respeito, anote-se que a vinculação do poder de controle ao objeto social não se restringe às mesmas nas companhias privadas, comete abuso de poder, nos termos do §1º do artigo 116 da Lei n. 6.404/1976, o controlador que “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional”. Não por outro motivo, dispõe o §2º do artigo 2º da Lei n. 6.404/1976 que o estatuto social “definirá o objeto de modo preciso e completo”, o que se reveste de especial importância nas empresas estatais.

A questão envolve limitação à discricionariedade empresarial da Administração Pública, que se encontra adstrita, quanto à sua finalidade, à realização de um interesse público subjacente ao objeto social retratado em lei autorizativa e que constitui a sua função social. Logo, não é dado à empresa estatal aventurar-se em empreendimentos descompassados de sua atividade precípua, ainda que esses empreendimentos sejam lucrativos e visem atender a outras finalidades de interesse público, que não especificamente aquelas que legitimam a sua atuação à luz do disposto no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal.³⁶⁰

Em conformidade com esse entendimento, ao menos no que se refere às sociedades de economia mista, há disposição expressa no artigo 237 da Lei n. 6.404/1976 de que “[a] companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”. Essa vedação, por si só, já inviabiliza a formação de parcerias empresariais com objeto voltado a outros interesses públicos que não sejam especificamente aqueles para os quais foi criada a companhia.

³⁶⁰ Assim, para Ana Frazão, “salvo nas exceções previstas em lei, o atendimento de interesses não vinculados diretamente ao objeto social das estatais, mesmo quando possam ser considerados parte do interesse público geral, não pode ser buscado ou implementado por elas, especialmente quando isso se der em prejuízo de suas atividades principais.” (FRAZÃO, Ana. O abuso de poder de controle na Lei das Estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 115/116).

O raciocínio se aplica à constituição de subsidiárias, que, nos termos do parágrafo único do artigo 7º do Decreto n. 8.945/2016, “deverá ter objeto social vinculado ao da estatal controladora”. Já no campo das participações societárias minoritárias das empresas estatais, o §2º do artigo 2º da Lei n. 13.303/2016, repisado pelo inciso II do artigo 8º do Decreto n. 8.945/2016, exige que o objeto das empresas com participação de estatal minoritária tenha vinculação com o objeto social da empresa estatal investidora. Isso porque, como alerta Marçal Justen Filho, “[a] participação minoritária em uma empresa privada somente pode ser admitida quando for adequada, e suficiente, a propiciar resultados vantajosos e compatíveis com a finalidade principal buscada pela estatal”.³⁶¹

Sem embargo, não se pode confundir essa relação de pertinência entre o interesse público subjacente à parceria empresarial e o objeto social da estatal com a própria atividade finalística da empresa estatal. Essa diferenciação evidencia-se quando se considera que o objeto social de uma empresa não se confunde com o seu interesse social, o que também acontece nas empresas estatais, de sorte que “[e]n quanto o objeto social define a atividade de uma sociedade empresária personificada, o interesse social é o parâmetro que conforma os fins e os meios pelos quais tal atividade deve ser exercida, diante dos valores ou objetivos maiores que justificam a existência da própria sociedade”.³⁶²

Ainda sobre esse aspecto, convém rememorar que a dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio não se presta a definir as atividades suscetíveis de serem exploradas mediante parcerias empresariais, mesmo porque, como já o dizia Pontes de Miranda, “[o]bjeto da sociedade não é só a atividade nos negócios específicos, é, também, a atividade que serve aos fins sociais, ou que é de supor-se que sirvam a eles, daí não se pode compreender, *a priori*, quais são os atos exorbitantes”.³⁶³ A esse respeito, mostram-se oportunas as considerações de Rafael Wallbach Schwind acerca da necessária pertinência objetiva das participações minoritárias das empresas estatais:

O requisito da pertinência objetiva (ou da vinculação com o objeto da empresa estatal investidora), contudo, deve ser examinado com razoabilidade. Deve-se ter em mente que as atividades econômicas estão em constante evolução. É comum que a exploração de uma determinada atividade acabe envolvendo outros negócios acessórios, que, tomados isoladamente, não se enquadrariam no objeto social da empresa, mas que podem ser absolutamente imprescindíveis para a consecução do seu fim social. Isso ocorre porque a cadeia produtiva pode envolver atividades bastante distintas, com um maior ou menor nível de envolvimento direto.³⁶⁴

³⁶¹ JUSTEN FILHO, 2016b, p. 54.

³⁶² FRAZÃO, 2018, p. 122.

³⁶³ MIRANDA, 1975, p. 13.

³⁶⁴ SCHWIND, 2017, p. 302.

A questão se resolve pelo exame da relação de pertinência entre uma atividade desenvolvida pelo modelo de parceria e a realização do interesse público. A empresa estatal só poderá associar-se com empresa privada, constituindo parceria para o aproveitamento de oportunidade de negócio específica e definida, se o objeto dessa parceria for adequado e necessário à realização do interesse público subjacente ao seu objeto social. Do contrário, estará agindo em prejuízo do interesse público específico que legitima a atuação empresarial do Estado seja na exploração de atividade econômica, seja na prestação de serviço público.

4.1.3 A natureza empresarial da atividade

Como instrumento voltado à realização das finalidades de interesse público que legitimam a atuação das empresas estatais, é certo que as parcerias empresariais público-privadas devem ter por objeto uma atividade empresarial, ou seja, uma atividade econômica profissionalmente organizada para a produção e circulação de bens e serviços. Aliás, é justamente a racionalidade empresarial inerente a essas relações associativas que justifica o afastamento das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 para a formação das parcerias em oportunidades de negócio.

A propósito, rememore-se que não há contradição entre a técnica empresarial e a persecução do interesse público. Ainda que a finalidade precípua da empresa estatal não seja a lucratividade, a formação da parceria empresarial assenta-se no pressuposto de que, em determinadas circunstâncias, o emprego da técnica empresarial e da racionalidade que lhe é inerente revela-se mais consentânea com a realização do interesse público.³⁶⁵ Sob essa premissa, pode-se dizer que a parceria em oportunidade de negócio sempre tem por objeto uma atividade empresarial, pois, do contrário, não haveria justificativa constitucionalmente idônea para embasar o afastamento do regime geral das contratações das empresas estatais.

Em acréscimo, a circunstância de que o empreendimento econômico objeto dessa parceria empresarial deva estar diretamente relacionado ao objeto social da empresa estatal é outra característica que denota a natureza empresarial desse empreendimento. Alberto Asquini

³⁶⁵ Feitas as devidas adaptações ao atual regime jurídico das empresas estatais, continuam extremamente relevante a ponderação de Luiz Gastão Paes de Barros Leões:

“Da exposição ora feita, o que se pretende salientar é que o lucro, como *diviso acquarum* das atividades estatais e privadas, não tem valimento; e que as sociedades de economia mista são empresas comerciais como quaisquer outras, funcionando com todas as técnicas econômicas inerentes à atividade privada, não obstante objetivarem interesse público – não havendo nenhuma congênita contradição nessa sua estrutura que as contra-indiquem” (LEAES, 1965, p. 11).

já apregoava que “[i]dentificada a existência de uma atividade empresarial profissional, todas as operações que lhe são funcionalmente conexas adquirem o caráter de operações de empresa e estão, como tal, sujeitas à particular disciplina que o código dá, em relação à empresa (arts. 1330, 1368, 1722 etc.)”.³⁶⁶

Assim, embora os influxos do direito público impeçam que as parcerias empresariais público-privadas sejam simplesmente equiparadas às operações realizadas sob o manto de uma empresa privada, a natureza empresarial de seu objeto resulta dessa conexão funcional com a atividade empresarial do Estado. Bem por isso, não desnatura o caráter empresarial o fato de se tratar de atividade temporária e voltada unicamente à implantação de um empreendimento específico para um único destinatário.

4.1.4 A especialidade do empreendimento

A objeto da parceria deve retratar um empreendimento econômico mais restrito que o objeto social da empresa estatal. O inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 diz respeito à formação de parcerias em oportunidades de negócio específicas e definidas, a demonstrar que sua estruturação não comporta escopo mais amplo do que a própria atuação da empresa estatal. Essas parcerias voltam-se, pois, à consecução de empreendimentos econômicos pertinentes à atividade empresarial da estatal, porém mais restritos do que a generalidade de suas operações. Trata-se de negócio singular, com objetivo certo e, normalmente, porém não necessariamente, por prazo determinado. Nesse sentido, colhe-se as observações de Gustavo Oliva Galizzi relativamente às parcerias empresariais:

Prazo determinado de duração: é próprio da *joint venture* estar destinada a um único projeto. Isso, entretanto, não implica necessariamente uma duração breve; como regra geral, as *joint ventures* são constituídas para a consecução de um empreendimento específico, mas não é necessário que este seja de duração imediata. É de sua natureza que seja o mesmo limitado a um negócio em particular, e que não seja indeterminado em sua duração.³⁶⁷

Em sendo específica e definida, a parceria empresarial público-privada não constitui uma forma de terceirização da atividade finalística da empresa estatal. Em concepção semelhante no que se refere à *joint venture*, Calixto Salomão Filho preceitua que “[a] joint

³⁶⁶ ASQUINI, 1996, p. 117.

³⁶⁷ GALIZZI, Gustavo Oliva. A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero *joint venture*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 135, p.206-2018, jul-set. 2004, p. 208.

venture não existe, portanto, como um apêndice de seus participantes ou para prestar serviços para eles. Ela realiza em si uma atividade economicamente destinada ao mercado, que pode ser coincidente ou não com a atividade das empresas que dela participam".³⁶⁸

De fato, a parceria empresarial e, em especial, a parceria empresarial público-privada, destina-se à realização de projetos bem delimitados, cujas especificidades exigem a formalização de uma relação associativa como um caminho necessário à persecução da finalidade de interesse público que a empresa estatal visa tutelar.³⁶⁹ Empregar a parceria para o desenvolvimento de atividade equivalente ao objeto social da empresa estatal ou com escopo amplo, sem limites objetivos é desviar o instituto de sua finalidade legal. É burlar o disposto no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, que só admite a contratação de empresas privadas sem licitação para a formação relações associativas dessa natureza quando se tratar de projetos específicos e definidos.

4.1.5 A compatibilidade do regime jurídico da atividade

Sob um viés negativo, o objeto da parceria não pode contemplar atividades submetidas a tratamento jurídico incompatível com o emprego de direito privado ou com a atuação consensual da Administração no exercício da função administrativa. Trata-se, pois, de uma incompatibilidade jurídica e não propriamente de uma característica pertinente a algum aspecto material de determinada atividade.

Com efeito, existem atividades empresariais alinhadas com o objeto social da empresa estatal e que poderiam, em tese, ser desenvolvidas mediante relação associativa com empresas privadas, não fosse alguma vedação ou regime jurídico próprio instituído pelo legislador que não se coaduna com soluções que remetam à concertação público-privada. Nesses casos, a formação da parceria violaria direta ou indiretamente o regime jurídico a que se submetem essas atividades, acarretando a nulidade do contrato pela ilegalidade de seu objeto ou pelo desvio de finalidade.³⁷⁰

³⁶⁸ SALOMÃO FILHO, 2007, p. 359.

³⁶⁹ Modesto Carvalhosa assinala a mesma característica em relação às *joint ventures* societárias e contratuais:

"A característica tanto do *joint venture agreement* como do *joint venture corporation* é a especificidade da exploração de determinada atividade de natureza empresarial, de duração limitada e que, assim, exaure-se num determinado momento, pela sua própria implementação. Em consequência, a forma societária dessa atividade tipicamente consorcial atende apenas a razões de sua organização jurídica, não afetando a sua natureza e a sua função que serão sempre a de um consórcio" (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas.** v. 4, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 345).

³⁷⁰ Os vícios por ilegalidade do objeto e desvio de finalidade foram aqui considerados conforme a definição contida no artigo 2º da Lei n. 4.717/1965: Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades

A título exemplificativo, pode-se mencionar as participações societárias constituídas com participação estatal minoritária para a prestação de serviços à empresa estatal minoritária por dispensa de licitação. Segundo o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, essas operações são nulas, na medida em que visam atingir finalidade contrária à ordem jurídica, qual seja: a contração de serviços prestados por empresa privada sem licitação.³⁷¹

4.1.6 Algumas consequências dessas características

Sem prejuízo dessas características, nada impede que uma empresa estatal associe-se com empresas privadas para a consecução de atividades de natureza não econômica ou, ainda, que firme contratos não associativos ou outros tipos de parceria para a realização de interesses convergentes não submetidos ao regime jurídico das parcerias empresariais público-privadas.

Também não há empecilho para que o Estado recorra a instrumentos societários para atender a outros interesses públicos não diretamente relacionados à exploração estatal de uma atividade econômica em sentido amplo. É da própria gênese da intervenção estatal no domínio econômico que o Estado se valha de empresas estatais para atender a objetivos macroeconômicos e sociais, contanto que esses objetivos de interesse público geral não prejudiquem o interesse público específico que legitima a sua atuação, resguardada a responsabilidade do Estado pelo abuso do poder de controle em prejuízo dos minoritários.³⁷²

mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...]

- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; [...]
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

³⁷¹ Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados do Tribunal de Contas da União: Acórdão n. 894/2015, Relator: Ministro Bruno Dantas, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 22/04/2015; Acórdão n. 1.985/2015, Relator: Bruno Dantas, Órgão Julgador: 12/08/2015; Acórdão n. 1.220/2016, Relator: Ministro Bruno Dantas, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 11/06/2016; Acórdão n. 2.645/2017, Relator: Ministro José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 29/11/2017.

³⁷² É o que se depreende da previsão contida no §1º do artigo 27 da Lei n. 13.303/2016:

Art. 27. [...] § 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

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

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas,

Não obstante a persecução dessas finalidades seja instrumentalizada por participações societárias e relações contratuais, não se pode equiparar essas parcerias à noção de parceria empresarial público-privada, menos ainda para o efeito de afastar sua submissão ao regime geral de contratações com fundamento em alguma das hipóteses relacionadas às oportunidades de negócio dos §§ 3º e 4º da Lei n. 13.303/2016.³⁷³ O emprego da técnica empresarial, nesses casos, encontra fundamento em disposições pertinentes à intervenção do Estado diretamente no domínio social e indiretamente no domínio econômico, por meio da atividade de fomento prevista no *caput* do artigo 174 da Constituição Federal.³⁷⁴

Em resumo, o objeto das parcerias empresariais público-privadas tem como principais características a existência de relação associativa entre empresa estatal e empresa privada para o desenvolvimento de um empreendimento econômico de natureza empresarial relacionado ao objeto social da empresa estatal e cujo regime jurídico seja compatível com a consensualidade administrativa e com o emprego de instrumentos de direito privado.

A partir das características apresentadas, pode-se dizer que não constituem parcerias empresariais, pela falta de relação associativa plurilateral, os contratos entre empresas estatais e empresas privadas que importem em mera transferência de atividades ao particular mediante contraprestação assumida pela empresa estatal, a exemplo dos contratos de terceirização/subcontratação, subconcessão de serviços públicos, locação de ativos, dentre outras avenças que não implicam em atuação conjunta para a consecução de interesses convergentes. Tampouco constituem parcerias empresariais, porquanto não encontram amparo legal, eventuais atividades econômicas desenvolvidas em conjunto com empresas privadas que não estejam alinhadas com o objeto social e, consequentemente, com o interesse público que legitima determinada intervenção do Estado no domínio econômico.

A natureza empresarial falece aos contratos e outros acordos administrativos, inclusive de natureza associativa, que impliquem na implementação de atividades desprovidas de conteúdo econômico e que não estejam inseridas no âmbito da atividade empresarial da empresa estatal, como as sociedades cooperativas. Em vista disso, os contratos de patrocínio e os convênios para a promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de

educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

³⁷³ Tanto é assim que o §2º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 estabelece que “[o] convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o §3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei”.

³⁷⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

inovação tecnológica também não constituem atividades suscetíveis de serem exploradas mediante parcerias empresariais público-privadas. De toda sorte, o §3º do artigo 27 da Lei n. 13.303/2016 admite a celebração de acordos dessa natureza, contanto que comprovadamente vinculados ao fortalecimento da marca da estatal e observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos do referido diploma.

A despeito das distinções apresentadas, há situações limítrofes e de duvidoso enquadramento jurídico, como as participações minoritárias de empresas estatais em empresas privadas com a finalidade de auferir os lucros do investimento, atender a objetivos estratégicos com a manutenção de prerrogativas instituídas por acordos de acionistas ou ações de classe especial (*golden shares*)³⁷⁵ ou realizar atividade de fomento, inclusive sem contrapartida direta por parte da empresa beneficiária.

A problemática envolta nessas participações minoritárias reclama análise casuística. Por exemplo, em princípio, não seriam típicas parcerias empresariais as participações societárias da BNDESPAR³⁷⁶ com a finalidade de fomento ou como contrapartida ao aporte de recursos para financiamento de atividades privadas ou mesmo projetos de infraestrutura. Em tal hipótese, normalmente, a ingerência da subsidiária do BNDES nos rumos do empreendimento via Conselho de Administração não visa assegurar o direcionamento de seu objeto social a interesse público de outra natureza, mesmo porque o interesse subjacente à atuação do BNDES esgota-se na atividade de fomento e em outros interesses diretamente relacionados a essa atividade. Como modalidade de intervenção indireta no domínio econômico, a atividade de fomento mediante participação minoritária não configura exercício de atividade empresarial pelo Estado.

Por outro lado, a aquisição, por parte de empresas estatais, de parcela minoritária do capital social de empresas que desenvolvam produtos ou processos inovadores nas áreas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial, na forma do artigo 5º da Lei n. 10.973/2004, pode refletir uma relação associativa – e, eventualmente, uma parceria em oportunidade de negócio – ou apenas restringir-se à atividade de fomento. Tudo depende da

³⁷⁵ Lei n. 6.404.1976: Art. 17. [...] § 7º Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia-geral nas matérias que especificar. (incluído pela Lei n. 13.303/2001).

³⁷⁶ A BNDES Participações S/A é uma subsidiária integral do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social que, nos termos de seu estatuto social, “tem por objetivo o desenvolvimento econômico e social por meio do fomento ao mercado de capitais, bem como o incentivo e o apoio a empreendimentos e operações, abrangidos por seu objeto social”.

Cf. BNDES. **Estatuto social da BNDES Participações S/A – BNDESPAR**, 2018. Disponível em <https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/governanca-controle/empresas-sistema-bndes/Legislacao_do_SIItema_BNDES/Estatuto-da-BNDESPAR>. Acesso em 08 ago. 2018.

efetiva participação da empresa estatal na definição dos rumos do empreendimento, da partilha dos riscos e, principalmente, dos resultados em prol da atividade empresarial da empresa estatal, como a possível obtenção do licenciamento da propriedade intelectual sobre os resultados obtidos com a pesquisa e desenvolvimento tecnológicos.³⁷⁷³⁷⁸

Ainda que não constituam parcerias em sua acepção empresarial, essas participações societárias minoritárias escapam à incidência do regime geral de licitações na medida em que constituem o próprio objeto social de uma empresa estatal de fomento, como no caso da BNDESPAR, ou, ainda, porque a inaplicabilidade de licitação para as contratações relacionadas a oportunidades de negócio, tal como definida no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, também abarca os contratos de aquisição e alienação de participações em sociedades e operações realizadas no âmbito do mercado de capitais.

Outra situação limítrofe refere-se às sociedades e consórcios empresariais com participação de empresas estatais cuja formação é imposta por lei ou por editais de licitação como condição para que a empresa privada assuma a prestação de serviços públicos ou a implantação de outro empreendimento econômico. O exemplo mais evidente é previsto na Lei n. 11.079/2004, que exige a constituição de sociedade de propósito específico pelo licitante vencedor, com a incumbência de implantar e gerir concessões de serviço público nas modalidades administrativa e patrocinada (parcerias público-privadas em sentido estrito)³⁷⁹³⁸⁰.

³⁷⁷ Art. 5º São a União e os demais entes federativos e suas entidades autorizados, nos termos de regulamento, a participar minoritariamente do capital social de empresas, com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo. [...]

³⁷⁸ Não está descartado que tanto a BNDESPAR, quanto as empresas estatais com fundamento na Lei n. 10.973/2004 possam constituir parcerias empresariais público-privadas, como de fato constituem. Nesse último caso, nada impede que empresas estatais e empresas privadas promovam o desenvolvimento conjunto de projetos de inovação tecnológica de interesse comum. O importante, para a caracterização do instituto, é que essa relação associativa ultrapasse, em suas finalidades, a mera atividade de fomento para contribuir na atividade empresarial do Estado.

³⁷⁹ Lei n. 11.079/2004: Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§5º A vedação prevista no §4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Também vale destacar o exemplo dos consórcios empresariais compulsórios constituídos pelo licitante vencedor, Petrobras e Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA, para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos sob o regime de partilha de produção, nos blocos do pré-sal em que a Petrobras for indicada como operadora.³⁸¹

Em princípio, as sociedades de propósito específico nas parcerias público-privadas em sentido estrito e consórcios empresariais para exploração de petróleo submetem-se a regime jurídico próprio no que diz respeito à licitação e execução do contrato. Portanto, não há que se falar em inaplicabilidade de licitação relacionada à oportunidade de negócio, nos termos dos §§ 3º e 4º da Lei n. 13.303/2016.³⁸² Todavia, em havendo efetiva participação estatal na

³⁸⁰ O sentido das sociedades de propósito específico da Lei n. 11.079/2004, para Fernando Dias Menezes de Almeida, “é, em primeiro lugar, dar mais segurança ao negócio, afastando os riscos que poderiam ser trazidos ao objeto da PPP, por contaminação a partir do eventual insucesso de outras atividades societárias. E, em segundo lugar, é facilitar a fiscalização da execução do contrato” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. PPP – Execução dos contratos: aspectos gerais. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Estudos sobre a lei das parcerias público privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 101).

³⁸¹ Dentre outros dispositivos relevantes da Lei n. 12.351/2010, vale destacar o disposto no artigo 20).
Art. 20. O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º desta Lei e com a Petrobras, nos termos do art. 4º, caso ela seja indicada como operadora, na forma do disposto no art. 279 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§1º A participação da Petrobras no consórcio implicará sua adesão às regras do edital e à proposta vencedora.

§2º Os direitos e as obrigações patrimoniais da Petrobras e dos demais contratados serão proporcionais à sua participação no consórcio.

§3º Caso a Petrobras seja indicada como operador, nos termos do art. 4º, o contrato de constituição de consórcio deverá designá-la como responsável pela execução do contrato, sem prejuízo da responsabilidade solidária das consorciadas perante o contratante ou terceiros, observado o disposto no §2º do art. 8º desta Lei.

³⁸² O que não implica, necessariamente, em qualquer irregularidade nessas contratações. Não há ilicitude apriorística na formação de parcerias público-privadas em sentido amplo entre empresas estatais e empresas privadas que não se enquadrem na definição de parcerias relacionadas a oportunidades de negócio.

Inclusive, Vitor Rhein Schirato chega a elencar dentre os grandes instrumentos de formação de parcerias das empresas estatais com particulares as parcerias público-privadas em sentido estrito. Segundo esse autor, “o conceito de serviço público, para fins da instituição de uma PPP, é muito mais amplo que o serviço público econômico contemplado no art. 175 da Constituição Federal, é possível a utilização das PPP para uma miríade de atividades desempenhadas pelas empresas estatais. São os casos, por exemplo, da terceirização de parcela da cadeia produtiva de um serviço público (como uma estação de tratamento de água ou de esgoto), ou da terceirização de atividades de suporte à atividade principal desempenhada pela empresa estatal (como sistemas computacionais em instituições financeiras)” (SCHIRATO, 2016, p. 205).

Não chegamos a tanto. O emprego de concessões patrocinadas e administrativas na terceirização de parcela das atividades desenvolvidas por empresas estatais pode suscitar questionamentos e inconveniências, a começar pela vedação à celebração de parcerias público-privadas em contratos com valor inferior a dez milhões de reais, cujo período de prestação do serviço seja inferior a cinco anos ou que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, além do que essa sistemática pressupõe que a remuneração do parceiro privado seja custeada, ao menos em parte, pelo parceiro público. Ademais, em se tratando de empresa estatal prestadora de serviço público, é de se questionar se efetivamente poderia delegar parcela de sua prestação a terceiro, o que, inclusive, pode configurar subconcessão acaso o serviço não esteja da titularidade do ente controlador da estatal, hipótese em que a transferência de sua prestação não poderá prescindir de autorização do Poder Concedente titular do serviço. Ainda, a despeito da aplicabilidade da Lei n. 11.079/2004 às empresas estatais, expressa no parágrafo único do artigo 1º, é de se questionar de que modo uma entidade administrativa submetida a regime jurídico análogo às empresas privadas possa figurar como poder concedente em concessão de serviço público e exercer as prerrogativas de direito público inerentes a essa condição.

gestão e implantação desses empreendimentos, para além de contraprestação pecuniária ou da atividade meramente fiscalizatória da execução do contrato, é de se reconhecer o seu enquadramento dentre as formas de parceria empresária público-privada, ainda que sua formação seja regulamentada por disposições da legislação setorial.

Ao cabo dessas digressões, há que se ponderar que as parcerias empresariais podem assumir variadas facetas, com características não explicitadas no presente tópico. A existência de uma relação associativa, o vínculo com o objeto social da empresa estatal, a especialidade do empreendimento, a natureza empresarial e a compatibilidade da atividade com o emprego da consensualidade são apenas os elementos que mais nitidamente caracterizam essas parcerias à luz do regime jurídico das estatais e da consensualidade administrativa, cuja delimitação é importante para evitar que o modelo seja utilizado para atender a outros objetivos, que não aqueles para os quais o ordenamento jurídico concebe as parcerias empresariais em oportunidades de negócio.

4.2 PRINCIPAIS FINALIDADES DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS

4.2.1 Desenvolvimento e expansão da atividade empresarial do Estado

Empresas estatais e empresas privadas recorrem a parcerias empresariais por razões muito semelhantes. Todas as justificativas remetem à necessidade de conjugação dos diferentes recursos e expertises necessários para a realização de empreendimentos econômicos complexos, normalmente de alto custo e risco considerável em ambientes fortemente competitivos. Em última análise, trata-se da superação de obstáculos com a união de esforços para o desenvolvimento e expansão das atividades empresariais.³⁸³

De toda sorte, nas concessões comuns regidas pela Lei n. 8.987/1995, não há possibilidade jurídica da empresa estatal figurar como poder concedente, eis que o inciso I do artigo 2º do referido diploma considera poder concedente “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.

³⁸³ Para Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma, as empresas estatais buscam desenvolver parcerias com empresas privadas por duas grandes motivações: (i) possibilitar alternativas de investimento que viabilizem as utilidades públicas ou que permitam a adoção de novas estratégias negociais e (ii) capacitar a empresa estatal e, por decorrência, aprimorar o serviço por ela prestado mediante aproximação com instrumentos de eficiência típicos do setor privado (MARQUES NETO; PALMA, 2016, p. 85).

Também para Carolina Barros Fidalgo, “a sociedade estatal, em parceria com a iniciativa privada, constitui uma terceira sociedade com vista ao desenvolvimento de suas atividades-fim, seja porque não dispõe do montante de recursos necessário à realização do empreendimento, seja porque não possui o *know-how* para a realização de todas as operações envolvidas na atividade a ser explorada ou simplesmente porque deseja

Nesse contexto, as empresas estatais buscam formar parcerias para expandir suas atividades a setores até então inexplorados e realizar empreendimentos de alto custo, risco e complexidade.³⁸⁴³⁸⁵ O fenômeno dissemina-se em todos os campos onde atuam as empresas estatais, tanto na exploração de atividade econômica em sentido estrito, quanto na prestação de serviços públicos, em contratações relacionadas às atividades finalísticas e nas chamadas atividades-meio, ora no Brasil, ora no exterior, corroborando a impertinência dessas distinções no que diz respeito à identificação de um campo propício à técnica empresarial. Em suma, cada vez mais parcerias são estruturadas como estratégia para dinamizar a atuação das empresas estatais, adequando-as à realidade do mercado e formando, como consequência, verdadeiros conglomerados empresariais sob a alçada direta ou indireta do Estado.³⁸⁶

Para atender a todos esses objetivos, a legislação atinente às maiores empresas estatais brasileiras prevê a adoção de parcerias empresariais no desenvolvimento de suas atividades. Os diplomas aludem à possibilidade de constituição de subsidiárias e sociedades de propósito específico, aquisição de participações societárias majoritárias ou minoritárias em empresas privadas e a formação de consórcios, dentre outras formas associativas societárias ou contratuais tipicamente empresariais. O essencial é que o modelo seja adotado como instrumento de persecução do interesse público subjacente ao objeto social de cada estatal.

No setor petrolífero, o artigo 63 da Lei n. 9.478/1997 prevê que a Petrobras e suas subsidiárias poderão formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, com o objetivo de expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar

dividir os riscos financeiros do negócio. Dentro dessa realidade, a parceria surge como a melhor alternativa tanto para a iniciativa privada quanto para a sociedade estatal” (FIDALGO, 2017, p. 392).

Em sentido semelhante, veja-se: ARAGÃO, 2017, p. 432 e SCHWIND, 2017, p. 215/216.

³⁸⁴ Veja-se, nesse sentido, o disposto no artigo 11 do Regulamento de Licitações e Contratações da Caixa:

Art. 11- A oportunidade de negócios consiste na implementação de ações de diferencial competitivo com vistas ao estabelecimento de parcerias com terceiros destinadas ao desenvolvimento da atuação concorrencial da CAIXA, considerando-se pelo menos um dos seguintes critérios, dentre outros: I - Retorno em receitas financeiras; II - Acesso a soluções melhores e inovadoras; III - Ganhos operacional e de eficiência; IV - Promoção de empreendedorismo visando adoção de novos modelos/procedimentos de mercado; V - Melhoria de performance na execução de suas atividades finalísticas.

³⁸⁵ O §3º do artigo 120 do Regulamento de Licitações da BR Distribuidora também aponta esses objetivos:

3º As oportunidades de negócio de que trata o Art. 28, §3º, inciso II da Lei 13.303/16, consistem na implementação de ações de diferencial competitivo com vistas ao estabelecimento de parcerias com terceiros e outras formas associativas, com os seguintes objetivos, citados abaixo de forma exemplificativa: I - agregação de valor à sua marca e maior eficiência de sua infraestrutura. II - desenvolvimento e geração de valor para franquia, programa de fidelidade, produtos financeiros e outros que visem sua atuação competitiva no mercado; III - compartilhamento ou conjugação de tecnologia, infraestrutura logística ou know how que fortaleça a eficiência empresarial e seja um diferencial competitivo; IV – proporcione a revenda em franquias ou troca de pontos em programa de fidelidade de bens, serviços e programas culturais e esportivos; V - aquisição e alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais.

³⁸⁶ No setor do petróleo, o artigo 1º da Lei n. 9.478/1997 restabelece como objetivos da política nacional para o aproveitamento racional das fontes de energia “ampliar a competitividade do País no mercado internacional” e “promover a competitividade do País no mercado internacional de biocombustíveis”.

investimentos aplicados à indústria do petróleo. O artigo 6º autoriza a Petrobras a constituir subsidiárias que poderão associar-se majoritária ou minoritariamente com outras empresas para o estrito cumprimento de atividades relacionadas à indústria do petróleo. O artigo 65 desse diploma determina que a subsidiária constituída pela Petrobras para operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, poderá associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas.

Como se vê, são múltiplas as finalidades e modalidades de parcerias albergadas na Lei n. 9.478/1997. À Petrobras é lícito constituir parcerias societárias, mediante sociedades com participação majoritária (subsidiárias) ou minoritária (empresas privadas), e parcerias contratuais, através da formação de consórcios com objetivos semelhantes, figurando ou não como empresa líder, sempre com o objetivo de desenvolver atividades relacionadas ao seu objeto social. Ou seja, antes mesmo da Lei n. 13.303/2016, a Lei n. 9.478/1997 já previa a formação de parcerias e outras formas associativas, societárias e contratuais, relacionadas a oportunidades de negócio específicas e definidas.³⁸⁷

De igual modo, a Lei n. 3.890-A/1961 traz disposições semelhantes no *caput* do artigo 15, prevendo que “[a] ELETROBRAS operará diretamente ou por intermédio de subsidiárias ou empresas a que se associar, para cumprimento de seu objeto social”. Relativamente à atuação associativa, é ainda mais explícito o §1º do dispositivo, ao prever que “[a] Eletrobrás, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poderá associar, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedades, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica”.³⁸⁸ Basicamente, com redação mais enxuta, a Lei n. 3.890-A contempla para a Eletrobrás as mesmas modalidades de parceria admitidas na Lei n. 9.478/1997 para a Petrobras.

No setor bancário, a Lei n. 11.908/2009 autorizou o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por suas subsidiárias, a adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, incluindo empresas dos ramos securitário,

³⁸⁷ De acordo com informações disponibilizadas pela Petrobras, a empresa tem hoje 304 contratos em fase de produção, sendo que em 66 desses contratos, a Petrobrás atua em parceria com outras empresas, figurando como operadora, ao passo que outros 52 contratos, os parceiros são responsáveis pela operação. (Cf. informação disponível em <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/por-que-parcerias-e-desinvestimentos-sao-importantes-para-a-petrobras.htm>> Acesso em 09 ago. 2018).

³⁸⁸ A Eletrobrás detém mais de cinquenta participações societárias majoritárias e minoritárias em empreendimentos nas áreas de geração, transmissão e distribuição de energia, sem considerações às participações detidas por suas subsidiárias. Uma lista das participações societárias da Eletrobras está disponível no site da companhia (Disponível em <<http://eletrobras.com/pt/ri/Documents/Participa%C3%A7%C3%A3o%20Acion%C3%A1ria%20-%20Junho%202018.pdf>> Acesso em 9 set. 2018).

previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos artigos 17 e 18 da Lei n. 4.595/1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, e até no ramo de construção civil em sociedades de propósito específico constituídas para execução de empreendimentos imobiliários.³⁸⁹

A autorização concedida pela Lei n. 11.908/2009 tinha prazo de vigência estendido até 30/06/2012 e possibilitou, nesse interregno, a multiplicação de empresas controladas e coligadas ao Banco do Brasil e à Caixa, inclusive em atividades alheias ao setor financeiro.³⁹⁰³⁹¹ A Lei n. 13.262/2016 reavivou a autorização para o Banco do Brasil e a Caixa adquirirem participação em empresas, inclusive no ramo de tecnologia da informação, desta feita com autorização estendida até 31/12/2018.

Nos Correios, o artigo 1º da Decreto-Lei n. 509/1969 autoriza a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a constituir subsidiárias e adquirir o controle ou participação em sociedades empresárias já estabelecidas para a constituição de seu objeto social, sendo vedado a essas sociedades atuar no âmbito do monopólio estatal de entrega domiciliar. Essa vedação, retratada no §4º do dispositivo, evidencia que o escopo dessas parcerias societárias formadas pelos Correios, como acionista majoritário ou minoritário, não se confunde com o serviço

³⁸⁹ Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto ressaltam a natureza associativa das participações previstas na Lei n. 11.908/2009, como instrumentos de dinamização das atividades do Banco do Brasil e da Caixa: “O que a lei autorizou não foi que elas [Banco do Brasil e Caixa] fizessem simples investimentos em empresas quaisquer que se apresentassem como boas alternativas de negócio. Não. Elas foram autorizadas a usar essas novas formas societárias para o desenvolvimento de seu objeto social: pela constituição de subsidiárias, integrais ou com participação privada minoritária (art. 1º), ou pela participação em empresas do setor privado, inclusive formando semiestatais (art. 2º)” (SUNDFELD, Carlos Ari; MOTTA, Henrique Pinto. Empresas estatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125).

³⁹⁰ No julgamento do Acórdão n. 894/2015, o Tribunal de Contas da União concluiu pela ilegalidade da aquisição de participação minoritária pela Caixapar na sociedade de propósito específico MGH, cujo controle acionário pertencia à IBM. Na ocasião, o TCU determinou desfazimento sob o fundamento de que a autorização contida na Lei n. 11.908/2009 só se aplica às participações societárias em instituições financeiras e empresas prestadoras de serviços complementares ao setor bancário, o que não se aplica a serviços de desenvolvimento de tecnologia da informação, muito menos para fins de contratação direta da SPE para a prestação de serviços para a empresa estatal que detém participação minoritária por dispensa de licitação. (TCU, Acórdão n. 894/2015, Relator: Ministro Bruno Dantas, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 22/04/2015).

Noutra oportunidade, por ocasião do julgamento do Acórdão n. 1.220/2016, o Tribunal de Contas da União também considerou ilegal a aquisição de participação minoritária da empresa CBM Braxis S/A, que atua no setor de tecnologia da informação, dentre outros motivos, por desbordar da autorização legislativa retratada na Lei n. 11.098/2009, determinando à Caixa Econômica Federal que desfizesse o negócio (TCU, Acórdão n. 1.220/2016, Relator: Ministro Bruno Dantas, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 11/06/2016).

³⁹¹ Sob a égide da Lei n. 11.908/2009, o Banco do Brasil criou a BB Seguridade, que participa diretamente no capital social da Brasilprev; Brasilcap; IRB-Brasil; e Brasildental. A BB Seguridade firmou parceria estratégica com o Grupo MAPFRE pelo prazo de 20 anos, originando as seguintes empresas: BB MAPFRE SH1 e MAPFRE BB SH2 (Disponível em: <<http://www.bbseguridaderi.com.br/pt/conheca-a-bb-seguridade/empresas-do-grupo>>. Acesso em 09 set. 2018).

postal explorado em regime de monopólio.³⁹² O parágrafo único do artigo 2º também prevê a possibilidade dos Correios firmarem parcerias que agreguem valor à sua marca e proporcionem eficiência em termos de infraestrutura, especialmente na rede de atendimento.

Em nível estadual, a Lei n. 8.655/1984 de Minas Gerais, pelo seu artigo 2º, admite a atuação da Cemig, por suas subsidiárias ou por intermédio de outras empresas das quais participe nas áreas de geração, transmissão e distribuição de energia diretamente, inclusive para “exercer atividades direta ou indiretamente relacionadas ao seu objeto social, incluindo o desenvolvimento e a exploração de sistemas de telecomunicação e de informação”. Albergada pela autorização legal, a estatal mineira opera diversos empreendimentos com o emprego de parcerias societárias e contratuais.³⁹³

No Estado de São Paulo, a Lei n. 119/1973 autoriza a Sabesp a coligar-se ou participar de qualquer empresa privada ligada ao setor de saneamento básico, bem como a associar-se com outras empresas, majoritariamente ou minoritariamente, além de formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados aos serviços de saneamento básico. A SABESP também firmou importantes parcerias societárias para a implementação de empreendimentos no setor de saneamento básico.³⁹⁴

Enfim, seria fastidioso discorrer sobre todas as previsões legislativas pertinentes às parcerias entre empresas estatais e empresas privadas para a exploração de atividades

³⁹² Em 2015, a ECT se valeu do dispositivo para aquisição de parcela minoritária do capital social da companhia Rio Linhas Aéreas, com a concomitante celebração de acordo de acionistas que assegurasse à ECT o poder de controle da companhia. O contrato foi considerada irregular pelo Tribunal de Contas da União por vício de motivação, eis que os Correios realizaram a operação com a declarada finalidade de futuramente contratar sem licitação os serviços de transporte aéreo da empresa adquirida, ao passo que a Corte de Contas considerou que que a titularidade do poder controle em companhia na qual o Estado detém participação minoritária, por meio de acordo de acionistas, não se enquadrava no conceito de empresa controlada, para fins de contratação pela hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso XXIII do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 (TCU, Acórdão n. 1.985/2015, Relator: Bruno Dantas, Órgão Julgador: 12/08/2015). A contratação anulada se operou antes do advento da Lei n. 13.303/2016, podendo ser enquadrada na definição de parceria societária em oportunidade de negócio.

³⁹³ A CEMIG detém participação em sociedades de propósito específico e consórcios constituídos para operar grandes projetos nas áreas de geração, transmissão e distribuição de energia, inclusive fora dos limites territoriais do Estado de Minas Gerais, a exemplo das UHEs Santo Antônio (10%) e Belo Monte (10% em conjunto com a Light) e das linhas de transmissão Araxá 2 e de distribuição Jaboticatubas – Pedro Leopoldo, dentre outras, conforme informações disponíveis no site da companhia (Disponível em <http://www.cemig.com.br/pt-br/A_Cemig_e_o_Futuro/sustentabilidade/nossos_programas/ambientais/Paginas/Licenciamento.aspx>. Acesso em 09 ago. 2018).

³⁹⁴ A SABESP mantém participações minoritárias nas sociedades de propósito específico Águas de Andradina S/A, Aquapolo Ambiental, Águas de Castilho S/A, Attend Ambiental, Serviços de Saneamento de Mogi Mirim S/A, Paulista Geradora de Energia S/A e Sanequa Mairinque, todas acompanhadas de acordos de acionistas que asseguram à estatal influência relevante nos negócios das companhias, conforme informações disponíveis no site da companhia (<<http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=676>>. Acesso em 09 ago. 2018).

relacionadas ao seu objeto social, quanto mais sobre as diversas parcerias societárias e contratuais já constituídas e que ultrapassam as centenas no atual cenário do empreendedorismo estatal no Brasil. O importante é perceber que o ordenamento jurídico admite a formação de diferentes modelos de parcerias nos mais diversos setores da economia em que o Estado se faz presente, com objetivos institucionais que variam a depender do objeto social da estatal, inclusive com a possibilidade da empresa estatal figurar como parceira minoritária em empreendimentos controlados por empresas privadas, tanto no Brasil, como no exterior.

4.2.2 Internacionalização das empresas estatais

Além da dinamização da atividade empresarial no mercado interno, as parcerias empresariais têm prestado contribuição imprescindível em estratégias de internacionalização de empresas estatais.³⁹⁵ Nesse processo, a formação de sociedades de propósito específico e consórcios internacionais, dentre outras formas associativas com parceiros estratégicos nacionais ou estrangeiros, viabiliza a superação dos obstáculos de ordem política, jurídica, cultural e econômica que dificultam a inserção da empresa estatal exploradora de atividade econômica no mercado externo para o desenvolvimento de empreendimentos fora do país.

Não raro, a internacionalização de empresas estatais encontra respaldo no mesmo interesse público que justifica sua atuação em território nacional. Existem variadas justificativas alinhadas ao interesse da companhia que justificam a atuação de estatais fora do

³⁹⁵ O mesmo se verifica em empresas privadas, consoante a ponderação de Ana Frazão:

“No que diz respeito à internacionalização dos negócios, as *joint ventures* são hoje consideradas principal instrumento para tal propósito, possibilitando alianças entre agentes internacionais e domésticos, que asseguram aos primeiros a facilidade de penetração em novos mercados e aos segundos o acesso ao investimento e à tecnologia estrangeira. Por essa razão, Valerie Pironon (2004, p. 3) demonstra que, na ordem internacional, a importância das *joint ventures* aumenta consideravelmente, na medida em que possibilitam a transferência de tecnologia e investimentos, conferindo aos agentes estrangeiros uma verdadeira “legitimização” nacional” (FRAZÃO, 2015, p. 189).

Luiz Olavo Baptista acentua que as *joint ventures* “foram rapidamente utilizadas nos negócios internacionais. Podemos mesmo propor um roteiro histórico, segundo o qual a *joint venture* começou a ser utilizada no plano internacional primeiro entre sociedades de origem norte-americana, entre si, e depois entre elas e investidores ou governos estrangeiros, para hoje ser usada, com ou sem o uso da denominação, por todos os países, e, até mesmo consagrado seu uso nos países socialistas” (BAPTISTA, 1981, p. 57).

Ainda, segundo estudo realizado por Baptista e Rios, citado por Maristela Basso, as motivações para a constituição de uma joint venture como estratégia de atuação no exterior podem ser: a) a imagem; b) a transferência de tecnologia; c) a penetração em novos mercados; d) a pressão do país anfitrião; e) as facilidades tributárias e fiscais; f) o controle dos recursos e matérias-primas; g) os riscos compartilhados; h) a legislação antimonopólica; i) a facilidade de uso de mão-de-obra (BAPTISTA; RIOS, 1992 *apud* BASSO, 1998, p. 218).

país³⁹⁶, como a obtenção de vantagens competitivas³⁹⁷, redução de custos operacionais e até mesmo razões de soberania nacional³⁹⁸, como medida necessária para concorrer contra multinacionais estrangeiras, algumas delas controladas por governos de outros países.

Em setores como a prospecção de petróleo e o setor bancário, a exploração do objeto social perpassa necessariamente pela internacionalização da companhia, tratando-se, pois, de uma questão de sobrevivência, principalmente em empreitadas de alto risco em mercados de competição globalizada.³⁹⁹ O setor elétrico também tem apresentado forte expansão no cenário internacional, impulsionado pela necessidade de implantação de empreendimentos binacionais de geração e transmissão de energia em regiões fronteiriças.⁴⁰⁰

A legislação pertinente à Petrobras, Eletrobras, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, Infraero, Correios, Cemig e Sabesp, apenas para destacar algumas das empresas estatais já mencionadas, também traz disposições que autorizam essas companhias a atuar no exterior em atividades relacionadas aos seus objetos sociais, inclusive mediante associação

³⁹⁶ Aragão sistematiza quatro razões para a atuação extraterritorial do seu controlador: a) realização de objetivos estratégicos específicos, como a obtenção de insumos e integração operacional em territórios limítrofes; b) melhor realização interna de seus objetivos através da obtenção expertise e de economia em escala; c) implementação de macropolíticas públicas, inclusive como forma do Estado ampliar sua influência política, econômica e até mesmo militar; d) objetivo de lucro, com a obtenção de negócios mais vantajosos (ARAGÃO, 2017, p. 407/408).

³⁹⁷ Renata do Amaral, após entrevistas executivos do Grupo Eletrobras, sintetiza os principais fatores que motivaram o processo de internacionalização da companhia: a) busca de recursos; b) maior liberdade de atuação; c) aproveitamento de competências; d) seguir empreiteiras; e) busca de mercados; f) resposta à entrada de novos concorrentes no mercado doméstico; g) motivação financeira; h) integração regional (AMARAL, Renata do. O processo de internacionalização de empresas estatais de países emergentes: o caso da Eletrobras. Dissertação (Mestrado) - PUC/RJ, Rio de Janeiro, 2012, p. 92).

³⁹⁸ Recentemente, o Governo Chinês anunciou que pretende transformar todas as suas principais empresas estatais em sociedades de responsabilidade limitada, como parte de um novo impulso destinado a criar conglomerados maiores e mais fortes, capazes de competir no cenário/ global. Cf. <<https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN1AB2RS-OBRBS>>. Acesso em 08 ago. 2018.

³⁹⁹ Para exemplificar, registre-se o caso da Brasil-Japan Ethanol, uma *joint venture* formada em 2005 entre a Petrobras Internacional Braspetro, subsidiária da Petrobrás, e a Nippon Alcohol Hanbai K.K., que detém 70% do mercado de etanol do Japão, com o objetivo de importar e distribuir etanol brasileiro para o mercado japonês. Em 2013, a mesma Petrobrás International Braspetro em conjunto com o Banco BTG Pactual S.A formaram uma *joint venture* para exploração e produção de óleo e gás no continente africano. Em ambos os casos, cada parceiro detinha 50% de participação quando da implantação dos empreendimentos (Cf. <http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/criacao-de-empresa-no-japao-para-importacao-e-distribuicao-de-etanol>. Acesso em 09 ago. 2018).

Recentemente, a Petrobrás e a China Petroleum Corporation (CNPC) formalizaram carta de intenções para a formação de parceria estratégica para investimentos na refinaria do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro - COMPERJ, além da participação da estatal chinesa em quatro campos da Bacia de Campos. Cf. reportagem intitulada “Petrobrás e estatal chinesa fazem parceria para investir no COMPERJ” (Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-07/petrobras-e-estatal-chinesa-fazem-parceria-para-investir-no-comperj>> Acesso em 09 ago. 2018).

⁴⁰⁰ Cabe registrar o exemplo da sociedade de propósito específico constituída pela Eletrobrás e pela empresa uruguai Rouar S.A. para a operação do parque eólico Artilleros com capacidade de 65MW naquele país, além de parcerias com empresas estrangeiras para a implantação de empreendimentos transfronteiriços, dentre os quais a UHE Itaipu binacional. (Cf. <<http://eletrobras.com/pt/Paginas/Eletrobras-no-Mundo.aspx>> Acesso em 09 ago. 2018).

com empresas estrangeiras, com participação majoritária ou minoritária, legitimando essa atuação à luz do ordenamento jurídico pátrio.

4.2.3 Participação em licitações e contratos administrativos

No exercício da atividade empresarial em ambiente concorrencial, empresas estatais constituídas para a exploração de atividade econômica recorrem a parcerias empresariais para participar de licitações públicas e firmar contratos administrativos com o objetivo de prover utilidades a outros órgãos e entidades da Administração Pública ou, ainda, para explorar o potencial econômico de bens públicos e de outras atividades que dependam de títulos habilitantes outorgados por entes federativos distintos. O desenvolvimento de empreendimentos econômicos sob outorga estatal mediante licitação pública é, portanto, outro propósito que permeia a formação de parcerias empresariais público-privadas.

Frise-se que essas parcerias não se confundem com as sociedades de propósito específico e consórcios empresariais constituídos pela licitante vencedora com participação estatal minoritária da entidade contratante, para atender a condição prevista em edital ou em lei específica para a formalização do contrato.⁴⁰¹ Aqui se cuida de comunhão de esforços, aí compreendidas as qualificações técnicas e econômico-financeiras, entre empresa estatal e empresas privadas tanto para vencer a licitação, quanto para executar o respectivo contrato, com compartilhamento dos riscos e resultados.

⁴⁰¹ Como, por exemplo, a participação obrigatória da Petrobrás e da Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA, ambas estatais, em alguns dos consórcios celebrados para exploração de petróleo sob o regime de partilha em áreas do pré-sal, nos termos do artigo 20 da Lei n. 12.351/2010 e a participação minoritária da Infraero nas sociedades de propósito específico constituídas para explorar aeroportos, dentre outras parcerias público-privadas em sentido estrito que preveem a constituição sociedade de propósito específico com participação minoritária do poder concedente, nos termos do artigo 9º da Lei n. 11.079/2004.

Entretanto, mesmo nos casos de participação estatal compulsória, podem haver elementos característicos das parcerias empresariais público-privadas em especial no que se refere à comunhão de esforços mediante diferentes atribuições, com partilha de custos, riscos e resultados. No caso dos consórcios compulsórios para exploração de petróleo, dispõe o §2º do artigo 20 da Lei n. 12.351/2010 que “[o]s direitos e as obrigações patrimoniais da Petrobras e dos demais contratados serão proporcionais à sua participação no consórcio”. Já no caso da participação minoritária da Infraero nas sociedades concessionárias dos serviços aeroportuários, há previsão contratual acerca da parcela de obras sob a responsabilidade da estatal.

Sob viés semelhante, Rafael Wallbach Schwind observa que “[n]o caso de constituição de uma SPE em que haja um sócio estatal, em que haja um sócio estatal, haverá, portanto, uma parceria público-privada no próprio interior da sociedade. O sócio estatal, ao ingressar no empreendimento na qualidade de sócio, assumirá os riscos inerentes à atividade, possivelmente para proporcionar maior segurança ao ente privado. Com isso, poderão ser previstos mecanismos societários de divisão dos riscos e dos lucros entre o Estado e o sócio privado” (SCHWIND, 2017, p. 225). No caso da Infraero, o autor relata que os acordos de acionistas contêm previsões que garantem à estatal o direito de eleger pelo menos um membro do Conselho de Administração, bem como o direito de veto em relação a certas matérias (SCHWIND, 2017, p. 226).

O fenômeno pode ocorrer em praticamente qualquer contratação pública relacionada ao objeto social de empresa estatal exploradora de atividade econômica em ambiente concorrencial. Inclusive, não é incomum que empresas estatais concorram entre si em licitações públicas, unindo forças com empresas privadas para prevalecer no certame e executar o contrato. Sob a ótica dos agentes econômicos, a contratação pública constitui um campo importante do livre mercado, onde também atuam empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

Trata-se, pois, de uma faceta da atuação direta do Estado no domínio econômico. Em atenção ao disposto no inciso II do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, ao participar desses certames, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não podem se valer de benefícios não extensíveis às empresas privadas, devendo, inclusive, excluir eventuais privilégios fiscais na formação da proposta. Desde que respeitadas essas balizas constitucionais que conformam a intervenção estatal na economia, não se entrevê maior empecilho à formação de parcerias empresariais público-privadas voltadas unicamente para contratar com outros entes administrativos.

4.2.3.1 As parcerias empresariais em concessões interfederativas

A formação de parcerias empresariais entre empresas estatais e empresas privadas para participar de licitações e formalizar contratos administrativos comporta maiores questionamentos na seara da prestação de serviços públicos. A controvérsia nesse campo gravita em torno da possibilidade de empresas estatais participarem de licitações e firmarem contratos de concessão figurando como concessionárias de outros entes federativos.

Tratando-se de licitações voltadas à execução de atividades que dependam de outorga de alguma das modalidades de parceria público-privada em sentido estrito, não se desconhece a vedação expressa no §4º do artigo 9º da Lei n. 11.079/2004, segundo o qual “[f]ica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo”. O preceito normativo refere-se à sociedade de propósito específico que, nos termos do *caput* do artigo 9º do referido diploma, deve ser constituída antes da celebração do contrato com o próprio específico de implantar e gerir o objeto da parceria.

Partindo-se apenas de uma interpretação literal do disposto no §4º do artigo 9º da Lei n. 11.079/2004, em princípio não haveria possibilidade de formação de parceria empresarial com participação estatal majoritária em parcerias público-privadas. Apenas a parceria

societária com participação estatal minoritária seria admissível, em razão de sua qualidade de empresa privada. Entretanto, não parece ser essa a interpretação mais consentânea com a lógica da Lei n. 11.079/2004.

Com efeito, a Lei n. 11.079/2004, em toda a sua extensão, refere-se à Administração Pública ora como sinônimo de poder concedente, ora como sinônimo de usuária direta ou indireta dos serviços prestados pelo concessionário. Não há menção expressa à Administração como concessionária do serviço. Além disso, o diploma é permeado por mecanismos que visam proteger o concessionário contra a ingerência do poder concedente, principalmente no que atina ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a revelar essa tônica de preservação da segurança jurídica como garantia voltada a atrair investimentos privados.⁴⁰²

Todas essas especificidades interpretadas no contexto da Lei n. 11.079/2004 revelam a finalidade subjacente ao §4º do artigo 9º, que visa limitar a ingerência do poder concedente sobre o parceiro privado e não impedir a contratação de outras empresas estatais. Dito de outro modo, é natural que o diploma pretenda evitar que a entidade contratante assuma o controle da sociedade concessionária, transformando a concessão numa terceirização às avessas ou a concessionária em espécie de subsidiária do poder concedente, deturpando a lógica da delegação de uma atividade por conta e risco do concessionário. A única interpretação consentânea com a finalidade legal é aquela que considera a vedação à participação estatal majoritária na sociedade de propósito específico como pertinente, exclusivamente, à participação societária da Administração enquanto poder concedente.

Por essa lógica, é de se reconhecer que a vedação contida no §4º do artigo 9º da Lei n. 11.079/2004, ao menos isoladamente, não tem o condão de impedir que empresas estatais, mediante parcerias empresariais com outras empresas privadas, participem de licitações e firmem contratos de parceria público-privada, ou, melhor dizendo, de parceria público-pública, nas modalidades de concessão administrativa ou patrocinada para a prestação de

⁴⁰² Nesse sentido, extrai-se da obra de Carlos Ari Sundfeld:

“Quais os objetivos principais da Lei das PPPs?

A característica central das concessões administrativas e patrocinadas que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23, grifo no original).

Todavia, Sundfeld adota posicionamento contrário à contratação de empresas estatais pelo modelo das PPP's por considerar que as estatais podem ser contratadas mediante concessão comum, contrato de programa ou contrato de gestão, em se tratando, nesse último caso, de entidade pertencente à Administração indireta do ente contratante (Cf. SUNDFELD, 2005, p. 42).

serviços públicos. É curioso notar que essa situação contempla a formação de uma parceria empresarial público-privada voltada à formação de uma parceria público-privada em sentido estrito, ou seja, de uma parceria público-privada gerida por empresas associadas no âmbito de outra parceria público-privada.

Questão alheia à vedação contida no §4º do artigo 9º da Lei n. 11.079/2004, mas igualmente pertinente à problemática da formação de parcerias entre empresas estatais e privadas para participar de licitações e firmar contratos de concessão de serviços públicos, consiste em saber se é constitucional – à luz do princípio federativo e da repartição constitucional da titularidade dos serviços públicos – que uma empresa estatal pertencente à Administração indireta de um ente federativo venha a intergar consórcio ou sociedade de propósito específico e, nessa qualidade, figurar, direta ou indiretamente, como concessionária de outro ente federativo. É que, eventualmente, a parceria empresarial poderá redundar na prestação direta do serviço pela empresa estatal ou, ainda, por uma sociedade de propósito específico sob o seu controle, hipótese em que seria subsidiária dessa estatal.

No plano infraconstitucional, o ordenamento jurídico admite em diversos dispositivos legais que empresas estatais participem de procedimentos licitatórios que tenham por objeto a concessão de serviços públicos ou uso de bens públicos, pelo que tampouco haveria impeditivo à participação mediante parceria empresarial, salvo eventual vedação editalícia. Veja-se, a esse título, o disposto no §1º do artigo 17 da Lei n. 8.987/1995, que impõe a desclassificação da entidade estatal alheia à esfera do poder concedente que apresentar proposta formulada com base em vantagens ou subsídios concedidos pelo seu controlador,⁴⁰³ além do artigo 32 da Lei n. 9.074/1995, que reconhece a possibilidade de estatais participarem de licitações, inclusive com a possibilidade de firmarem pré-contratos para compor as suas propostas, dentre outras disposições em leis setoriais.⁴⁰⁴

Evidentemente, esses dispositivos só têm sentido quando a empresa estatal pertencer a ente federativo diverso do licitante. É que a transferência da prestação de serviço público à entidade pertencente ao mesmo ente federativo titular do serviço consubstancia mera técnica de descentralização administrativa instituída por lei e que, portanto, prescinde da formalização

⁴⁰³ O §2º do mesmo dispositivo esclarece que “[i]nclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.”.

⁴⁰⁴ Em certa medida, a própria constituição de uma parceria empresarial público-privada pode estar prevista em um pré-contrato cuja perfectibilização esteja condicionada à ocorrência de evento futuro e incerto. Tome-se, a título ilustrativo, o exemplo das empresas que participam de licitação em consórcio, comprometendo-se pelo instrumento de formação do consórcio, em atenção à obrigação editalícia, a constituir sociedade de propósito específico na hipótese de se sagrarem vencedoras na licitação.

de contrato, quanto menos de licitação. Daí porque são chamados de concessões impróprias os contratos de concessão formalizados com empresas estatais do mesmo ente federativo.⁴⁰⁵

Na hipótese de concessão de serviço público a empresa estatal pertencente a outro ente federativo, não se verifica violação ao princípio federativo na medida em que não há transferência da titularidade do serviço, mas apenas de sua prestação à estatal que, quando participa da licitação atua na condição de exploradora de atividade econômica em sentido estrito, com espeque no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal. É o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

Como suposição, pode imaginar-se que a União Federal firme contrato de concessão com certa sociedade de economia mista vinculada a certo Estado-membro para a prestação do serviço de energia elétrica. Nesse caso, a entidade governamental estará exercendo atividade tipicamente empresarial e atuando no mundo jurídico nos mesmos moldes que uma empresa da iniciativa privada, de modo que, para lograr a contratação, deverá ter competido em licitação prévia com outras empresas do gênero, observado o princípio de igualdade dos licitantes, e vencido o certame pelo oferecimento da melhor proposta. A anomalia seria visível (e aí estaria a distorção) se a União contratasse com empresa estatal federal a concessão do mesmo serviço.⁴⁰⁶

Na condição de exploradora de atividade econômica, a empresa estatal deve submeter-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo-lhe vedado gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, na forma do inciso II do §1º e do §2º do artigo 173 da Constituição Federal. Em todos os demais aspectos, seja no curso da licitação, seja durante a execução do contrato, sua condição é análoga a de uma empresa privada concessionária de serviço público, podendo o poder concedente se valer de todas as prerrogativas exorbitantes

⁴⁰⁵ Nesses casos, como anota Celso Antônio Bandeira de Mello, “não faria sentido considerar presente, na relação entre a criatura e seu sujeito criador (que pode até mesmo extinguir-la, a seu talante), o específico plexo de direitos oponíveis pelo concessionário ao concedente. De outro lado, os poderes da entidade criadora em relação à criatura também não teriam porque se delinear na conformidade dos específicos poderes que se reconhecem a um concedente. Logo, considerar tais situações como configuradoras de uma concessão de serviço público não faz sentido algum e só propicia confusões” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 204).

Registre-se que esse raciocínio também se aplica à contratação de sociedades de propósito específico oriundas de parcerias societárias em que empresa estatal pertencente ao contratante detenha participação majoritária, configurando hipótese de descentralização administrativa em favor de empresa subsidiária ou, em não sendo o caso da prestação de serviços públicos, de contratação de empresa subsidiária pela entidade controladora, o que configura hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, nos termos do inciso XXIII do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 ou do inciso XI do artigo 29 da Lei n. 13.303/2016.

⁴⁰⁶ CARVALHO FILHO, 2016, p. 379-380.

Também para Marçal Justen Filho, “[p]ode, no entanto, existir concessão de serviço público em sentido próprio tendo como delegatária uma entidade administrativa. Tal se passará quando essa entidade dedicar-se à exploração do serviço público como se fosse uma atividade econômica. A entidade estatal competirá com os demais particulares, valendo-se da concessão para ampliar os seus lucros. Nesse caso, estarão presentes os pressupostos da concessão, o que tornará necessária a prévia licitação e subordinará a entidade exatamente ao mesmo regime reservado para o concessionário privado” (JUSTEN FILLHO, 2015, p. 768).

voltadas à garantia dos princípios do serviço público, ao passo que à estatal concessionária de serviço público devem ser observadas as garantias inerentes a essa condição, sobremodo no que se refere à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, notadamente porque o serviço público permanece sob a titularidade do poder concedente, com as prerrogativas exorbitantes e sujeições inerentes ao dever de garantir a sua prestação, não se vislumbra afronta ao princípio federativo e nem tampouco qualquer irregularidade na contratação de sociedade de propósito específico, consórcio empresarial ou outra forma associativa integrada por empresa estatal de outro ente federativo, que nesse caso segue na persecução do interesse público que legitima a atuação no domínio econômico com fundamento no caput do artigo 173 da Constituição Federal.⁴⁰⁷

No caso das concessões interfederativas, o que se reputa pertinente verificar, inclusive por força dessas constatações que equiparam em boa medida o regime jurídico das empresas prestadoras de serviço público, sejam elas estatais ou privadas, é se a participação da empresa estatal por meio de parceria empresarial em licitação lançada por outro ente federativo encontra respaldo no interesse público que justifica a intervenção direta do respectivo ente controlador no domínio econômico e, consequentemente, que legitima constitucionalmente a própria formação da parceria empresarial público-privada para explorar atividade afeta à titularidade de outro ente federativo.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Em sentido contrário a essa possibilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que “nem Estado nem Município (ou Distrito Federal) – e, portanto, nenhuma de suas respectivas estatais – teriam, constitucionalmente, interesse juridicamente válido que lhes permitisse disputar serviços públicos fora dos próprios territórios, pois suas capacidades jurídico-administrativas cifram-se às suas correspondentes órbitas territoriais. Além disso, as leis criadoras de tais empresas governamentais, e que, pois, lhes definem as finalidades e delimitam o objeto social, obviamente não lhes terão conferido aptidão jurídica senão nestes mesmos termos. Logo, sem violá-las, não teriam como disputar certames licitatórios fora de suas circunscrições” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, 744).

⁴⁰⁸ É nesse aspecto que residem os questionamentos pertinentes à atuação dos entes federativos, por suas entidades administrativas, fora dos respectivos limites territoriais. Já se verificou que a internacionalização de empresas estatais, a depender da atividade, encontra respaldo no mesmo interesse público que legitima a sua atuação no território nacional, além do que normalmente encontra previsão expressa na legislação de regência. O problema da atuação de empresas estaduais e municipais fora dos limites do respectivo território é matéria a ser decidida por quem incumbe delimitar o interesse público que legitima a atuação empresarial do Estado: o poder legislativo do ente federativo ao qual pertence a empresa estatal.

Por outro lado, nada impede que os entes federativos, no exercício de sua autonomia político-administrativa, proíbam a concessão de serviço de sua titularidade a empresa estatal pertencente a outro ente federativo. A corroborar essa alternativa, calha anotar que restrições a investidas extraterritoriais entre entes federativos já foram adotadas anteriormente, com fundamento, justamente, na preservação do princípio federativo. Veja-se o caso da Lei n. 9.361/1996, do Estado de São Paulo, que proibia que outros estados da federação adquirem ações de concessionárias de eletricidade pertencentes ao Estado de São Paulo em vias de desestatização. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.452/SP, da relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela constitucionalidade da sobredita restrição, ao fundamento de que a assunção do controle da concessionária por outro Estado da Federação seria prejudicial ao pacto federativo, daí a razoabilidade da restrição instituída pela lei paulista (STF, ADI 2452, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 17/06/2010).

4.3 ESPÉCIES DE PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS

4.3.1 Parceria empresarial público-privada e *joint venture*

Após a definição dos elementos característicos das atividades suscetíveis de serem exploradas em parcerias empresariais público-privadas e dos principais objetivos que normalmente permeiam a adoção dessa técnica de concertação no âmbito das empresas estatais, resta delinear as diferentes formas jurídicas que instrumentalizam as parcerias empresariais no ordenamento jurídico brasileiro.

A identificação das formas jurídicas que instrumentalizam a formação de parcerias empresariais público-privadas é de suma importância não só para fins de controle, como também e principalmente para o sucesso do empreendimento econômico de interesse público. A estratégia adotada influencia diretamente na gestão do empreendimento, na eventual responsabilidade pessoal das partes pelas obrigações assumidas e até na tributação da atividade empresarial. Ao fim e ao cabo, a definição da forma mais adequada para a estruturação da parceria empresarial público-privada dependerá do nível de interação entre as partes, dos riscos que estão dispostos a assumir, dos objetivos pretendidos, das características do empreendimento econômico, dentre outros fatores.

É usual designar as parcerias empresariais como *joint ventures*.⁴⁰⁹ A única ressalva a ser feita quanto a essa aproximação resulta das peculiaridades das parcerias empresariais público-privadas: a presença da empresa estatal na relação jurídica atrai a incidência de influxos de direito público que impactam no regime jurídico da parceria. De resto, os termos podem ser empregados como sinônimos, mesmo porque, a exemplo da parceria empresarial público-privada, a *joint venture* é gênero que designa uma relação de cooperação em que duas ou mais empresas com interesses convergentes unem esforços para consecução de um

Trocando-se em miúdos, tanto poderá o ente federativo editar lei autorizativa que admite a atuação da sua empresa estatal exploradora de atividade econômica fora dos respectivos limites territoriais, quanto poderá o ente federativo destinatário, também por lei, inviabilizar a delegação de serviço de sua titularidade a estatal alheia a sua esfera de governo.

⁴⁰⁹ Essa identidade fica evidente na definição de Eduardo Goulart Pimenta, para quem “*Joint Venture*, portanto, é todo vínculo jurídico estabelecido entre dois ou mais empresários com o objetivo de, mediante a combinação de esforços e de recursos financeiros, realizar uma determinada atividade, negócio ou empreendimento comum (empresa). Em síntese, são parcerias empresariais, termo que, aliás, passaremos a empregar ao longo deste trabalho” (PIMENTA, Eduardo Goulart. As Modalidades de *Joint Ventures* ou Parcerias Empresariais no Direito Brasileiro. **Revista Jurídica da Advocacia-Federal do Estado de Minas Gerais**, n. 1-2, p. 21-32, jan./dez. 2006, p. 24).

empreendimento econômico. Não se trata, portanto, de uma modalidade específica de contrato tipificada no ordenamento jurídico brasileiro, mas de uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes⁴¹⁰, consoante a delimitação formulada por Maristela Basso:

Joint venture, expressão que não tem equivalente em nossa língua, corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas de um mesmo país ou de países diferentes, sendo usada na linguagem comercial para designar qualquer acordo empresarial, para a realização de um projeto específico, uma aventura comum, independentemente da forma jurídica adotada⁴¹¹

As *joint ventures* podem assumir variadas formas jurídicas, a depender do nível de interação e dos objetivos pretendidos pelas partes. Quanto à forma, há, basicamente, duas espécies de *joint ventures*: as *joint ventures* societárias (*corporated joint ventures*) e as contratuais (*non corporate ou contractual joint ventures*), com base na criação ou não de sociedade dotada de personalidade jurídica própria. Como é intuitivo, as *joint ventures* societárias dão origem a uma sociedade personificada cujo quadro societário é formado pelas partes contratantes, ao passo que as *joint ventures* contratuais supõem que as partes conservem sua autonomia jurídica, obrigando-se reciprocamente por contrato a atuar diretamente para a realização do empreendimento conjunto, cada qual no exercício das respectivas atribuições.⁴¹²

A distinção oriunda da doutrina comercialista reverbera no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016⁴¹³, que dispôs diferenciou as parcerias em oportunidades de negócio, em função

⁴¹⁰ É constatação de Rui Pinto Duarte, para quem a expressão *joint venture* “é de contornos imprecisos. Num sentido amplo designa qualquer modo de colaboração entre empresas. Num sentido estrito abrange apenas empresas criadas por força da colaboração entre outras” (DUARTE, Rui Pinto. **Formas jurídicas de cooperação entre empresas.** Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rpd_MA_15167.pdf>. Acesso em 09 set. 2018, p. 19).

Pela mesma linha, Rubens Requião sintetiza as características dessa modalidade de associação empresarial: “O instituto da *joint venture* é resultado da criatividade empresarial e não encontra tipificação na legislação brasileira. Trata-se de ação de empreendedor, pela qual se objetiva a concentração de esforços combinados com a redução de risco empresarial. O traço da atividade é a cooperação empresária, como ocorre nos casos mais comuns, por exemplo, em que o detentor de tecnologia especial, desejoso de explorá-la em determinado local, mas inibido pelo desconhecimento de peculiaridades do mercado alvo e pela necessidade de investir, às vezes pesadamente, em estrutura física, industrial ou de comercialização, se alia à empresa ali estabelecida para aproveitar-lhe as habilidades e conhecimentos bem como própria organização já consolidada. [...]”

É visível que a forma da ‘*joint venture*’ é indefinida. Admite simples contratos de colaboração, de fornecimento, de transferência de tecnologia, de assistência técnica até a organização de sociedades, a começar pela sociedade em conta de participação para chegar às estruturas mais pesadas, como a sociedade anônima” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212).

⁴¹¹ BASSO, 1998, p. 41.

⁴¹² Cf. REQUIÃO, 2012, p. 212.

⁴¹³ Art. 28. [...] § 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

da existência de sociedade personificada, entre as formas associativas societárias e as formas associativas contratuais. Em vista das peculiaridades que apartam as parcerias societárias e as parcerias contratuais, é oportuno abordar as diferentes espécies de parcerias empresariais público-privadas, em um primeiro plano, a partir dessas duas categorias, e, posteriormente, as outras possíveis relações associativas, societárias e contratuais, que, embora também referenciadas no §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, não se enquadram perfeitamente na noção de parceria empresarial.

4.3.2 Parcerias societárias: as sociedades de propósito específico

A parceria societária dá origem a uma sociedade personificada com o objetivo de desenvolver determinado empreendimento econômico do interesse de seus sócios, ou seja, uma sociedade de propósito específico.⁴¹⁴ Para Maristela Basso, “[a] opção pela criação de uma nova empresa é geralmente motivada pelo suporte institucional que essa proporciona às associações de duração relativamente longa”.⁴¹⁵ Dentre outras vantagens da constituição de uma sociedade de propósito específico, cabe destacar o isolamento dos riscos do negócio, o incremento da transparência pela utilização de instrumentos societários que facilitam a fiscalização do negócio e a maior facilidade na obtenção de financiamentos eventualmente atrelados às receitas futuras do empreendimento econômico.

No ordenamento jurídico brasileiro, a sociedade de propósito específico encontra previsão expressa no parágrafo único do artigo 981 do Código Civil, que dispõe sobre a possibilidade da atividade de uma sociedade restringir-se à realização de um ou mais negócios

⁴¹⁴ A rigor, a expressão “sociedade de propósito específico” poderia ser utilizada tanto para designar as parcerias societárias, quanto algumas formas de parcerias contratuais, eis que as segundas também consubstanciam sociedades não personificadas com finalidade restrita. Todavia, optou-se por restringir essa expressão apenas às sociedades personificadas, por ser a esta modalidade que ordenamento jurídico normalmente se refere quando alude à sociedade de propósito específico. Ademais, a noção de relação associativa, que é ínsita a toda parceria empresarial, está presente em todas as formas de parceria contratual. Logo, o principal critério que distingue parcerias societárias e parcerias contratuais é, realmente, a personalidade jurídica das primeiras. A parceria societária, mais do que a parceria contratual, também pode ser entendida sob a perspectiva da teoria das redes de contratos, segundo a qual “a sociedade por ações é uma criação legal é uma criação legal artificial que serve como estrutura para o estabelecimento de relações contratuais entre diferentes participantes da produção. A sociedade é o local de encontro dos contratos explícitos e implícitos que estabelecem as modalidades de fornecimento e de agenciamento dos recursos provenientes dos acionistas, credores, empregados, etc. Esses contratos fixam, igualmente, os termos de repartição dos ganhos gerados entre esses diversos fornecedores” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. por Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 560).

⁴¹⁵ BASSO, 1998, p. 81.

determinados. Também é previsto no artigo 9º da Lei n. 11.079/2004⁴¹⁶, que trata da constituição de sociedade de propósito específico entre a Administração Pública e a empresa vencedora da licitação para executar o contrato de concessão. Entretanto, nada impede que a sociedade de propósito específico seja utilizada para instrumentalizar quaisquer outros empreendimentos de interesse público que possam ser explorados pela técnica empresarial.

A sociedade de propósito específico não é regulamentada em pormenores no direito brasileiro. Sendo assim, em princípio, poderia assumir qualquer forma societária personificada admitida pelo ordenamento jurídico. Estando voltada à consecução de atividade empresarial, o usual é que seja constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima.⁴¹⁷ Dentre essas modalidades, segundo Maristela Basso, “[a]s sociedades limitadas e anônimas são as mais utilizadas na prática para a constituição de *joint ventures*. A sociedade limitada é bem mais ágil que a sociedade anônima, e a escolha entre a primeira e a segunda depende do caso concreto, do tamanho, importância e expectativa de duração do empreendimento”⁴¹⁸ Entretanto, a constituição da sociedade sob a forma de sociedade anônima é obrigatória para os casos em que a empresa estatal detiver a titularidade da maioria do capital social com direito a voto.⁴¹⁹

Em todos os casos, a participação estatal em sociedade de propósito específico é condicionada à existência de autorização legislativa genérica. É que, rememorando o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.649/2004, é “dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias,

⁴¹⁶ Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

⁴¹⁷ As sociedades de propósito específico com participação majoritária de sociedade de economia mista, via de regra, devem adotar a forma de sociedade anônima, nos termos do §1º do artigo 10 da Lei n. 13.303/2016:

Art. 10. A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, exceto no que se refere: [...]

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se às subsidiárias de sociedade de economia mista, exceto quanto à constituição facultativa do Conselho de Administração e à possibilidade de adoção da forma de sociedade limitada para subsidiárias em liquidação. [...]

⁴¹⁸ BASSO, 1998, p. 85.

⁴¹⁹ Enquadrando-se, pois, no conceito de empresa subsidiária, daí a obrigação de adotar a forma de sociedade anônima, nos termos do inciso IV do artigo 2º do Decreto n. 8.945/2016. A sociedade constituída para gerir parceria público-privada em sentido estrito também deve adotar a forma de sociedade anônima de capital aberto, conforme prevê o § 2º do artigo 9º da Lei n. 11.079.2004.

O modelo da sociedade de propósito específico também não se compatibiliza com a sociedade de nome coletivo, que não admite a participação de pessoas jurídicas, como ensina Rubens Requião:

“A sociedade de propósito específico, no inglês *special purpose company* ou *special purpose consortium*, não tem regulação especial no Brasil e não representa um modelo ou tipo de sociedade. Surgem em leis esparsas algumas regras, geralmente de aplicação restrita, que pouco a pouco vão traçando o perfil do instituto. Penetrará em qualquer dos modelos de sociedade existentes, ressalvada a sociedade em nome coletivo (na qual se proíbe como sócios pessoas jurídicas, no regime do Código Civil de 2002, e desde que se admita que a sociedade de propósito específico não possa ser formada por pessoas naturais), e poderá assumir a condição de companhia aberta” (REQUIÃO, 2012, p. 214).

desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora”.⁴²⁰ O requisito também se aplica às participações minoritárias das estatais em empresas privadas, que encontram previsão expressa no mesmo inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal.

A propósito, no âmbito de parcerias empresariais público-privadas, deve-se diferenciar as sociedades de propósito específico em que a empresa estatal detém a maioria do capital social com direito a voto, daquelas em que a empresa estatal participa como sócia minoritária. Em que pese ambas as modalidades sejam utilizadas nas parcerias entre empresas estatais e empresas privadas, a distinção pelo grau de participação do Estado no quadro societário produz repercussões substanciais na definição do regime jurídico a que se submete a sociedade de propósito específico.

As sociedades de propósito específico em que a empresa estatal participe majoritariamente do capital social são consideradas subsidiárias das empresas estatais, pelo que também integram Administração indireta. Nessa qualidade, regem-se pelo regime jurídico das empresas estatais e pelas disposições da Lei n. 13.303/2016 em todos os seus aspectos. Inclusive, o parágrafo único do artigo 2º do Decreto n. 8.945/2016 estabelece que são também subsidiárias “as demais sociedades em que a empresa estatal detenha o controle acionário majoritário, inclusive as sociedades de propósito específico”.

A Lei n. 13.303/2016, logo no §6º do seu artigo 1º, dispôs que “[s]ubmete-se ao regime previsto nesta Lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no *caput*”. Note-se que esse dispositivo é mais abrangente do que o disposto no artigo 2º do Decreto n. 8.945/2016, eis que se refere a toda sociedade de propósito específico sob o controle estatal, o que contempla tanto as subsidiárias (capital social majoritário), quanto as empresas privadas com participação estatal minoritária sob controle do Estado. Ou seja, pelo poder de controle estatal, a sociedade empresária adquire o status de subsidiária, com os consectários legais decorrentes dessa condição.

Em precedente paradigmático que tratou da aquisição de participação minoritária da empresa CPM Braxis Capgemini S.A. pela Caixa Econômica Federal, com a concomitante celebração de acordo de acionistas, o Tribunal de Contas da União externou seu posicionamento sobre o regime jurídico aplicável às sociedades empresárias com participação minoritária de empresa estatal. Na ocasião, a Corte de Contas vislumbrou no efetivo exercício

⁴²⁰ STF, ADI 1649, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 24/03/2004.

do poder de controle por parte da empresa estatal o critério identificador do regime jurídico dessas controladas com participação estatal minoritária:

69. Como visto, o poder de controle em uma empresa não decorre apenas da propriedade das ações. Ao propor a utilização do critério da preponderância do poder de controle para identificar o sócio controlador, evoluo meu entendimento de forma sutil, mas relevante, considerando que, *a priori*, as empresas privadas controladas pelo Estado (repita-se: aquelas em que o sócio estatal exerce a preponderância do poder de controle por meio de direitos que lhe asseguram o domínio nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores) funcionarão tais quais as empresas em que o Estado detém a maioria do capital social com direito a voto.

70. Ou seja, **o exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada importa na sua caracterização como uma sociedade de economia mista de fato. O Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais. Não quer me parecer legítimo que o Estado controle uma companhia privada senão através da constituição de uma sociedade de economia mista e da aplicação do regime previsto nos arts. 37 e 173 da CF/1988.**⁴²¹

Como se vê, o exercício do poder de controle pela empresa estatal, com ou sem a maioria das ações com direito a voto, é fator determinante na definição do regime jurídico das sociedades de propósito específico. Rememore-se que o exercício do poder de controle, nos termos do artigo 116 da Lei n. 6.404/1976⁴²², é muito mais uma questão de fato do que uma formalidade decorrente da propriedade da maioria do capital social com direito a voto. Uma empresa estatal pode assumir o controle de uma empresa privada por outros meios que não a aquisição da maioria de seu capital social, como, por exemplo, por meio de acordo de acionistas ou pela manutenção de parcela relevante do capital social que, embora minoritária, lhe garanta preponderância sobre as deliberações do bloco de controle.

Em consonância com esse posicionamento, a sociedade empresária em que haja uma preponderância do exercício do poder de controle pela empresa estatal com participação minoritária é regida pelas disposições aplicáveis às empresas subsidiárias, colocando-se a meio caminho entre a figura da empresa estatal e da empresa privada. O simples fato do Estado exercer a preponderância do poder de controle de uma companhia antes tida como

⁴²¹ TCU, Acórdão n. 1.220/2016, Relator: Ministro Bruno Dantas, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 18/05/2016, grifo no original.

⁴²² Repise-se a definição de acionista controlador prevista nesse dispositivo legal:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

empresa privada é suficientemente relevante para atrair influxos substanciais do regime jurídico de direito público na organização interna dessa sociedade.

Por outro lado, as sociedades de propósito específico controladas pelo parceiro privado com participação estatal minoritária são empresas privadas e que, portanto, não integram a Administração Pública.⁴²³ Isso afasta algumas restrições de direito público, como a exigência de licitação, de concurso público, dentre outros aspectos pertinentes à submissão da empresa ao regime jurídico das empresas estatais e às disposições da Lei n. 13.303/2016. Nesse caso, a presença estatal no quadro societário limita a atuação da própria estatal como acionista minoritária, mas não de toda a sociedade empresária, que permanece sob controle privado.

Sob a perspectiva da empresa estatal, os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, impedem que a participação minoritária seja utilizada como válvula de escape às balizas que amoldam a atuação empresarial do Estado. É por força desses princípios e para atender o interesse público que se admite a instrumentalização da participação minoritária como meio de intervenção no domínio econômico. Essa publicização mitigada é especialmente relevante nas sociedades de propósito específico em que o Estado figura como acionista minoritário, pois diminui o risco de que essa sociedades sejam manejadas, à revelia da empresa estatal, em sentido contrário ao interesse público que permeou a sua formação.⁴²⁴

⁴²³ Rafael Wallbach Schwind define as empresas privadas com participação estatal como sendo “sociedades comerciais privadas, não integrantes da Administração Pública, em que o Estado, por meio de um ente estatal, participa como sócio e se vale de instrumentos societários designados a direcionar o comportamento da empresa para a realização de determinados objetivos públicos previstos no ordenamento jurídico, mas sem possuir, de modo permanente, preponderância no exercício do poder de controle” (SCHWIND, 2017, p. 424). Na visão do administrativista, o fenômeno da participação estatal minoritária “deriva da constatação de que a intervenção do Estado no domínio econômico (com base no artigo 173 da Constituição Federal) não se resume à atuação por meio das empresas estatais. Ainda que o dispositivo mencione apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista, nada impede que o Estado possa se valer de uma técnica acionária, ou seja, participe de empresas privadas na qualidade de sócio com vistas a influenciar a sua atuação. Nesse caso, aportará o apoio institucional do Estado e investirá recursos de origem estatal em tais empresas, por entender que as atividades desempenhadas por elas atenderão determinadas finalidades que justificam o comprometimento da Administração no negócio. Com isso, o Estado figurará como sócio da empresa e disporá de instrumentos que direcione o comportamento desta, ainda que sem preponderância no controle interno da sociedade” (SCHWIND, 2017, p. 424).

⁴²⁴ É a advertência do Ministro Bruno Dantas, em voto proferido no mencionado precedente do Tribunal de Contas da União:

“Conforme assinalei no voto condutor do Acórdão 2.734/2015-TCU-Plenário, não é preciso muito esforço imaginativo para verificar que a utilização pelo Estado tanto de empresas privadas com participação estatal quanto de empresas públicas com personalidade jurídica de direito privado tem lugar especialmente em função das prerrogativas que lhe são intrínsecas. No meu sentir, tal forma de ação deve-se muito mais à busca de maior liberação dos grilhões do regime do direito público do que à necessidade (real ou eventual) de adequação do regime jurídico de tais empresas às atividades que por elas são executadas. Busca-se liberar determinadas áreas ou atividades dos procedimentos burocráticos e formais impostos de forma geral aos órgãos e entidades da Administração, mas sem quaisquer garantias de que tais empresas sejam geridas para atender os princípios que devem pautar a intervenção do Estado na economia ou que atinjam os objetivos de eficiência e agilidade pretendidos” (TCU, Acórdão n. 1.220/2016, Relator: Ministro Bruno Dantas, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 18/05/2016).

Com efeito, ainda que sua participação no empreendimento restrinja-se à condição de sócia minoritária de uma empresa privada, a empresa estatal não deixa de submeter-se ao regime jurídico que delimita a sua atuação, sobremodo no que se refere à observância dos princípios que regem a Administração Pública, em especial aqueles encartados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Para tanto, a estatal deve assegurar a observância desses princípios através de instrumentos de direito privado.⁴²⁵ Incumbe-lhe, por conseguinte, manejar as prerrogativas societárias inerentes à sua condição de acionista minoritária observando a esses preceitos e em conformidade com a finalidade de interesse público que legitima a formação da parceria empresarial público-privada e de tal modo que possa fiscalizar a gestão da sociedade de propósito específico.⁴²⁶

Evidente que a inclinação publicística das empresas estatais não significa que a sociedade de propósito específico com participação estatal minoritária controlada por agente privado se submeta a regime jurídico análogo às empresas estatais. O ponto é que, em relação a elas, a incidência dos princípios administrativos e da finalidade do interesse público ocorre de forma indireta, tanto por força da fiscalização e da ingerência exercidas pela estatal na condição de acionista minoritária, aí compreendidos eventuais poderes estatutários que lhe garantam influência relevante na tomada de decisão; quanto por força das obrigações

⁴²⁵ Cf. SCHWIND, 2017, p. 149.

⁴²⁶ A Lei n. 6.404/1976 contempla em favor dos acionistas minoritários algumas prerrogativas que lhes permitem influenciar e fiscalizar o exercício do controle exercido sobre a companhia pelo acionista controlador, dentre as quais vale destacar os seguintes: a) convocar assembleia geral (artigo 123); b) fiscalizar a gestão dos negócios sociais, podendo solicitar a exibição dos livros sociais (artigos 105 e 109); c) requerer eleição dos membros do conselho de administração pelo processo de voto múltiplo (artigo 141); d) a exigência de quórum qualificado para a assembleia geral deliberar sobre determinadas matérias (artigo 136); d) a possibilidade dos acionistas minoritários que atenderem a determinados percentuais mínimos do capital social elegerem, em conjunto ou isoladamente, pelo menos um membro do conselho de administração e um membro do conselho fiscal (artigo 141 e 161).

Demais disso, o §7º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 traz disposição específica que visa facilitar a fiscalização, pela empresa estatal, das sociedades em que detiver participação minoritária:

Art. 1º. [...] §7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim: I - documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por força de acordo de acionistas e de Lei considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida; II - relatório de execução do orçamento e de realização de investimentos programados pela sociedade, inclusive quanto ao alinhamento dos custos orçados e dos realizados com os custos de mercado; III - informe sobre execução da política de transações com partes relacionadas; IV - análise das condições de alavancagem financeira da sociedade; V - avaliação de inversões financeiras e de processos relevantes de alienação de bens móveis e imóveis da sociedade; VI - relatório de risco das contratações para execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços relevantes para os interesses da investidora; VII - informe sobre execução de projetos relevantes para os interesses da investidora; VIII - relatório de cumprimento, nos negócios da sociedade, de condicionantes socioambientais estabelecidas pelos órgãos ambientais; IX - avaliação das necessidades de novos aportes na sociedade e dos possíveis riscos de redução da rentabilidade esperada do negócio; X - qualquer outro relatório, documento ou informação produzido pela sociedade empresarial investida considerado relevante para o cumprimento do comando constante do caput.

contratuais assumidas por ambas as partes, tal como previstas no instrumento de formação da parceria empresarial público-privada para resguardar os princípios da Administração Pública e a finalidade de interesse público subjacente ao empreendimento econômico.

Não existe definição ou preferência apriorística quanto às alternativas de participação e controle estatal em sociedades de propósito específico.⁴²⁷ Por vezes, a viabilidade do empreendimento estará atrelada ao seu desenvolvimento sob o controle de subsidiária estatal ou de empresa privada, pelo que a oportunidade de escolha nem se apresenta. A opção pela participação majoritária ou minoritária – como qualquer escolha pertinente à estruturação das parcerias empresariais público-privadas – dependerá de fatores relacionados à extensão das contribuições de cada uma das partes, aos objetivos pretendidos e às especificidades do empreendimento, ou seja, a características vinculadas a oportunidades de negócio específicas e definidas. Esses fatores devem ser cotejados com as vantagens e desvantagens pertinentes ao desenvolvimento da parceria com participação da empresa estatal majoritária – o que atrai o regime jurídico das empresas estatais – ou minoritária – sob regime das empresas privadas, mais flexível e com menos ingerência estatal na gestão do empreendimento.⁴²⁸

4.3.2.1 A questão do controle compartilhado nas parcerias societárias

O fato de que um dos parceiros tenha a primazia na gestão da companhia – o que influencia diretamente na definição do seu regime jurídico da sociedade de propósito específico – não mitiga a circunstância de que a cooperação entre empresas para a realização de um empreendimento de interesse comum reclama algum nível de pulverização de prerrogativas que permitam influenciar no comando da companhia. É da essência de um empreendimento conjunto, já o dizia Alfredo Lamy Filho, “que o controle seja dividido, que um participante não prevaleça sobre o outro, que as relações entre os mesmos se façam em pé de

⁴²⁷ Nesse sentido: GUEDES, 2015, p. 203; e SCHWIND, 2017, p. 304.

Em sentido contrário, Paulo Otero considera que o Estado não teria como garantir a persecução do interesse público apenas com a participação minoritária em empresas privadas, razão pela qual essas participações devem ser meramente transitórias, o que denota a existência de uma preferência pela participação majoritária do Estado em sociedades empresariais (OTERO, Paulo. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1998).

⁴²⁸ Filipe Machado Guedes enumera como vantagens no emprego da participação minoritária, o maior aporte de recursos privados, menos burocracia, inclusive pela desnecessidade de realizar licitação e concurso público, menos influência política e menos problemas de agência, eis que a empresa estaria sujeita a um sistema de controle interno e incentivos mais eficiente que o aplicável no setor público (GUEDES, 2015, p. 203).

igualdade”.⁴²⁹ Portanto, é natural que as parcerias empresariais comportem algum grau de compartilhamento do poder de controle, eis que a ideia de controle absoluto não se compatibiliza com a própria lógica da comunhão de esforços entre sujeitos autônomos para a realização de um empreendimento comum.⁴³⁰

Para viabilizar a conformação dos interesses do parceiro público e do parceiro privado mediante controle compartilhado nas parcerias societárias constituídas sob a forma de sociedade anônima, o usual é que haja uma distribuição adequada dos direitos sociais entre os parceiros por meio do estatuto social, mediante acordos parassociais ou por ambos complementando-se com disposições que limitem o exercício do poder de controle pelo parceiro que detém a maioria do capital social em prol dos acionistas minoritários.⁴³¹

Na medida em que o poder de controle na sociedade anônima se manifesta pela preponderância nas deliberações sociais e na eleição da maioria dos administradores da companhia⁴³², é intuitivo que o controle compartilhado implique na modulação do direito de voto na assembleia geral e na designação dos administradores. Essa modulação, como se viu, tanto pode ser implementada por disposições estatutárias que instituem prerrogativas inerentes à titularidade de determinadas classes de ações, quanto pela celebração de acordo de

⁴²⁹ LAMY FILHO, Alfredo. Sociedade de Economia Mista – Joint Venture – Controle. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 190, p. 323-330, 1990, p. 326.

⁴³⁰ O controle compartilhado é assim caracterizado por Luiz Gastão Paes de Barros Leões:

“Em tais hipóteses, fala-se em controle comum ou compartilhado (*joint control*), pois, nelas, o grupo de controle exerce as prerrogativas e as responsabilidades que incumbem ao acionista controlador. Ou seja, as pessoas que constituem a coletividade agem e respondem como se fossem uma única pessoa, sem que cada uma, isoladamente, possa ser caracterizada, por si só, como ‘acionista controlador’. A circunstância de que qualquer um dos participantes seja eventualmente majoritário, dentro ou fora do grupo, não o converte, ipso facto, em um acionista controlador, senão quando visto como parte componente da coletividade” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Acordo de comando e poder compartilhado. In: **Pareceres**, v. 2. São Paulo: Singular, 2004, p. 1309).

⁴³¹ Na definição de pactos parassociais, Fábio Konder Comparato considera “não apenas as clássicas convenções de voto, mas todo e qualquer negócio jurídico contratual, tendente a regular o exercício dos direitos sociais, concluídos entre sócios, ou entre sócio e não sócio” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 204). De acordo com Comparato, “[e]sses pactos parassociais, como os denominou a doutrina, caracterizam-se justamente pelo fato de sua autonomia formal, em relação aos atos constitutivos ou estatutos da sociedade, e, ao mesmo tempo, pela sua coligação funcional com estes últimos. São concluídos para produzir efeitos no âmbito social, mas a sua eficácia é limitada, em princípio, às partes que os celebraram. Perante a sociedade, eles são *res inter alios acta*, salvo norma legal específica em contrário” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 199).

⁴³² Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

acionistas que preveja a distribuição de prerrogativas societárias às quais, em princípio, o acionista minoritário não teria direito por conta da menor representatividade de sua propriedade acionária no capital social da empresa.⁴³³

A organização da gestão interna da companhia pela técnica estatutária geralmente ocorre por meio de diferentes classes de ações ordinárias ou preferenciais.⁴³⁴ Essa divisão permite que determinadas classes de acionistas gozem de direitos sociais especificados no estatuto social, como o direito de eleger um ou mais membros dos órgãos de administração e, no caso das ações preferenciais, a prerrogativa de condicionar determinadas alterações estatutárias à sua aprovação, conforme os artigos 16 e 18 da Lei n. 6.404/1976.⁴³⁵ Nas companhias fechadas, consoante dispõe o artigo 36 da Lei n. 6.404/1976, “[o] estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas”.

É o próprio legislador quem ressalta a relevância da divisão de ações ordinárias em diferentes classes nas companhias fechadas, como elemento propício à estruturação de parcerias empresariais. A Exposição de Motivos da Lei n. 6.404/1976 já previa que “[e]ssa flexibilidade será útil na associação de diversas sociedades em empreendimento comum (*joint venture*), permitindo a composição ou conciliação de interesses e a proteção eficaz de condições contratuais acordadas”.⁴³⁶ Em verdade, segundo a observação de Calixto Salomão

⁴³³ Após pontuar que a designação dos administradores e fiscais exterioriza o exercício do controle da companhia, Fábio Konder Comparato anota que “a grande preocupação dos que procuram compor os interesses de grupos acionários distintos, numa mesma companhia, consiste em excogitar fórmulas que conduzam à participação de todos os interessados na designação dos administradores sociais. Trata-se, em princípio, de organizar o poder de controle, de forma a evitar a prepotência de alguns” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 194).

⁴³⁴ A divisão de ações ordinárias em classes só é admitida nas companhias fechadas. Ambas as companhias fechadas e abertas admitem a concepção de diferentes classes de ações preferenciais.

⁴³⁵ Art. 16. As ações ordinárias de companhia fechada poderão ser de classes diversas, em função de:

I - conversibilidade em ações preferenciais;
II - exigência de nacionalidade brasileira do acionista; ou
III - direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

Parágrafo único. A alteração do estatuto na parte em que regula a diversidade de classes, se não for expressamente prevista, e regulada, requererá a concordância de todos os titulares das ações atingidas.

Art. 18. O estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.

Parágrafo único. O estatuto pode subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em assembleia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais.

⁴³⁶ **Exposição de Motivos da Lei n. 6.404/1976.** Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>>. Acesso em 9 set. 2018.

Filho, a positivação da matéria visa eternizar no estatuto dispositivos que muito bem e comumente poderiam estar contemplados em acordos de acionistas.⁴³⁷

De modo semelhante, o exercício do direito de voto ou do poder de controle também pode ser disciplinado por acordo de acionistas, juntamente com disposições que versem sobre compra e venda de ações e preferência em adquiri-las, nos termos do artigo 118 da Lei n. 6.404/1976.⁴³⁸ O acordo de acionistas nada mais é do que um contrato firmado entre os sócios, com autonomia formal em relação aos atos constitutivos da sociedade, que produz entre eles um vínculo obrigacional no exercício de seus direitos sociais. Uma vez registrado na sede da companhia, o acordo de acionistas passa a vincular não apenas as partes contratantes, como também a própria sociedade personificada, de modo que o voto que o infringir não deve ser computado nas deliberações da assembleia geral. A oponibilidade desse acordo perante terceiros estranhos à companhia, nos termos do §1º do mencionado dispositivo, depende de averbação nos livros de registro e certificados das ações.⁴³⁹

Os acordos de acionistas mais relevantes em matéria de controle são aqueles que disciplinam o exercício do direito de voto dos acionistas (acordos de voto), aí compreendidas as convenções de voto que visam a organização do controle totalitário (acordos de controle) ou majoritário da companhia e aquelas que visam a defesa dos acionistas minoritários (acordos de defesa).⁴⁴⁰ Nas parcerias empresariais (*joint ventures*), como anota Modesto Carvalhosa, “os acordos de acionistas acabaram impondo-se para, geralmente, estabelecer uma partilha no poder decisório da companhia ou o direito de veto do acionista estrangeiro sobre assuntos institucionais e administrativos afetando a assembleia geral e a própria administração”.⁴⁴¹

⁴³⁷ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 197.

⁴³⁸ Prevalece a compreensão de que, à exceção da venda de voto, que não é admitida, o acordo de acionistas ainda poderá versar sobre outras matérias não previstas no artigo 118 da Lei n. 6.404/1976. Cabe a ressalva de que, em relação a essas outras matérias, o acordo surtirá efeitos apenas entre as partes contratantes, não podendo ser oposto à sociedade ou a terceiros (Cf. CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 2. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 802).

⁴³⁹ A propósito da eficácia do acordo perante a sociedade, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pereira observam que “[o] regime legal do acordo de acionistas na lei brasileira deixa evidente que a organização normativa do cargo de controlador é exclusivamente legal, se o acionista controlador é pessoa natural; mas se o cargo de controlador é exercido por grupo organizado por acordo de acionistas, as estipulações do acordo registrado na companhia integram o seu sistema normativo, organizando o cargo acrescido de fato à estrutura da companhia” (LAMY FILHO; PEREIRA, 2017, p. 624).

⁴⁴⁰ Cf. COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 217.

⁴⁴¹ CARVALHOSA, 2014, p. 728.

Rui Pinto Duarte, sob o prisma do direito português, também ressalta que “[q]uando a sociedade é usada como forma de joint venture, há frequentemente lugar ao completamento do conteúdo do contrato de sociedade por meio de acordos parassociais (*shareholders' agreements* na linguagem dos negócios internacionais). Na prática (isto é, apesar do obstáculo que o n.º 1 do art. 17 do CSC constitui), tais acordos retiram poderes ao órgão de administração da sociedade, dando primazia ao plano das relações entre sócios, o

Outra importante função dos acordos de acionistas, sobremodo nas parcerias empresariais, é a de restringir a transferência das ações pelos chamados acordos de bloqueio. O instrumento contempla limitações a operações de compra e venda de ações sem, todavia, impedir-lhes a circulação.⁴⁴² Como exemplos, pode-se mencionar a proibição de transferência de ações a concorrentes dos demais acionistas ou a outros agentes econômicos que não reúnam as condições necessárias para participar do empreendimento, além da instituição de direito de preferência recíproca na aquisição das ações a ser exercido por uma das partes contratantes em face da decisão da outra parte de vender suas ações a terceiros.⁴⁴³

Ainda, como contrato parassocial que disciplina a implementação de um empreendimento conjunto, o acordo de acionistas pode versar sobre o cronograma de investimentos com a especificação das responsabilidades de cada uma das partes, dispor sobre a concessão de garantias a financiadores, regulamentar eventuais penalidades por inadimplemento, tratar da liquidação da companhia, instituir mecanismos de resolução de controvérsias, dentre outras disposições pertinentes à estruturação do empreendimento que, por não estarem previstas no rol do artigo 118 da Lei n. 6.404/1976, apenas vinculam as partes contratantes, não podendo ser opostas à companhia ou a terceiros à relação contratual.

A possibilidade da celebração de acordos de acionistas para o compartilhamento do poder de controle nas relações societárias entre a Administração Pública e os demais acionistas privados ainda desperta polêmicas. O tema é especialmente relevante nas parcerias societárias público-privadas, onde é elemento definidor de seu regime jurídico e a disciplina e a estabilização das relação associativa é importante para viabilizar a conformação de interesses em prol do desenvolvimento de um empreendimento conjunto, sendo o acordo de

mesmo é dizer, viabilizando que a sociedade possa ser um veículo de cooperação” (DUARTE, Rui Pinto.

Formas jurídicas de cooperação entre empresas. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rpd_MA_15167.pdf>. Acesso em 09 set. 2018, p. 20).

⁴⁴² As limitações devem ser objetivamente reguladas, vedando-se a pura e simples proibição da compra e venda de ações, consoante, por interpretação extensiva, se extrai do disposto no artigo 36 da Lei n. 6.404/1976: Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas.

Parágrafo único. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de "Registro de Ações Nominativas".

⁴⁴³ Cf. CARVALHOSA, 2014, p. 814. Acentua-se a importância dos acordos de bloqueio diante da natureza *intuito personae* das *joint ventures*, motivo pelo qual, segundo Carvalhosa, “[c]abe, no entanto, nas joint ventures, cláusula que impeça que, direta ou indiretamente, o terceiro adquirente seja concorrente ou inabilitado para preencher as aptidões técnicas do acionista retirante. Assim, a venda a terceiros, após exaurida a prelação, submete-se a esses requisitos de não concorrência, e de aptidão para contribuir para o empreendimento comum” (CARVALHOSA, 2014, p. 821).

acionistas, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “o principal instrumento que o direito societário brasileiro reservou para a estabilização de posições acionárias”.⁴⁴⁴

Nas relações associativas público-privadas, a juridicidade dos acordos de acionistas não encontra maior resistência nas sociedades em que a empresa estatal detém parcela minoritária do capital social com direito a voto. Nessas sociedades tipicamente privadas, de acordo com Rafael Wallbach Schwind, “[o] acordo de acionistas é um instrumento utilizado com o intuito de viabilizar mecanismos para que o sócio estatal tenha condições de influenciar os rumos da empresa privada, a fim de que ela atinja os objetivos que serviram de fundamento para que o Estado se associasse ao empreendimento”.⁴⁴⁵

A celebração do acordo de acionistas pelo sócio estatal minoritário é referida no inciso I do §7º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016, que dispõe sobre a necessidade da empresa estatal adotar mecanismos de governança e controle proporcionais à relevância, materialidade e aos riscos do negócio em suas participações societárias, tendo por base, dentre outros subsídios, “documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por força de acordo de acionistas e de Lei considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida”.⁴⁴⁶⁴⁴⁷

De resto, não há qualquer preceito normativo que impeça o particular – que tem autonomia para dispor livremente sobre seu patrimônio – de abrir mão de parcela de suas prerrogativas estatutárias em prol do controle compartilhado com acionista estatal minoritário. Nem se diga que a assunção do poder de controle por empresa estatal sem a maioria do capital social dependeria de lei autorizativa específica, conquanto essa exigência já estaria suprida pela mesma autorização legislativa, via de regra genérica, que lhe permite constituir subsidiárias e participar minoritariamente de empresas privadas. Tal como observa Carlos Ari Sundfeld em relação às empresas estatais, “[o] legislador apenas autoriza sua criação, sendo

⁴⁴⁴ COELHO, 2014, p. 346.

⁴⁴⁵ SCHWIND, 2017, p. 358.

⁴⁴⁶ O preceito é reproduzido no inciso I do §1º do artigo 9º do Decreto n. 8.945/2016:

Art. 9º A empresa estatal que detiver participação equivalente a cinquenta por cento ou menos do capital votante em qualquer outra empresa, inclusive transnacional ou sediada no exterior, deverá elaborar política de participações societárias que contenha práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual participe.

§ 1º A política referida no **caput** deverá ser aprovada pelo Conselho de Administração da empresa ou, se não houver, de sua controladora, e incluirá: I - documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por exigência legal ou em razão de acordo de acionistas que sejam considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida; [...]

⁴⁴⁷ No âmbito da Administração Pública federal, consoante disposto na alínea *k* do inciso VI do artigo 41 do Decreto n. 9.035/2017, compete à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais a “celebração de acordo de acionistas que contenha cláusulas que permitam, de qualquer forma, a assunção da maioria do capital votante por empresas estatais”.

que suas características exatas resultarão de tratativas, providências e decisões ulteriores; afinal, essas sociedades têm sócios privados, que evidentemente nem são selecionados pelo Poder Legislativo, nem podem negociar com este as condições de sua participação”.⁴⁴⁸

Evidentemente, por imperativo dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, o Estado como acionista minoritário, ou seja, sem o controle acionário da companhia, não pode celebrar acordo de acionistas sob a condição de que exercerá o controle da companhia com maior ênfase aos interesses privados do acionista majoritário em detrimento do interesse público que autoriza a atuação empresarial do Estado ou, ainda, sob qualquer outra exigência que desvie a estatal de sua finalidade legal.⁴⁴⁹ Como já destacado, se de um lado a transferência do poder de controle em favor de empresa estatal minoritária prestigia a persecução do interesse público, de outro lado, submete a empresa controlada aos preceitos conformadores da atuação das empresas estatais. Bem se vê que o acordo de acionistas firmado com estatal minoritária não pode servir para burlar o regime jurídico aplicável às empresas estatais: a transferência do poder de controle à empresa estatal com participação minoritária por acordo de acionistas também implica na submissão da sociedade agora controlada ao regime jurídico da Lei n. 13.303/2016.

Com efeito, a principal controvérsia atinente à celebração de acordo de acionistas pela Administração Pública refere-se à possibilidade da Administração renunciar total ou parcialmente ao poder de controle de uma sociedade empresária onde figura como acionista majoritária em favor do sócio privado. É que as sociedades empresárias cujo controle acionário pertence a empresa estatal são consideradas subsidiárias dessas estatais, integrando, portanto, a Administração indireta do respectivo ente federativo e submetendo-se aos princípios administrativos e às disposições da Lei n. 13.303/2016.

Sobre esse tema, parcela da doutrina posiciona-se contrariamente à possibilidade de celebração de acordos de acionistas por empresas estatais, sob o argumento de que admitir

⁴⁴⁸ SUNDLFELD, 2000, p. 280/281. E prossegue, logo adiante:

“Ao decidir-se pela admissão de um sócio estratégico e ao conceber um acordo de acionistas para viabilizá-lo, o Executivo utiliza competências suas, que fazem parte do campo de discrição resultante tanto da autorização legal responsável pela própria existência da sociedade de economia mista como da autorização legal para alienação das ações que excedam ao necessário para manter a maioria votante” (SUNDLFELD, 2000, p. 282).

⁴⁴⁹ É a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.

Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 77).

que estatais possam transigir, ainda que parcialmente, sobre o controle de suas subsidiárias, seria o mesmo que conceber que essas entidades renunciem à persecução do interesse público que legitima a sua atuação. Capitaneando esse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello reputa inadmissíveis quaisquer acordos que possibilitem aos minoritários interferir na condução das sociedades empresárias em que o Estado figure como acionista majoritário. Para o citado Mestre, a manutenção do controle absoluto em prol do Estado está diretamente relacionada à vocação impostergável de toda empresa estatal, cujo traço essencial, em suas palavras, “é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados”.⁴⁵⁰

Sob outro ângulo, outra parcela considerável da doutrina administrativista admite a celebração de acordo de acionistas no âmbito da atividade empresarial do Estado. É o posicionamento de Adilson Abreu Dallari, que defende inexistir incompatibilidade entre o regime jurídico das empresas estatais e a ideia de controle compartilhado mediante acordo de acionistas, desde que o acordo não elimine do Estado o poder de eleger a maioria dos diretores e orientar o funcionamento dos órgãos da sociedade. Para Dallari, “quando os poderes do acionista controlador são apenas mitigados, limitados, sem que se lhe retire a posição de supremacia, não há privatização nem alienação do poder de controle”.⁴⁵¹

A premissa fundamental a partir da qual se admite a formação de parcerias em oportunidades de negócio reside na possibilidade lógico-jurídica do Estado associar-se com particulares para a realização de um empreendimento que seja de interesse público e de interesse do parceiro privado. Assume-se, pois, que o interesse público e o interesse privado, ao invés de confrontarem-se, podem convergir no exercício de uma mesma atividade econômica e que a utilização de instrumentos de direito privado pela empresa estatal, no

⁴⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 198.

O Professor Celso Antônio, ao que tudo indica, mudou posicionamento que anteriormente havia externado em sua clássica obra sobre o regime jurídico das autarquias, quanto à possibilidade de controle compartilhado nas sociedades de economia mista: “Parece-nos que, realmente, a conjugação de capitais é substrato da sociedade mista, assim como, eventualmente possa sê-lo, também, a co-gestão, quando associada ao requisito anterior. Ressalve-se, entretanto que, por si só, não são suficientes estes elementos, quer conjunta, quer separadamente, para compor a fisionomia do instituto” (BANDEIRA DE MELLO, 1968, p. 341).

Eros Roberto Grau, por sua vez, reputa que a celebração de acordo de acionistas só pode ser admitida com autorização legislativa, pelo que, com a celebração, a sociedade deixaria de integrar a Administração indireta do respectivo ente federativo: “O Estado, ainda na condição de Estado-acionista controlador da companhia, não pode submeter-se à vontade de qualquer particular; está sujeito unicamente à legalidade. Rompido esse princípio, perecerá a sociedade de economia mista; e, na ausência de autorização legal para tanto, o ato que operou esse rompimento será inválido” (GRAU, Eros Roberto. Sociedade de economia mista – Nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 222, 2000, p. 355).

⁴⁵¹ DALLARI, Adilson Abreu. Sociedade de economia mista – sócio estratégico – acordo de acionistas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 221, 2000, p. 396. No mesmo sentido, consulte-se: JUSTEN FILHO, 2015, p. 292.

âmbito dessa convergência de interesses, tem função instrumental à realização do interesse público que legitima a sua atuação empresarial, seja na prestação de serviços públicos, seja na exploração de atividades econômicas.

A conformação entre interesse público e interesse privado não se resolve pelo sacrifício desse em favor daquele⁴⁵², notadamente quando se considera que uma alternativa conciliatória consubstancia solução mais adequada à satisfação do interesse público. Tampouco se faz necessário que o interesse público se identifique com interesse privado, porquanto convergência de interesses não é sinônimo de identidade de interesses. É sob essa lógica de ponderação e de conformação de interesses, inerente à formação de relações associativas, que se assenta o controle compartilhado no âmbito das empresas estatais. Veja-se, por essa linha, o pensamento de Adilson de Abreu Dallari:

É da essência da sociedade de economia mista a conciliação entre os interesses da sociedade e o interesse público. Este deve ser realizado por meio daquele que não pode simplesmente ser sacrificado. Portanto nada existe de estranho no veto a uma decisão danosa para a empresa, ainda que se interesse público. Cabe ao acionista controlador buscar soluções que levem à satisfação do interesse público e, conjuntamente, da empresa, sem sacrificar os legítimos interesses econômicos dos acionistas.⁴⁵³

Nesse ponto, há que se reconhecer que o compartilhamento do poder de controle nas sociedades com participação estatal majoritária encontra limitações constitucionais. Não seria lógico que o Estado, detentor da maioria das ações com direito a voto, possa alienar o controle da companhia a um particular, sob pena do acordo de acionistas transmudar-se em espécie de privatização às avessas, em que o Estado mantém os ônus e transfere os bônus do controle acionário. Essa compreensão iria de encontro à finalidade subjacente ao mandamento do artigo 173 da Constituição Federal, que autoriza a intervenção direta do Estado no domínio econômico por razões de interesse público.

Sob o mesmo viés, Bruno Leal Rodrigues adverte que, em se tratando de técnica contratual de regulamentação do poder de controle nas empresas estatais, “o compartilhamento da gestão da empresa com o particular por meio da celebração de acordo de

⁴⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello, em passagem clássica de sua obra, adverte que a distinção entre interesse público e interesse privado não deve levar a um falso antagonismo entre esses interesses. Bandeira de Mello esclarece o equívoco dessa contraposição, uma vez que “dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão – só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 61).

⁴⁵³ DALLARI, 2000, p. 396.

acionistas não se traduz, necessariamente, em transferência do controle”.⁴⁵⁴ Para resguardar o principal objetivo que impele o Estado a manter a maioria da propriedade acionária em sociedade empresária – que é viabilizar sua influência preponderante na gestão da companhia – o fundamental, apregoa Marçal Justen Filho, “será que esse acordo de acionistas não resulte na eliminação do poder de o Estado eleger a maioria dos diretores ou a imposição de orientação ao funcionamento dos órgãos societários”.⁴⁵⁵

No mais, a partir do momento em que se concebe a convergência de interesses como uma possibilidade lógico-jurídica no âmbito das relações associativas público-privadas, não se entrevê maior dificuldade em admitir a celebração de acordo de acionistas que viabilize o compartilhamento do poder de controle nas parcerias societárias entre empresas estatais e empresas privadas, resguardada a preponderância do Estado ou a sua interferência no exercício no controle das sociedades empresárias oriundas de parcerias societárias onde figurar, respectivamente, como acionista majoritário ou minoritário.

4.3.3 Parcerias contratuais: os consórcios empresariais público-privados

As parcerias contratuais também produzem um vínculo associativo baseado em uma relação contratual. Essa relação pode ser instrumentalizada por contratos típicos ou atípicos, a depender da existência de previsão expressa no direito positivo.⁴⁵⁶ Tal como já assinalado em relação às parcerias societárias, as parcerias contratuais também não deixam de ser uma forma de sociedade, no sentido de que os partícipes travam uma relação associativa voltada à consecução de interesses convergentes, como sociedades não personificadas (ou sociedades de fato).⁴⁵⁷ Não por outro motivo, Modesto Carvalhosa classifica os consórcios empresariais como sociedades não personificadas.⁴⁵⁸ A principal diferença é que os parceiros conservam sua autonomia jurídica na parceria contratual, obrigando-se a contribuir diretamente para o empreendimento sem constituir outra pessoa jurídica para esse fim específico.

⁴⁵⁴ RODRIGUES, 2006, p. 125.

⁴⁵⁵ JUSTEN FILHO, 2015, p. 292.

⁴⁵⁶ Mostra-se oportuna, nesse ponto, a advertência de Marçal Justen Filho:

“Deve-se interpretar com cautela a referência às formas contratuais de associação. Não comprehende contratos bilaterais, em que a empresa estatal se obriga a realizar uma prestação como contrapartida pela obtenção de vantagem contemplada na obrigação assumida por outro sujeito privado. Contratar um prestador de serviços não constitui uma solução jurídica subsumível ao conceito legal de parceria referido no § 4º do art. 28” (JUSTEN FILHO, 2016a, p. 303).

⁴⁵⁷ Em consonância com a definição de contrato de sociedade expressa no artigo 981 do Código Civil:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

⁴⁵⁸ CARVALHOSA, 1998, p. 343.

A modalidade de parceria contratual⁴⁵⁹ mais comum entre empresas estatais e empresas privadas é o consórcio empresarial⁴⁶⁰, regulamentado no Capítulo XXII da Lei n. 6.404/1976.⁴⁶¹ Trata-se de contrato típico, eis que regulamentado em lei, por força do qual as partes contratantes guiadas por interesses convergentes assumem obrigações e responsabilidades voltadas à execução de um empreendimento econômico, sem a criação de uma nova pessoa jurídica, nem presunção de solidariedade. Em vista dessa definição, Fabiana Carconi Alves Fernandes da Silva classifica o consórcio como “contrato plurilateral, causal, associativo (ou de cooperação ou colaboração) e normativo, cuja natureza, como regra, é de sociedade não personificada”.⁴⁶² Pela sua finalidade, os consórcios podem ser operacionais ou instrumentais, consoante a distinção apregoada por Modesto Carvalhosa:

O consórcio decorre de um contrato plurilateral firmado entre duas ou mais sociedades com atividades afins e complementares, visando a agregar meios capazes de levá-las a desenvolver atividades, pesquisas (consórcio operacional), ou capacitá-las a contratar com terceiros a execução de determinados serviços, obras ou concessões (consórcio instrumental). Trata-se de comunhão de interesses, de objetivos e de atividades que não poderiam ser alcançados na esfera individual de cada empresa, e que, por isso, demanda a agregação de recursos e de aptidões para conseguir um determinado objetivo, de natureza operacional ou instrumental. Será operacional o objetivo quando a congregação visar ao exercício de específica atividade empresarial, que será desenvolvida no âmbito das sociedades consorciadas. Será instrumental quando o objetivo do consórcio for o de contratar, com terceiros, obras, serviços e concessões.⁴⁶³

⁴⁵⁹ Sem considerar nessa categoria os instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos mediante concessão comum e parceria público-privada em sentido estrito (concessão administrativa e concessão patrocinada), que, pelos motivos já explicitados, não constituem parcerias empresariais público-privadas.

⁴⁶⁰ Frise que os consórcios empresariais público-privados não se confundem com os consórcios públicos constituídos por diferentes entes federativos sob a égide de da Lei n. 11.107/2005 para a gestão associada de serviços públicos e que, diferentemente dos consórcios empresariais, adquirem personalidade jurídica de direito público ou de direito privado.

⁴⁶¹ Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

⁴⁶² SILVA, Fabiana Carconi Alves Fernandes da. **Consórcio de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes.** São Paulo: Quartir Latin, 2015, p. 57.

⁴⁶³ CARVALHOSA, 1998, p. 340.

Tratando-se de vínculo contratual, incumbe às consorciadas regulamentar livremente as respectivas atribuições, deveres e responsabilidades no contrato de constituição do consórcio, estando obrigadas umas com as outras em suas respectivas contribuições para a consecução do empreendimento de interesse comum. Nos termos do artigo 279 da Lei n. 6.404/1976, o contrato de consórcio deve dispor sobre a administração do consórcio, formas de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado, critérios de partilha de receitas e a contribuição de cada consorciado para as despesas comuns.⁴⁶⁴ Essas disposições são oponíveis perante terceiros com a publicação da respectiva certidão de arquivamento no registro de comércio do lugar de sua sede, em conformidade com o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Note-se que as disposições do contrato de constituição do consórcio, no âmbito das parcerias contratuais, cumprem função semelhante e tem a mesma importância ostentada pelo estatuto social e pelo acordo de acionistas nas parcerias societárias. Trata-se de instrumento que regulamenta a relação associativa principalmente no que diz respeito à gestão do empreendimento, conformando os interesses das partes como condição necessária para viabilizar a estruturação de uma parceria empresarial.

Em princípio, as consorciadas conservam sua autonomia jurídica e não respondem solidariamente pelas obrigações assumidas individualmente, assim como não há comunicação patrimonial, salvo disposição legal ou contratual em contrário. Em contratações públicas, aí compreendidos os projetos de infraestrutura que dependam de um título habilitante, via de regra, a participação de consórcios é condicionada à indicação de uma empresa líder para representar o consórcio e à responsabilidade solidária de todas as consorciadas perante a Administração Pública, tal como prevê o artigo 33 da Lei n. 8.666/1993 e o artigo 19 da Lei n. 8.987/1995. Também não será incomum que o Edital exija que os integrantes do consórcio vencedor da licitação constituam sociedade de propósito específico para formalizar o consórcio, hipótese em que a parceria contatual se converte em parceria societária.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Em consórcios empresariais, observa Bruno Leal Rodrigues, “a contribuição da empresa estatal deverá ser em linha com seu objeto social. Se produtora de bens, contribuirá para o empreendimento com os bens que produz ou com o conhecimento técnico que adquiriu produzindo esses bens; se prestadora de serviços contribuirá com a prestação de serviços, e assim por diante. Em nada altera esse cenário, vale ressaltar, a eventual obrigação de contribuição financeira para custear os gastos comuns” (RODRIGUES, Bruno Leal. Formas de Associação de Empresas Estatais: Acordo de Acionistas, Formação de Consórcios e Participação em Outras Empresas. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). **Direito administrativo empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 130).

⁴⁶⁵ É o que dispõe o artigo 20 da Lei n. 8.987/1995:

Diferentemente das sociedades de propósito específico, nos consórcios empresariais não há distinção de regimes jurídicos em função da posição ocupada pela empresa estatal relativamente aos demais consorciados. É que a aplicação integral da Lei n. 13.303/2016 aos consórcios é simplesmente inviável, pelo fato de que o consórcio não tem personalidade jurídica e a Lei n. 13.303/2016 rege as pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública. Segue-se a isso que não faria sentido aplicar um estatuto que traz disposições sobre regime societário, licitações e contratos a uma entidade despersonalizada e que, portanto, não tem quadro societário nem pode ser titular de direitos e obrigações contratuais. Também não poderia a Lei n. 13.303/2016 interferir na organização interna do parceiro privado, submetendo o particular ao regime jurídico das empresas estatais.

Por consectário lógico, a aplicação da Lei n. 13.303/2016 aos consórcios empresariais operados por empresa estatal deve ocorrer com as devidas adaptações à sua condição de coletividade despersonalizada, aplicando-se o regime jurídico das empresas estatais exclusivamente em relação à empresa estatal consorciada, ainda que esta detenha maior participação e a liderança do empreendimento.

Abre-se um parênteses para destacar que o §5º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 prevê expressamente que “[s]ubmetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, conforme disposto no art. 279 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na condição de operadora”. O operador do consórcio é previsto na Lei n. 12.351/2010 (Lei do Pré-sal), como o “responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção”, nos termos do inciso VI do artigo 2º desse diploma. Trata-se da consorciada mais diretamente envolvida com a execução do empreendimento, que normalmente detém a preponderância na gestão dos recursos comuns e exerce a representação da coletividade perante terceiros.

Evidentemente, toda empresa estatal que participe de consórcio, ainda que não seja qualificada como operadora, submete-se às disposições do estatuto jurídico próprio das empresas estatais, sob pena de violação ao disposto no §1º do artigo 173 da Constituição Federal e ao princípio da legalidade. O §5º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 apenas reitera que o consórcio não pode ser usado como subterfúgio para que a estatal deixe de observar as disposições da Lei n. 13.303/2016, ainda que opere em parceria contratual com empresa

Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

privada. Assim, se a estatal participar do consórcio na condição de operadora, as operações que capitanear nessa qualidade devem submeter-se aos ditames da Lei n. 13.303/2016.

No mais, registre-se que a autonomia das partes consorciadas para regulamentar a relação associativa, nos consórcios empresariais, deve ser interpretada com temperança. Primeiro, porque a formação da relação público-privada que antecede a constituição do consórcio submete-se ao regime jurídico que permeia formação das parcerias em oportunidades de negócio. Embora mais adaptado à realidade do mercado, esse regime não é completamente estranho às balizas do direito público. Segundo, porque a estatal está permanentemente vinculada aos princípios da Administração Pública e à finalidade de interesse público subjacente à sua atuação, não podendo vincular-se a qualquer tipo de acordo que viole esses preceitos fundamentais.

Questão pertinente à autonomia das partes nos consórcios empresariais é que, diferentemente das sociedades de propósito específico, não há titularidade do poder de controle fundada em participação sobre o capital social. Nem mesmo a empresa líder pode ser equiparada à figura do acionista controlador, eis que se trata de liderança voltada à representação do consórcio perante terceiros e à direção as operações consorciais nos termos do contrato de consórcio. Há, por conseguinte, menos garantias de que o empreendimento permaneça orientado à persecução do interesse público. É a ponderação de Marçal Justen Filho ao comparar as sociedades de economia mista e os consórcios como possíveis formas de concertação de empresas estatais e privadas para a prestação de serviços públicos:

Na sociedade de economia mista, a titularidade do controle é assegurada ao Estado. Isso submete a condução da atividade empresarial à observância dos princípios de direito público. Ainda que a personalidade jurídica seja de direito privado, os fins são aqueles que norteiam toda atividade administrativa. Logo, os particulares que participam da sociedade de economia mista não terão influência direta sobre a atuação societária. Ao menos, não poderão sobrepor sua vontade sobre a Administração Pública.

Já a figura do consórcio impõe considerações diversas. Cada consorciado mantém sua autonomia jurídica e não se submete ao controle dos demais participantes do consórcio. Há atribuição específica e definida das tarefas que incumbirão a cada consorciado, com partilha de atribuições. Não há interferência no âmbito pessoal do outro parceiro. As parcelas patrimoniais com que cada consorciado contribui não se fundem em uma massa única. Não se verifica homogeneização de interesses, pois cada consorciado continua a gerir seus interesses empregados e seu patrimônio.⁴⁶⁶

A advertência aventada pelo administrativista paranaense é pertinente, mas admite ressalvas na medida em que a responsabilidade e a extensão dos poderes de gestão do

⁴⁶⁶ JUSTEN FILHO, 2003, p. 142. Por conta dessas especificidades, ao tempo desse posicionamento, o autor não admitia a possibilidade de formação de consórcios empresariais entre empresas estatais e empresas privadas.

empreendimento, seja pelo parceiro público, seja pelo parceiro privado, comportam limitações contratuais, a exemplo do que ocorre nas sociedades empresariais com participação estatal minoritária através de poderes de voto instituídos por meio de ações de classe especial ou acordos de acionistas. É que a administração do consórcio, como ensina Modesto Carvalhosa, caracteriza-se ao mesmo tempo por um mandato e por uma delegação, decorrentes do próprio contrato. Em suas palavras, “[h]á mandato para o consórcio exercer sua capacidade negocial ou judicial, junto a terceiros. Há delegação quando, internamente, a direção consorcial ou a sociedade líder delibera sobre a matéria de administração do consórcio”.⁴⁶⁷

Por certo, não se pode perder de vista que a autonomia dos consorciados reduz substancialmente a margem de interferência da empresa estatal nos rumos da parceria, acrescendo o risco de que o empreendimento se desvie de sua finalidade originária em prol de interesses privados igualmente legítimos. Daí a importância das partes pactuarem, no bojo do contrato de constituição de consórcio ou em contratos paralelos, disposições que assegurem à empresa estatal influência minimamente necessária para impedir que a parceria contratual não se desvie da finalidade de interesse público que motivou a sua constituição.

4.3.4 Outras formas associativas, societárias e contratuais

Além das parcerias empresariais público-privadas – aqui consideradas as parcerias societárias e contratuais entre empresas estatais e empresas privadas – o §4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 se refere as outras formas associativas, societárias ou contratuais. Essas variadas formas associativas também constituem contratos de natureza associativa, com cunho organizacional, ainda que não se enquadrem perfeitamente na noção de parceria empresarial público-privada.⁴⁶⁸

Existem diversas outras possíveis formas associativas entre empresas estatais e particulares que não constituem parcerias empresariais. Calixto Salomão Filho distingue as *joint ventures* de outras formas associativas em função da dependência econômica dessas últimas em relação às atividades das partes contratantes, o que, em suas palavras, “faz com que sua atividade consista numa fase do ciclo produtivo daqueles ou, então, em uma em prestação de serviços em seu benefício”.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ CARVALHOSA, 1998, p. 341.

⁴⁶⁸ Cf. JUSTEN FILHO, 2016, p. 303.

⁴⁶⁹ SALOMÃO FILHO, 2007, p. 355.

Em geral, as demais formas associativas empresariais são instrumentalizadas por contratos empresariais de execução continuada também relacionados a oportunidades de negócio, mas que não reúnem os elementos característicos das parcerias empresariais público-privadas, principalmente em seu aspecto organizacional.⁴⁷⁰ Ainda assim, por razões análogas às parcerias empresariais público-privadas especificamente relacionadas com a atividade empresarial, essas contratações padecem da mesma incompatibilidade lógico-jurídica para com o regime de licitações e contratações por dispensa e inexigibilidade das estatais.

Em que pese o tema escape do objeto deste estudo voltado às parcerias em oportunidades de negócio, é relevante mencionar quatro exemplos dessas formas associativas que poderiam ser enquadrados na hipótese prevista no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016: (i) participação minoritária da empresa estatal em sociedades empresárias em atividade de fomento; (ii) participação de empresa estatal em fundos de investimento; (iii) formação de sociedade em conta de participação público-privadas; (iv) contratos empresariais que envolvem algum tipo de intermediação, como franquia empresarial (*v. g.*, as franquias postais), concessão mercantil, representação comercial, agência e distribuição, dentre outros contratos típicos e atípicos.⁴⁷¹

Resumidamente, além da participação minoritária em sociedades de propósito específico que constituem parcerias empresariais, o Estado pode adquirir, como de fato detém, participações minoritárias em sociedades privadas para incentivar o desenvolvimento de determinado setor da economia. Em hipóteses de participação estatal minoritária, como afirma Rafael Wallbach Schwind, “[o] Estado pode estar interessado apenas em se associar à atividade, operando como uma espécie de catalisador, de modo que, posteriormente, retire-se da sociedade levando consigo o capital investido”.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Dentre esses contratos empresariais, pode-se mencionar os chamados contratos de colaboração, que, segundo Fábio Ulhoa Coelho, “possuem como marca comum uma subordinação empresarial estabelecida entre as partes. [...] Em outros termos, o contratado deve organizar-se empresarialmente da forma definida pelo contratante, seguindo as orientações e determinações partidas deste” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**: direito de empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 483).

⁴⁷¹ Embora considere esses contratos como modalidades de parceria empresarial, Agnes Pinto Borges salienta que “[n]esses institutos existe a cooperação para a realização de um objetivo comum que não implica a formação de uma empresa conjunta. Por meio do contrato de distribuição comercial, da franquia empresarial, da concessão comercial e da representação comercial, os parceiros perseguem o mesmo objetivo de distribuição dos produtos e serviços cooperando entre si para a sua realização, mas não possuem um empreendimento comum, o qual gerencial conjuntamente” (BORGES, 2001, p. 51). Ao contrário do que sustentado pela autora supracitada, considera-se que a existência de um empreendimento comum é elemento característico das parcerias empresariais. Por essa razão, optou-se por tratar do contrato de franquia e demais contratos empresariais correlatos junto às outras formas associativas em oportunidades de negócio.

⁴⁷² SCHWIND, 2017, p. 235.

A participação estatal minoritária, nesses casos, constitui uma forma de relação associativa, a despeito de não retratar verdadeira atuação conjugada para a exploração de um empreendimento econômico por conta a posição passiva ostentada pela empresa estatal na maior parte dos casos. Trata-se de estratégia de fomento que substitui o dispêndio de recursos públicos mediante subvenções e renúncia fiscal em prol de participação no quadro societário de empresa privada fomentada. O fomento por meio da participação minoritária em sociedade empresária pode propiciar ao Estado o retorno do capital investido, a propriedade intelectual de projetos com o auxílio dos recursos públicos, dentre outras vantagens.⁴⁷³

A constituição e a participação em fundos de investimento integralizados com bens pertencentes a empresas estatais, por seu turno permite captar investimentos do setor privado que serão direcionados em projetos relacionados às finalidades do fundo e remunerados em longo prazo.⁴⁷⁴ Segundo Marçal Justen Filho, “pelo fundo, uma empresa estatal pode contratar a construção ou reforma de edifícios, assumindo a obrigação de pagamento de remuneração durante um longo prazo, visando a captação de recursos no mercado aberto”.⁴⁷⁵ Os fundos de investimento imobiliário, regulamentados pela Lei n. 8.668/1993, são condomínios fechados, logo não têm personalidade jurídica. As frações ideias do seu patrimônio são representadas por quotas, que constituem valores mobiliários. Em regra, a gestão desses fundos é confiada a instituições financeiras independentes, resguardada a competência regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários. Cuida-se de forma associativa contratual entre empresa estatal, agentes financeiras e investidores, que, à míngua de atuação conjuntada voltada a um empreendimento econômico específico, não configura uma parceria empresarial.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Cf. FIDALGO, 2017, p. 385.

⁴⁷⁴ No Regulamento Interno de Licitação e Contratação da SABESP, há previsão expressa da constituição de fundos, como oportunidades de negócio, nos termos do parágrafo único de seu artigo 35:

Art. 35. [...] Parágrafo Único. Compreende-se como oportunidade de negócio a formação e a extinção de parcerias, além de outras formas associativas, de cunho societário e/ou contratual, a aquisição e a alienação de participação em sociedades, bem como outras formas associativas, societárias ou contratuais e ainda as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente, visando à (a) constituição com parceiros privados e/ou públicos, de sociedades para explorar oportunidades de negócios no setor de saneamento básico e correlatos; (b) aquisição ou alienação de participação em sociedades, fundos e outros tipos de veículos; (c) constituição de fundos, bem como a contratação do seu gestor e a venda de suas quotas; (d) operações realizadas no âmbito do mercado de capitais; e (e) outros tipos de desenhos que venham a ser estruturados para o desenvolvimento de oportunidades de negócios, de acordo com as particularidades de cada uma delas.

⁴⁷⁵ JUSTEN FILHO, 2016a, p. 303.

⁴⁷⁶ Ao analisar a integralização de imóveis do Banco do Brasil na constituição de Fundos de Investimento Imobiliário (FII) antes da edição da Lei n. 13.303/2016, o Tribunal de Contas da União concluiu pela regularidade da operação, dentre outros motivos, por considerar que “o presente caso contempla a integralização de imóveis em fundos de investimento imobiliário por uma instituição financeira, entidade estatal exploradora de atividade econômica, cuja atividade negocial está inserida em ambiente concorrencial, situação que exige agilidade na captação de recursos para que se possa ter liquidez e, com isso, fazer frente aos múltiplos e diversos compromissos assumidos pelo banco, que, além disso, se vê obrigado a desfazer de

Na sequência, vale mencionar que contratos empresariais de trato continuado também podem ser considerados como formas associativas. Dentre os contratos típicos, a franquia é o mais lembrado na prática administrativa por conta do modelo utilizado pelos Correios para terceirizar atividades acessórias ao serviço postal sob a égide da Lei n. 11.668/2008. A franquia empresarial pode ser definida como o contrato pelo qual o franqueador cede ao franqueado, mediante remuneração direta ou indireta, direitos de uso de marca ou patente e a distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também a tecnologia para o desenvolvimento do negócio.⁴⁷⁷ O objeto da franquia é tipicamente empresarial e sua natureza é de contrato associativo, aproximando-se, assim, da parceria empresarial público-privada.⁴⁷⁸

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “no direito brasileiro não há impedimento à adoção de franquia pela Administração Pública, mesmo porque ela já é uma realidade incontestável, principalmente como instrumento de terceirização”.⁴⁷⁹ A ilustre administrativista também pondera que muitas das vantagens que as franquias agregam à iniciativa privada se reproduzem nas empresas estatais, em especial no que se refere à possibilidade de descentralizar suas atividades comerciais e industriais sem os custos que envolveria a criação de novas agências, filiais ou subsidiárias.⁴⁸⁰

No âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a franquia pode ser empregada para facilitar a expansão de suas atividades finalísticas e acessórias. Por outro

477 seu ativo imobilizado, com vias a cumprir a legislação setorial (Acordo de Basileia)” (TCU, Acórdão n. 493/2017, Relator: Ministro José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 22/03/2017).

O contrato de franquia empresarial é definido pelo artigo 2º da Lei n. 8.955/1994:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

478 Luiz Antônio Guerra refere que “[o] objeto da franquia, seja privada, seja pública, é empresarial. É da essência do sistema da franquia que a atividade desenvolvida pelo franqueador e pelo franqueado seja econômica. Todavia, pode ocorrer exceção, a exemplo de franquia social, cujo objeto da contratação não necessariamente é atividade empresarial, podendo ser típica atividade social, artística, científica ou profissional, categorias essas que se distinguem da empresa” (GUERRA, Luiz Antônio. **Franquia Pública e Sociedade de Propósito Específico**: exploração de franquia pública através da SPE. BJur/STJ, 2016, p. 13).

Acerca da sua natureza associativa e organizacional, preleciona Marçal Justen Filho que “[a] franquia apresenta, ademais, natureza associativa, ainda que não se trate de contrato de sociedade. Franqueador e franqueado comprometem-se a atuar de modo conjugado e harmônico diante de terceiros, tal como aponta argutamente Raquel Sztain. Trata-se de contrato de organização, em que cada parte assume deveres que se constituem em pressuposto da continuidade do desempenho da atividade conjunta. O contrato de organização destina-se a duração longa, por sua própria natureza. O adimplemento de cada parte aos seus deveres não conduz à extinção do vínculo nem leva à satisfação do interesse da outra parte. O interesse jurídico das partes consiste na duração e na permanência do vínculo, ou seja, na reiteração da execução de determinadas condutas” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 146).

479 DI PIETRO, 2009, p. 205.

480 DI PIETRO, 2009, p. 203.

lado, em se tratando de estatal prestadora de serviço público ou outra atividade cuja exploração lhe tenha sido delegada por um título habilitante, não há possibilidade de terceirização dessas atividades de caráter personalíssimo. Nesses casos, o emprego da franquia ou de outros contratos empresariais pelo concessionário poderá contemplar a exploração de fontes de alternativas de receita ou a terceirização de atividades acessórias, como ocorre com as franquias postais, com fundamento no artigo 25 da Lei n. 8.987/1995.⁴⁸¹

Ainda, outra hipótese de associação público-privada que, embora não seja comum, pode ser concebida à luz do ordenamento jurídico, consiste na constituição de sociedade em conta de participação entre empresa estatal e empresa privada para a exploração de um empreendimento econômico. O artigo 991 do Código Civil define a sociedade em conta de participação como espécie de sociedade não personificada em que “a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes”.

À exemplo das parcerias contratuais, a sociedade em conta de participação é sociedade não personificada voltadas à exploração empreendimentos empresariais do interesse de seus sócios. Inclusive, segundo a constatação de Joao Luiz Coelho da Rocha, “nesse âmbito de pretensões associativas menos formais, não indutoras de uma verdadeira sociedade, com personalidade jurídica distinta, a primeira cogitação, historicamente, terá sido a da modalidade da conta de participação”.⁴⁸²

Nesse sentido, as sociedades em conta de participação assemelham-se com as parcerias contratuais tendo em conta o vínculo contratual entre as partes com interesses convergentes, sem a criação de nova pessoa jurídica. Guardam especial semelhança com os consórcios empresariais, na medida em que “[o] contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade”, conforme dispõe o artigo 993 do Código Civil.

⁴⁸¹ Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

⁴⁸² ROCHA, 1997, p. 38.

No entanto, ao contrário das parcerias contratuais, na sociedade em conta de participação apenas o sócio ostensivo atua no desenvolvimento do empreendimento e o faz em nome próprio, ao passo que o sócio participante contribui indiretamente e participa dos resultados. Soma-se a isso que, diferentemente dos consórcios, as sociedades em conta de participação não admitem ingerência de outros sócios na gestão do empreendimento, sob pena de responsabilização solidária pelas obrigações assumidas perante terceiros.⁴⁸³

Em princípio, a sociedade em conta de participação seria instrumento propício para a terceirização de atividades e empreendimentos pertinentes ao objeto social da empresa estatal, submetendo-se, nesse aspecto, às mesmas limitações que restringem o objeto das franquias empresariais. Cabe a ressalva de que a utilização desse modelo para associação entre empresa estatal e empresa privada exige adaptações às balizas de direito público, sobremodo no que se refere à implementação de políticas de governança corporativa e à observância de princípios que norteiam o financiamento estatal de um empreendimento gerido por um agente privado.

Por fim, cumpre anotar que não haveria maior utilidade em elencar todas as formas empresariais associativas que se caracterizam, justamente, pela sua atipicidade e constante dinamicidade. Em todos os casos, porém, deve-se avaliar a compatibilidade com o regime jurídico das empresas estatais, sobremodo no que diz respeito ao interesse público a que visa perseguir e às especificidades da atividade que constitui o seu objeto social, bem como a possibilidade de procedimento competitivo, em se tratando da escolha do parceiro privado relacionadas a oportunidades de negócio.

4.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

A identificação do escopo das parcerias empresariais público-privadas perpassa, necessariamente, pela delimitação de seu objeto, de suas finalidades e das formas como se manifesta juridicamente. Essa delimitação é importante para evitar que o modelo seja utilizado para atender a outros objetivos que não aqueles para os quais o ordenamento jurídico autoriza essa modalidade de consensualidade administrativa na atividade empresarial.

O objeto das parcerias empresariais público-privadas é o desenvolvimento de um empreendimento econômico específico através de uma relação associativa pertinente à

⁴⁸³ Além do que, como anota João Luiz Coelho da Rocha, “a conta de participação, para a sua validade, não demanda nenhum ato registral, pois que opera ela, e se responsabiliza, na pessoa do sócio aparente ou ostensivo, ao passo em que o consórcio, para se constituir de verdade, e valer perante terceiros, exige averbação na Junta Comercial (art. 279 da Lei n. 6.404)” (ROCHA, 1997, p. 40).

atividade empresarial do Estado e constituída à margem das disposições aplicáveis às licitações das empresas estatais, com fundamento no §§ 3º e 4º da Lei n. 13.303/2016.

Convém caracterizar os elementos dessa definição: **a) Relação associativa:** Assenta-se numa relação obrigacional voltada à realização de interesses convergentes, cuja persecução perpassa por uma postura ativa e colaborativa do parceiro público e do parceiro privado, ainda que mediante contribuições de naturezas distintas, porém complementares; **b) Pertinência com o objeto social:** Tem relação com o objeto social da empresa estatal e com o interesse público que lhe é subjacente, como corolário do princípio da legalidade e da função social das empresas estatais; **c) Natureza empresarial:** Supõe o emprego da racionalidade empresarial voltada à maximização da eficiência da produção e circulação de bens ou serviços de natureza econômica para a realização de uma finalidade de interesse público; **d) Especificidade do empreendimento econômico:** O empreendimento econômico deve ser mais restrito do que a generalidade das operações que compõem o objeto social da empresa estatal, com objetivo certo e, normalmente, porém não necessariamente, por prazo determinado; **e) Possibilidade jurídica:** Não pode contemplar atividades submetidas a tratamento jurídico incompatível com o emprego de direito privado ou com a atuação consensual.

O objetivo imediato da formação de parcerias empresariais público-privadas é a conjugação de diferentes recursos e expertises para a realização de empreendimentos econômicos complexos, de alto custo e risco consideráveis, normalmente em ambientes fortemente competitivos. Em última análise, a finalidade precípua dessas parcerias consiste no desenvolvimento e expansão das atividades empresariais da empresa estatal, tanto no Brasil, como no exterior. Inclusive, na consecução dessas finalidades, não é incomum a formação dessas parcerias para participar de licitações e firmar contratos administrativos com a Administração ou, ainda, para a exploração do potencial econômico de bens públicos.

Quanto às espécies de parcerias empresariais público-privadas, fazendo-se um paralelo com a figura da *joint ventures*, pode-se classificá-las em parcerias societárias e parcerias contratuais. A principal diferença é que as parcerias societárias originam uma sociedade personificada em que as partes contratantes são sócias, ao passo que as parcerias contratuais supõem que as partes conservem sua autonomia jurídica, obrigando-se reciprocamente por contrato a atuar para a realização de um empreendimento conjunto.

Nas parcerias societárias, a empresa estatal se associa com parceiro privado, constituindo uma sociedade de propósito específico que terá por objeto o desenvolvimento do empreendimento econômico. A titularidade do poder de controle é fator preponderante na

definição de seu regime jurídico. As sociedades de propósito específico sob controle acionário do Estado são subsidiárias das empresas estatais, regendo-se pelo respectivo regime jurídico. Já as sociedades sob controle privado são empresas privadas, o que afasta algumas limitações de direito público, como a exigência de licitação e de concurso público. Nesse último caso, a incidência dos princípios administrativos ocorre de forma indireta, pela fiscalização e ingerência exercidas pela estatal como acionista minoritária e por obrigações contratuais pactuadas para resguardar o interesse público subjacente ao empreendimento.

Não há preferência apriorística quanto às alternativas de participação estatal em sociedades de propósito específico. A opção pela participação majoritária ou minoritária – como qualquer escolha pertinente à estruturação das parcerias empresariais público-privadas – depende de fatores afetos às especificidades do empreendimento e às contribuições e objetivos pretendidos por cada uma das partes, que constituem as características vinculadas a oportunidades de negócio. Todos esses fatores devem ser cotejados com as vantagens e desvantagens na formação da parceria com participação estatal majoritária ou minoritária.

Nas parcerias societárias, a ideia de cooperação em prol de um empreendimento econômico reclama algum nível de compartilhamento do poder de controle nas parcerias societárias. Esse compartilhamento tanto pode ocorrer por meio de prerrogativas societárias inerentes à titularidade de determinadas classes de ações, quanto pela celebração de acordo de acionistas confira prerrogativas às quais, em princípio, o acionista minoritário não teria direito por conta da menor representatividade no capital social da companhia.

Nas sociedades com participação estatal minoritária, inexiste maior óbice à celebração de acordos que ampliem a ingerência estatal gestão do empreendimento. A única ressalva é que esse acordo não pode comprometer a persecução do interesse público que legitima a atuação do acionista estatal e nem servir de burla para evitar o regime jurídico das empresas estatais, mesmo porque o controle estatal submete a empresa controlada aos preceitos conformadores da atuação das empresas estatais.

Já nas sociedades com participação estatal majoritária, admite-se a celebração de acordo de acionistas, contanto que isso não implique na retirada da primazia do controle interno titularizado pela empresa estatal por força da maioria da propriedade acionária, sob pena do acordo de acionistas transmudar-se em privatização às avessas, indo de encontro à finalidade constitucional que autoriza a atuação do Estado por meio de empresa estatal.

Nas parcerias contratuais, o vínculo associativo assenta-se numa relação contratual. É o caso do consórcio empresarial, em que as empresas assumem obrigações e

responsabilidades voltadas à execução de um empreendimento de interesse comum, sem a criação de uma nova pessoa jurídica, nem presunção de solidariedade. O contrato de consórcio deve dispor sobre a responsabilidade pela administração do empreendimento, formas de deliberação sobre assuntos de interesse comum, critérios de partilha de receitas, a contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, dentre outras matérias relevantes.

Diferentemente das sociedades de propósito específico, nos consórcios empresariais não há distinção de regimes jurídicos em função da posição ocupada pela empresa estatal relativamente aos demais consorciados, mesmo porque os parceiros contratuais são autônomos entre si. Demais disso, a aplicação da Lei n. 13.303/2016 aos consórcios é inviável, pelo fato de que o consórcio não tem personalidade jurídica e a Lei n. 13.303/2016 rege as sociedades integrantes da Administração Pública. Nessa perspectiva, a aplicação da Lei n. 13.303/2016 aos consórcios empresariais deve ser adaptada à sua condição de coletividade despersonalizada, aplicando-se o regime das empresas estatais exclusivamente em relação à empresa estatal consorciada, ainda que esta detenha maior participação e a liderança do empreendimento.

A autonomia das partes consorciadas para regulamentar a relação associativa, nos consórcios empresariais, deve ser interpretada com temperança. A constituição do consórcio empresarial público-privado deve observar as balizas do direito público, sobremodo em face da presença de uma entidade administrativa nessa relação. É que a empresa estatal permanece atrelada aos princípios administrativos e à finalidade de interesse público, de modo que não lhe é dado vincular-se por meio de acordos que violem esses preceitos. Daí a importância dos consorciados pactuarem contratualmente disposições que assegurem à empresa estatal a influência minimamente necessária para impedir que a parceria contratual se desvie da finalidade de interesse público que motivou a sua constituição.

Por fim, é oportuno anotar que existem outras formas associativas que, embora não sejam parcerias empresariais, por razões análogas, também não se compatibilizam com o regime de licitações das estatais. Não seria o caso de elencar toda uma variedade de formas associativas, societárias e contratuais, que estão em constante mutação para se adaptar a cada realidade. Em todos os casos, o importante é avaliar a compatibilidade dessas contratações com o interesse público subjacente à atuação empresarial do Estado e com o regime jurídico que permeia as oportunidades de negócio.

5 ASPECTOS DESTACADOS DO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO

5.1 FORMAÇÃO DAS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS⁴⁸⁴

5.1.1 A importância do procedimento na formação das parcerias em oportunidades de negócio

Malgrado a Lei n. 13.303/2016 tenha afastado a incidência do regime geral de contratações para a escolha de parceiros privados em oportunidades de negócio, isso não significa que as empresas estatais gozem de ampla liberdade para firmar parcerias empresariais com empresas privadas. Nesse aspecto, nunca é demais lembrar que, enquanto entidades pertencentes à Administração Pública, as empresas estatais lidam com recursos públicos e exercem função administrativa. Portanto, devem obediência ao princípio da indisponibilidade do interesse público e aos princípios encartados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, dentre os quais avultam, em matéria de contratação pública, os princípios da moralidade, impessoalidade, isonomia, publicidade e eficiência. Em última análise, todos esses preceitos consubstanciam matizes do princípio republicano, pelo que nem mesmo o legislador poderia isentar qualquer ente público de sua observância.⁴⁸⁵

É justamente por força desses princípios que o procedimento de contratação de parcerias empresariais em oportunidades de negócio, ainda que adaptado à racionalidade empresarial, jamais será idêntico ao *modus operandi* de uma empresa privada. Mesmo as contratações diretas, como ensina Flávio Amaral Garcia, “devem estar pautadas por critérios de eficiência, economicidade e moralidade e devem estar motivadas no processo

⁴⁸⁴ Algumas das premissas que pautam procedimento que antecede as contratações relacionadas a oportunidades de negócio à racionalidade empresarial já foram abordadas no Capítulo 3, que tratou da alienação de ativos estratégicos das empresas estatais. Entretanto, a formação de parcerias empresariais exige tratamento pormenorizado, em especial no que se refere ao regime jurídico aplicável à opção administrativa pelo desenvolvimento de determinado empreendimento econômico e à escolha do parceiro privado, seja diretamente, seja através de procedimento competitivo entre os possíveis interessados.

⁴⁸⁵ O enfoque reclama a menção do escólio clássico de Geraldo Ataliba, que identifica na república o princípio fundamental informador de todo o nosso sistema jurídico: “Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia (*checks and balances* do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de Ruy) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico. Assim, funciona ele como alicerce de toda a estrutura constitucional, pedra de toque ou chave de abóbada do sistema” (ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b, p. 38).

administrativo para demonstrar a razoabilidade intrínseca na racionalidade utilizada pelo gestor, permitindo o necessário controle externo da sua juridicidade”.⁴⁸⁶ Para esse efeito, tampouco tem pertinência a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração, porquanto “todos eles obedecem a exigências de forma, de procedimento, de competência, de finalidade”.⁴⁸⁷

Sob esse aspecto, cumpre rechaçar qualquer tentativa de relegar a formação das parcerias empresariais público-privadas ao arbítrio do administrador público por critérios desprovidos de qualquer parâmetro de controle. A utilização dos meios de direito privado pela Administração Pública e a submissão das empresas estatais a regime jurídico análogo ao das empresas privadas, ainda que em ambiente concorrencial, não autoriza o afastamento em bloco do regime jurídico de direito público e de seus princípios.⁴⁸⁸

Destarte, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, Carlos Ari Sundfeld já observava que “[a] vontade estatal, em consequência, não é livre, mas submetida a fins cogentes. No caso em discussão – a instituição de um benefício direto ao particular, que não pode ser disseminado entre todos os interessados aptos –, o ato de escolha deverá estar absolutamente afinado com os princípios da igualdade e da boa administração”.⁴⁸⁹ Em sentido semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que “se a empresa estatal faz algum tipo de parceria com empresa privada, sem estabelecer qualquer critério objetivo de seleção, ela está infringindo os princípios da legalidade, do interesse público, da imponibilidade, da isonomia e, em consequência, está incidindo em improbidade administrativa”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos:** casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 283.

⁴⁸⁷ DI PIETRO, 2014, p. 264.

Além do que todos os contratos firmados por empresas estatais, nos termos do artigo 68 da Lei n. 13.303/2016, “regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”.

⁴⁸⁸ É a oportuna advertência de Paulo Otero:

“Compreende-se, por via desta administração do Direito Privado, que a escolha de uma forma jurídico-privada de organização do sector empresarial público nunca possa ser um meio de ‘fuga’ total às vinculações constitucionais da Administração Pública ou um processo de diminuição dos direitos e garantias dos particulares, limitando-se, em consequência, quaisquer tentativas de fraude ou desvio de poder na escolha da forma de organização para determinar uma forma jurídica de actuação regida pelo Direito Privado” (OTERO, 2017, p. 799).

Aliás, quase vinte anos antes, noutra obra de sua autoria, o jurista português já apregoava que “[o] Direito Privado aplicado pelas entidades integrantes do sector empresarial do Estado, enquanto empresas sujeitas a uma influência dominante do poder público, é um Direito Privado *sui generis*, sujeito a diferentes graus de publicização, afastando-se em certos aspectos, por isso mesmo, do Direito Privado aplicado pelas empresas integrantes do sector privado dos meios de produção” (OTERO, 1998, p. 355).

⁴⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos Administrativos de Competição. **Revista de Direito Público**, n. 83, p. 114-119, jul./set. 1987, p. 115.

⁴⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Licitação. Associação entre empresa pública e privada. In: **Direito Administrativo: Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Seguindo esse passo, dado que a finalidade subjacente ao emprego do direito privado pela Administração Pública sempre se relaciona com a persecução de um interesse público assim qualificado pelo ordenamento jurídico, não se pode admitir o manejo desses institutos à revelia dos princípios administrativos consagrados pelo direito posto. A formação das parcerias empresariais encontra limites e possibilidades dentro do próprio ordenamento jurídico, especialmente nos princípios que regem o exercício da função administrativa e no interesse público que empolga a atuação empresarial do Estado.⁴⁹¹

A opção da empresa estatal pela estruturação de uma parceria empresarial público-privada reflete o exercício de uma competência discricionária. Essa competência é delimitada por parâmetros característicos do objeto das parcerias empresariais que consubstanciam o aspecto material de sua hipótese de incidência⁴⁹², pelos princípios e regras que integram o regime jurídico das empresas estatais e, em especial, pela finalidade de interesse público em função da qual essa competência foi instituída.

Segue-se a isso que a legitimidade das escolhas empreendidas pela empresa estatal no exercício dessa competência supõe a legalidade e a racionalidade das decisões administrativas em face do quadro fático que lhes deu *causa* e dos preceitos normativos que denotam a sua *finalidade* legal, aí compreendido o interesse público a que essa estatal deve servir. Como alerta Joel de Menezes Niebuhr, “[a] aplicação do regime de direito privado para as condições de processamento das oportunidades de negócio não significa que os atos das estatais possam ser arbitrários, baseados em motivos inexistentes ou ilegítimos ou em finalidades contrárias ao interesse público”⁴⁹³. Todos esses fatores impõem limitações à formação de parcerias empresariais tanto no plano material, quanto no plano procedural.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ Segundo essa linha, Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr sustentam que “os órgãos de controle devem investigar qualquer sorte de desvio, os motivos, a motivação e a finalidade dos atos finais, inclusive os que decidem sobre as oportunidades de negócio. A aplicação do regime de direito privado para as condições de processamento das oportunidades de negócio não significa que os atos das estatais possam ser arbitrários, baseados em motivos inexistentes ou ilegítimos ou em finalidades contrárias ao interesse das estatais” (NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 32).

⁴⁹² Noutras palavras, se uma determinada situação não reúne as características do tipo de atividade para a qual a parceria empresarial público-privada foi concebida, então essa situação encontra-se fora dos limites da competência discricionária da empresa estatal, pois não há subsunção do fato à hipótese de incidência das parcerias empresariais ao caso concreto. Para ilustrar esse raciocínio, fez-se uma aproximação com a noção de *aspecto material* da hipótese de incidência, conceito caro ao direito tributário e que, nos dizeres de Geraldo Ataliba, “[c]ontém a indicação de sua substância essencial, que é o que de mais importante e decisivo há na sua configuração. [...] Aspecto é a imagem abstrata de um fato jurídico: propriedade imobiliária, patrimônio, renda, produção, consumo de bens, prestação de serviços, ou uma atuação pública (como o estado realizar obra, produzir um serviço, conceder uma licença, uma autorização, uma dispensa, etc.)” (ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011a, p. 107).

⁴⁹³ NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 32.

⁴⁹⁴ Os lindes dessa competência não diferem, em substância, daqueles que normalmente limitam o exercício de qualquer competência discricionária, consoante a lição magistral de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não podendo desvincilar-se de sua finalidade de persecução do interesse público e dos princípios da eficiência, moralidade, impessoalidade, além de seus conseqüêntios, como o dever de motivação e a vinculação à veracidade e idoneidade dos motivos determinantes da contratação, deve a empresa estatal verificar se efetivamente possui condições fáticas e jurídicas de encampar determinado empreendimento, bem como explicitar em que medida esse empreendimento pode ser desenvolvido pelo modelo das parcerias em oportunidades de negócio, atentando-se, para tanto, às especificidades que caracterizam esses contratos associativos. Em suma, a análise do projeto deve ser empreendida sob todos os ângulos, notadamente sob os aspectos jurídico, financeiro, estratégico, técnico e operacional.

A lógica é semelhante em relação à escolha do parceiro privado. Cumpre à estatal analisar se a oportunidade de negócio está atrelada às características particulares do sujeito privado a ponto de inviabilizar qualquer procedimento competitivo, ainda que adaptado às práticas de mercado. Mesmo em face de uma multiplicidade de possíveis concorrentes, tem de avaliar se um procedimento competitivo não compromete o interesse público subjacente à contratação, mormente quanto a possíveis riscos com a divulgação da operação em ambiente concorrencial. Também lhe incumbe ponderar quais os moldes de um procedimento concorrencial compatível com a sua atividade empresarial, em especial no tocante aos critérios objetivos para a definição do parceiro privado.

Um exame sistemático que leve em consideração esses e outros tantos elementos pertinentes a cada caso concreto só pode ser implementado com o auxílio de levantamentos, estudos e subsídios técnicos no âmbito de um planejamento racional e eficiente da contratação. Não se pode dizer que o planejamento seja uma fase específica da formação da parceria empresarial, pois o planejamento é um processo contínuo que se inicia desde um primeiro momento e permeia todas as etapas que antecedem a formalização do contrato. A qualidade das análises empreendidas pela empresa estatal durante o planejamento repercute diretamente nos resultados obtidos após a formalização do contrato.⁴⁹⁵

“Visto que não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro –, cumpre buscar os pontos que lhe determinam os limites da discrição.

Na parte inicial deste estudo, conquanto sem colocar em saliência, já se fez menção aos elementos básicos que permitem localizar os confins da discricionariedade. São os próprios pressupostos legais justificadores do ato, a finalidade normativa – ainda que expressos mediante conceitos algo imprecisos – e a causa do ato que determinam os limites da discrição” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1001).

⁴⁹⁵ Para ilustrar esse raciocínio, vejam-se algumas das diretrizes constantes do Manual de SPE da ELETROBRAS:

Aliás, à semelhança dos contratos submetidos às Leis n. 8.666/1993 e 8.987/1995, também nas parcerias em oportunidades de negócio, um planejamento bem elaborado é fator determinante para o sucesso do empreendimento, ao passo que um planejamento deficitário desestabiliza a relação associativa público-privada. É a advertência de Marçal Justen Filho, para quem “[a] ausência de planejamento adequado é a principal causa de problemas no relacionamento contratual. Mais grave ainda é o risco de planejamento intencionalmente equivocado, visando promover benefícios indevidos em prol de apaniguados”.⁴⁹⁶ Não é inadequado asseverar que a Administração Pública como um todo tem o dever de planejar, como consequência direta e imediata do princípio da eficiência administrativa, na linha da observação de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler:

O dever de planejar é corolário do princípio da eficiência, registrado no artigo 37 da Constituição Federal, e decorre da obrigação de que a gestão das funções do Estado seja eficiente e eficaz, interpretada a partir do inciso II do artigo 74 da Constituição Federal.

Não há eficiência ou eficácia sem planejamento. O planejamento é permeado como pressuposto de toda atividade administrativa e de toda atividade econômica, é o mínimo que se espera do agente público competente para tomar decisões que afetam a coletividade. Tanto é assim que a toda atividade financeira do Estado deve ser antes planejada. Nada pode descobrir o erário à sorrelfa de um projeto bem justificado e aprovado. [...]

Entende-se que quanto mais acurado o planejamento das soluções buscadas pela Administração Pública, maior a probabilidade de se empregar eficiência à persecução do interesse público. Em sua faceta econômica, isso significa que os contratos devem ser bem planejados.⁴⁹⁷

Naturalmente, o planejamento racional da contratação, com a identificação dos aspectos relevantes para a modelagem do negócio em cada caso concreto, exige processo

“As oportunidades de negócios em SPE, para compor o portfólio de projetos de investimento, devem considerar vários aspectos, entre eles os (i) **financeiros**, (ii) **estratégicos**, (iii) **complexidade** e (iv) **ambientais**.

A adoção da análise de portfólio de projetos de investimento permite que as Empresas Eletrobras:

- Alinhem a seleção de projetos com os objetivos estratégicos traçados pela empresa;
- Valorizem ações que contribuam para um melhor acompanhamento dos negócios em SPE e para a aplicação das boas práticas de governança visando a sustentabilidade da empresa;
- Zelem pela execução orçamentária prevista inicialmente;
- Otimizem a alocação dos recursos disponíveis;
- Equilibrem os riscos em relação ao retorno e reduzir a incerteza como um todo;
- Auxiliem na verificação do grau de maturidade dos projetos;
- Auxiliem na prevenção de improvisações, readaptações e repriorizações, na fase operacional do projeto” (ELETROBRAS. **Manual de SPE:** versão 3.0. Disponível em <http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf>. Acesso em 09 set. 2018).

⁴⁹⁶ JUSTEN FILHO, 2014, p. 178.

⁴⁹⁷ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 103-105.

administrativo formal, com etapas documentadas e decisões devidamente motivadas.⁴⁹⁸ E não só o planejamento, como a própria configuração do conteúdo do ato decisório e a contenção do arbítrio no exercício da competência administrativa em atenção ao princípio da impessoalidade, só podem ser empreendidas pela técnica procedural. Sendo a função administrativa atividade infralegal estabelecida em prol do interesse público, é certo que o seu exercício supõe a atuação adequada à realização desse interesse, tanto sob a ótica da ausência de favorecimentos indevidos (impessoalidade), quanto sob o prisma da racionalidade na tomada de decisão (eficiência), daí a importância do procedimento que “canaliza o iter formativo da vontade estatal”.⁴⁹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello acentua com maestria essa relação entre procedimento e o exercício da função administrativa:

É em decorrência do caráter funcional administrativo que a Administração deve buscar as finalidades legais através de um itinerário, de uma ordenação sequencial de atos, isto é, de um processo e um procedimento, a fim de que fique assegurado que a conclusão final administrativa, isto é, o ato derradeiro, resultou de uma trilha capaz de garantir que a finalidade legal foi, deveras, atendida e se possa controlar a ocorrência deste resultado.

Posto que o ato administrativo não surge do nada e não é aleatório, fortuito, para que se produza uma decisão final cumpre que a Administração haja sido provocada por alguém ou, então, se está a atuar de ofício, que haja ocorrido algum evento justificador de sua atuação. Este evento terá de ser verificado, sopesado e avaliadas as medidas cabíveis diante dele. Tudo isto supõe um conjunto de providências a serem documentadas e implicará, com grande frequência, sejam ouvidos os interessados, analisadas razões postas em cotejo, apurados fatos, consultados órgãos técnicos e expedidas considerações administrativas.⁵⁰⁰

Sob essa perspectiva, o procedimento também assume a função de legitimar o exercício de competências administrativas, além do que cumpre outras finalidades pertinentes ao Estado Democrático de Direito e que tampouco podem ser desconsideradas na atividade empresarial da Administração, quais sejam, “como mecanismo de composição de interesses, de garantia democrática, com funções legitimatórias, como mecanismo de tutela dos cidadãos, como instrumento de racionalização e optimização das decisões, como operador extremamente relevante na realização dos direitos fundamentais”.⁵⁰¹

Ainda dentre seus objetivos, o procedimento viabiliza o controle das escolhas administrativas principalmente quanto aos critérios de seleção do parceiro privado, eis que

⁴⁹⁸ O que não significa procedimento rígido e excessivamente burocrático. Por procedimento administrativo formal, entende-se aqui um procedimento organizado em etapas, documentado e instrumentalizado para determinada finalidade, contrapondo-se, sob esse prisma, à informalidade e ao improviso que normalmente caracterizam os processos de tomada de decisão onde não se consegue distinguir nitidamente os parâmetros que nortearam o exercício de uma competência administrativa.

⁴⁹⁹ SUNDFELD, 1987, p. 115.

⁵⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 503.

⁵⁰¹ LOUREIRO, 1995, p. 69.

“quando se trata de comparar as vantagens de escolher um ou outro interessado, o universo fático envolvido é quase infinito e, sem que ele esteja ordenado com método, jamais se saberá como foi considerado”.⁵⁰² Bem assim, se de um lado a proceduralização é empregada para resguardar os princípios administrativos e a racionalidade da atuação administrativa, de outro viabiliza o controle interno e externo da empresa estatal na formação e na implementação da parceria empresarial à luz desses mesmos princípios.

Na medida em que o procedimento constitui um caminho necessário para o exercício de uma competência administrativa, é por meio dele que a empresa estatal deverá localizar uma necessidade pertinente à sua atividade empresarial; identificar e ponderar as possíveis soluções, com seus riscos e oportunidades; realizar estudos de viabilidade técnica, socioambiental, estratégica e econômico-financeira; conduzir a estruturação do negócio; definir os termos da contratação e promover a escolha do parceiro privado, com a sucessiva formalização do contrato, tudo sob o prisma da transparência e da impessoalidade.⁵⁰³

De mais a mais, como corolário dos princípios da eficiência, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público e da própria noção de função administrativa, é imperativo que essa análise evidencie a pertinência e os possíveis impactos do empreendimento e da escolha do parceiro privado para a atividade empresarial da empresa estatal e para o interesse público a que visa perseguir. Em projetos complexos, de alto risco, custos consideráveis e longo prazo para amortização do investimento, não há espaço para improvisos. Por essa linha, mostram-se pertinentes as ponderações de Rafael Wallbach Schwind sobre a importância da proceduralização em matéria de associação público-privada no âmbito das participações estatais minoritárias em empresas privadas:

Mesmo diante da ausência de regras procedimentais mais precisas, o Estado deve sempre fundamentar a sua decisão de se tornar sócio de uma empresa privada. A

⁵⁰² SUNFELD, 1987, p. 115.

⁵⁰³ Há uma nítida semelhança com as etapas que se sucedem no planejamento de uma licitação. De acordo com Marçal Justen Filho, o planejamento do contrato e da licitação envolve um conjunto de providências preliminar que se dirige à decisão de promover a licitação, mas que antecede a própria etapa interna do procedimento: a) identificação de uma necessidade a ser satisfeita; b) ponderar vantagens e desvantagens das possíveis soluções; c) determinar a viabilidade jurídica e financeira de determinada solução; d) determinar o regime de execução da atividade, ponderando-se a necessidade de contratação de um terceiro. Cumpridas essas etapas é que, segundo o administrativista, poderá instaurar-se a etapa interna propriamente dita (JUSTEN FILHO, 2014, p. 180).

Entretanto, diferentemente das licitações públicas, os contratos de parceria em oportunidades de negócio não são contratos de adesão em que a Administração Pública define unilateralmente as obrigações a serem assumidas pelo particular em troca da remuneração prevista em sua proposta. Por vezes o particular toma a iniciativa perante a Administração ou participa do planejamento, auxiliando na modelagem de uma parceria voltada à realização de um empreendimento econômico de interesse comum. Por conseguinte, as fases interna e externa do procedimento não são tão bem delimitadas, mesmo porque é possível que as condições originárias venham a ser alteradas em fases mais avançadas da negociação.

decisão deverá ser tomada de forma procedimentalizada, observando-se os requisitos formais e as competências existentes em cada situação.

Além disso, qualquer decisão deverá ser precedida de dados técnicos que demonstrem a pertinência da participação acionária pretendida e a sua aderência aos fins buscados pelo Estado – ainda que os procedimentos devam ser realizados em conformidade com as peculiaridades de cada caso.⁵⁰⁴

É oportuno anotar que o emprego da técnica procedural não se presta a submeter a formação das parcerias empresariais a um regime jurídico análogo às licitações públicas ou contratações diretas por dispensa e inexigibilidade de licitação. O procedimento é distinto e adaptado às práticas de mercado. Há maior flexibilidade, inclusive negocial, com tratativas e concessões recíprocas entre empresa estatal e empresa privada. Por vezes, as etapas se confundem e se repetem, as diligências e exigências documentais são distintas daquelas previstas no Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 e os critérios adaptados às características de cada oportunidade de negócio. Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr sintetizam alguns dos aspectos característicos dessas contratações:

A negociação no ambiente de *mergers and acquisitions* (M&A) depende de *due diligence*, em que a empresa interessada na aquisição tem acesso a todas ou à parte relevante das informações estratégicas de negócio da empresa a ser adquirida. Não é razoável que qualquer interessado, sem provar intenção séria e firme na aquisição, tenha acesso a essas informações. Acrescenta-se que a negociação envolve diversos aspectos, cláusulas e condições, pelo que suas bases são dinâmicas, vão se amoldando no seu transcurso. Assim, muitas decisões precisam ser tomadas de imediato e dependem de contrapartidas que são particulares, oferecidas também durante a negociação. Enfim, o ponto é que, em muitas oportunidades de negócio, as estatais precisam de flexibilidade negocial para conseguirem as condições mais vantajosas de mercado.⁵⁰⁵

Em última análise, todas essas medidas se prestam a identificar o modelo mais adequado de contratação e a definir o parceiro privado que reúna as características mais adequadas para figurar como sócio da empresa estatal em um empreendimento econômico.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ SCHWIND, 2017, p. 252. Schwind cita o exemplo de Portugal, que editou a Lei n. 50, de 31 de agosto de 2012. O diploma estabelece parâmetros procedimentais, com estudos técnicos que demonstrem a racionalidade da deliberação relativa à constituição de empresa participada por autoridades locais. Já no cenário brasileiro, o autor faz referência ao caso dos normativos internos da BNDESPAR, além da previsão contida no §1º do artigo 2º da Lei n. 11.908/2009, que determina a contratação de entidades avaliadoras quando da aquisição de participações financeiras pela Caixa Econômica Federal e pelo Banco do Brasil (SCHWIND, 2017, p. 251).

⁵⁰⁵ NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 28.

⁵⁰⁶ Em consonância com esse entendimento, mostram-se pertinentes as considerações da Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração do Tribunal de Contas da União, no âmbito do TC 022.981/2018-7:

“Assim, quanto maiores forem as cautelas adotadas, com vistas a melhor instrumentalizar os procedimentos de cotejamento em relação às diversas visões sobre um mesmo negócio, tendo em vista a escolha de não realizar uma licitação, maiores serão as chances de se garantir uma melhor qualidade do processo decisório, mitigando-se o risco de uso de discricionariedade desarrazoada por parte do gestor público, leia-se

Há casos em que não será possível a realização de um procedimento competitivo. Em outros tantos, será preciso um procedimento mais adaptado à formação de um contrato associativo, que supõe algum nível de sinergia entre as partes, pelo que, nos dizeres de Marçal Justen Filho, “[a] identificação do parceiro adequado envolve, então, um processo de conversação, a discussão de projetos comuns, a verificação das habilidades e das virtudes apresentadas pelos potenciais parceiros e a identificação de pontos negativos”.⁵⁰⁷

Segue a isso que a empresa estatal deve implementar procedimento que lhe permita avaliar não apenas a vantajosidade técnica e econômica de uma proposta. É necessário examinar as características do parceiro privado em potencial, seus interesses comerciais⁵⁰⁸, sua *expertise*, sua idoneidade técnica e econômico-financeira, as contribuições que poderá aportar para o sucesso do empreendimento e os riscos que poderá mitigar em benefício da empresa estatal a médio e longo prazos. Todos esses fatores envolvem um processo investigativo e negocial, o que nem sempre será incompatível com um procedimento competitivo entre os possíveis interessados. Nesse sentido, reputa-se plenamente cabível que mais de um possível interessado seja avaliado pela empresa estatal com vistas à identificação do agente econômico mais adequado para a formação de parceria bem-sucedida.

Em todos os casos, os critérios adotados pela empresa estatal na escolha do parceiro privado devem ser devidamente explicitados e logicamente pertinentes aos resultados pretendidos com a parceria empresarial. Trata-se de um imperativo do dever de motivação, que é condição necessária ao controle sobre a observância de todos os demais princípios que incidem sobre o exercício da função administrativa. A motivação de todo ato praticado pela Administração Pública é essencial à manutenção do Estado de Direito, sobremodo numa República, onde os agentes públicos não são donos da coisa pública e logo devem satisfação sobre seus atos a toda a coletividade, mesmo porque assim expressamente o exigem a

arbitrariedade, e salvaguardando a decisão da alta administração, possibilitando que possa ser atestada e com a qualidade esperada (parágrafos 67 a 78).

Nesse sentido, não seria correto afirmar que, ao se estabelecer uma parceria estratégica, o gestor estaria livre das amarras próprias da administração pública. Há uma evidente necessidade de se observar regras mínimas de governança e o respeito aos princípios básicos constitucionais que regem a administração pública, tendo em vista que o § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016, ao prever a inaplicabilidade do Capítulo I, não exime nem autoriza que as empresas públicas ou empresas de economia mista não observem os princípios gerais relativos à administração pública referendados na Carta Magna, uma vez que essas entidades fazem parte da administração pública”. (TCU, Acórdão n. 2.488/2018, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 31/10/2018).

⁵⁰⁷ JUSTEN FILHO, 2016a, p. 304.

⁵⁰⁸ No âmbito da avaliação dos interesses comerciais, extrai-se das premissas estabelecidas pelo Conselho de Administração da ELETROBRAS para a participação em leilões de concessão de geração e transmissão de energia elétrica a determinação de que “não sucedam participação nas parcerias como sócias de empresas com interesses comerciais na execução dos projetos, dos equipamentos e das obras, objeto do leilão” (ELETROBRAS, 2017, p. 25).

Constituição Federal⁵⁰⁹ e a Lei n. 9.784/1999⁵¹⁰, também aplicável às entidades administrativas federais.

Embora o dever de motivação e a racionalidade dos motivos determinantes não possam ser atenuados, é admissível que o procedimento de formação da parceria empresarial transcorra total ou parcialmente sob sigilo. É que, na esfera das empresas estatais atuantes no mercado, haverá situações nas quais a divulgação de informações pertinentes à modelagem de um potencial empreendimento estratégico poderá trazer prejuízos à companhia e a possíveis parceiros, beneficiando seus concorrentes. Outras motivações estratégicas pertinentes a modelos de negócio, segredos comerciais, dados pertinentes à soberania nacional, dentre outras sensíveis também podem justificar a chancela do sigilo. Regra geral, por força do princípio da publicidade, todo o procedimento conduzido por empresa estatal, ainda que exploradora de atividade econômica, deve ser público e transparente, ressalvando-se determinadas situações em que o próprio interesse público tutelado pela empresa estatal exige que se restrinja o acesso a informações estratégicas ao objeto social da companhia.

Para as situações excepcionais em que o sigilo se fizer necessário, o artigo 86 da Lei n. 13.303/2016 estabelece que as informações revestidas de sigilo bancário, estratégico, comercial ou industrial serão assim identificadas conforme critérios estabelecidos em regulamento, respondendo o servidor pelos danos causados à estatal e a seus acionistas em razão de eventual divulgação indevida. O artigo 85 do mesmo diploma resguarda o acesso irrestrito dos órgãos de controle internos e externos a todas as informações necessárias à atividade fiscalizatória, sendo corresponsáveis pela manutenção do sigilo das informações.⁵¹¹

⁵⁰⁹ São os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, ‘todo o poder emana do povo [...]’ (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é, que fundamentos o *justificam*” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 410).

⁵¹⁰ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

⁵¹¹ Trata-se do posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União:

Em síntese dessas constatações, observa-se na proceduralização a função de racionalizar e esclarecer a tomada de decisão tanto na estruturação de um modelo de parceria empresarial público-privada, quanto na escolha do parceiro privado, onde a transparência deve ser a regra e o sigilo, excepcional. Como consequência, o procedimento reduz a subjetividade inerente ao exercício de competências discricionárias pela empresa estatal e viabiliza o exercício do controle externo sobre os elementos que nortearam a concertação público-privada e, em especial, sobre a sua motivação.⁵¹² Sua finalidade precípua é agregar transparência, eficiência e segurança jurídica à contratação, contribuindo para o sucesso do empreendimento econômico e para a preservação dos princípios administrativos.

5.1.2 A estruturação de uma parceria empresarial público-privada

A proceduralização da estruturação da parceria, como se viu, é pressuposto necessário para um planejamento racional, que, sem desatentar à observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, proporcione maior eficiência e segurança jurídica à relação associativa público-privada. Todo procedimento, por definição, é sucessão itinerária e encadeada de atos, cada qual com identidade funcional própria e que, em conjunto, tendem a um resultado final conclusivo.⁵¹³ De igual modo, a proceduralização da formação das parcerias empresariais público-privadas supõe uma sequência de etapas voltadas à formação de uma parceria societária ou contratual entre empresa estatal e empresa privada.

A única advertência a ser feita quanto a essa aproximação é que não existe um padrão ideal de procedimento a ser implementado na formação das parcerias empresariais público-privadas. A dinamicidade e as múltiplas finalidades de interesse público para as quais se prestam essas contratações exige adaptação do procedimento ao caso concreto. Inclusive, o

⁵¹² 9.1. determinar à Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II do Regimento Interno/TCU, que:

9.1.1. faça constar de atas ou outros instrumentos congêneres a fundamentação empregada nas sessões do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva da empresa para a decisão de implementação de novos negócios de geração e transmissão, de modo a manter registro expresso da motivação técnica e econômico-financeira das deliberações, em primazia ao princípio da transparência e da motivação, sem prejuízo de conferir, se for o caso, tratamento sigiloso a documentos sensíveis, nos termos da Lei n. 12.527/2011, devendo endereçar ao TCU, até 10 dias após a próxima deliberação de entrada em novo empreendimento, cópia da documentação que ateste o cumprimento desta medida; [...]

(TCU, Acórdão n. 600/2016, Relator: Ministro Vital do Rego, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 16/3/2016)

⁵¹³ Para maiores digressões sobre a questão da proceduralização do emprego de instrumentos de direito privado pela Administração, remete-se o leitor às reflexões realizadas no Tópico 2.5, que tratou da tensão entre eficiência e legalidade na atividade empresarial da Administração Pública.

⁵¹³ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 499.

ideal é que cada empresa estatal edite normativos próprios, estabelecendo regras gerais quanto ao procedimento de formação das suas parcerias societárias e contratuais em conformidade com as especificidades do respectivo setor, a exemplo do programa de desinvestimento da Petrobras e do Manual de SPEs do Grupo ELETROBRAS.

Feita essa advertência preliminar, é oportuno delinear algumas etapas fundamentais que normalmente se sucedem logicamente no iter procedural que antecede a formação de uma parceria público-privada, conforme os parâmetros que normalmente limitam o exercício da autonomia decisória da Administração Pública em suas contratações e, especialmente, na seara dos projetos complexos e de longo prazo.

José Manuel Sérvalo Correia, debruçando-se sobre os limites da autonomia contratual da Administração Pública portuguesa, descreve o que, na sua visão, seria o *iter* lógico que conduz a Administração a optar por formalizar um contrato administrativo atípico com objeto de direito privado em determinada situação. O itinerário proposto pelo administrativista lusitano leva em consideração a identificação de uma necessidade pertinente a um interesse público sob a tutela de determinada entidade e a ponderação das soluções mais adequadas à satisfação dessa necessidade, conforme ilustrado nas seguintes etapas:

1.º Escolha do fim de deliberação ou decisão de contratar (e, portanto, do contrato administrativo): hierarquização das necessidades vitais para a comunidade que correspondam às atribuições da pessoa colectiva em função de uma ponderação das suas premências relativas e dos limites impostos pelo carácter finito dos meios a utilizar (interesse público da racionalização dos meios a utilizar);

2.º Arrolamento dos pressupostos da deliberação ou decisão de contratar (e, portanto, do contrato administrativo): reconhecimento das situações concretas em que, em cada momento, se manifestam as aludidas necessidades vitais;

3.º Identificação mínima do gênero de contrato administrativo capaz de organizar meios que, sendo apropriados (adequação: “*Geeignetheit*”), se forem aplicados a uma designada situação concreta (elenco de pressupostos), realização o fim do modo menos oneroso (indispensabilidade: “*Erforderlichkeit*”) e sem que as vantagens obtidas sejam compensadas negativamente dos inconvenientes da providência (equilíbrio: “*Angemessenheit*” ou “*Proportionalität*”).⁵¹⁴

Com efeito, qualquer procedimento que culmine com a formalização de um contrato pela Administração Pública se inicia, logicamente, a partir da constatação de alguma necessidade ou oportunidade pertinente ao interesse público que um órgão ou entidade da Administração Pública deva tutelar. Essa necessidade pode ser identificada tanto por agentes administrativos, quanto por particulares, organizações da sociedade civil e até os órgãos de controle, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas que, por iniciativa própria ou

⁵¹⁴ CORREIA, 2013, p. 661.

mediante provocação, levem ao conhecimento da Administração a existência de uma dada deficiência ou oportunidade de negócio que deva ser analisada.

Advirta-se que, no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, o aproveitamento de oportunidades de negócio é tão relevante quanto à satisfação de suas necessidades empresariais, na medida em que ambos realizam o interesse público subjacente à atividade empresarial. Em verdade, essas duas perspectivas se confundem, uma vez que o aproveitamento de oportunidades negociais é uma necessidade que não pode ser descartada por todo agente econômico que atua em ambiente concorrencial. Tanto é assim que o inciso II do artigo 155 da Lei n. 6.404/1976 tipifica como violação ao dever de lealdade do administrador, suscetível de responsabilização, “omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia”.⁵¹⁵

Entretanto, não é qualquer necessidade ou oportunidade pertinente ao interesse público que legitima a atuação da empresa estatal, mesmo porque o interesse público a que visa tutelar é aquele subjacente ao seu objeto social, tal como delineado na lei autorizativa. Para resguardar esse interesse no desenvolvimento de seu objeto social, a empresa estatal deve estruturar um planejamento que servirá de diretriz à sua atuação. Esse planejamento, no curto e médio prazos, é retratado pelo plano de negócios e pelo planejamento estratégico da companhia, respectivamente.⁵¹⁶ As necessidades e oportunidades de negócio devem ser identificadas e atendidas em atenção a esses documentos, que refletem diretrizes de caráter vinculante em relação aos agentes responsáveis pela direção da companhia.⁵¹⁷

⁵¹⁵ O dispositivo é aplicável aos administradores das empresas estatais por força do disposto no caput do artigo 16 da Lei n. 13.303/2016:

Art. 16. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na [Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#).

Parágrafo único. Consideram-se administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do Conselho de Administração e da diretoria.

⁵¹⁶ Tanto o plano de negócios, quanto o planejamento estratégico, são documentos elaborados pela diretoria e aprovados pelo Conselho de Administração. A diferença está na perspectiva temporal – o plano de negócios é anual e o planejamento estratégico tem periodicidade mínima de cinco anos. Guilherme Dias Reisdorfer ainda destaca-lhes as seguintes características:

“O plano de negócios é mais específico e dotado de maior concretude, na medida em que constitui o ato que orientará a atuação empresarial no curto prazo, com vigência exclusiva para cada exercício. Portanto, há uma relação mais intensa e direta entre o plano de negócios e os atos executivos da empresa. [...]”

Já a estratégica de longo prazo, por ser mais abrangente, tende a revelar maior ênfase na definição das diretrizes e objetivos gerais da empresa, os quais nortearão a elaboração do planejamento de curso prazo e serão implementados a partir dos planos de negócio” (REISDORFER, Guilherme Dias. Instrumentos para gestão e controle das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 220/221).

⁵¹⁷ Inclusive, a “consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo” constitui parâmetro de avaliação de desempenho individual e coletivo dos administradores e dos membros de comitês, nos termos da alínea c do inciso III do artigo 13 da Lei n. 13.303/2016. Ainda para

A constatação de uma necessidade ou oportunidade sob a incumbência estatal impele a Administração Pública a verificar a relevância dessa essa necessidade ou oportunidade para sua atividade e a ponderar os meios à sua disposição para a sua satisfação. Nesse mesmo passo, a Administração deve avaliar se tem condições de atender esse objetivo isoladamente ou se a colaboração de um terceiro, estranho a sua esfera de influência, é alternativa mais adequada à persecução desse interesse público. Dessas ponderações, emerge o impulso inicial do procedimento administrativo voltado à realização de uma solução concertada, ou seja, de um contrato que institua obrigações recíprocas para a satisfação de interesses das partes contratantes, sejam eles convergentes ou não.⁵¹⁸

A identificação da alternativa mais adequada para a satisfação das necessidades estatais supõe um juízo de proporcionalidade, pautado em uma análise de adequação, necessidade e um sopesamento das vantagens e sacrifícios decorrentes da adoção de determinada medida (proporcionalidade em sentido estrito). É o que ocorre na prática administrativa, ainda que inconscientemente e sem a explicitação de cada um dos postulados propostos por Robert Alexy.⁵¹⁹ Sérvalo Correia deixa claro que “[n]os contratos administrativos atípicos com objeto passível de contrato privado, a decisão ou deliberação de contratar é fruto de um juízo autônomo guiado pelo interesse público da racionalização dos meios a utilizar e pelo princípio da proporcionalidade”.⁵²⁰ Também, para Marçal Justen Filho, “[c]onstatada a necessidade, cabe considerar as alternativas da solução. Isso significa comparar as soluções possíveis e determinar as vantagens e desvantagens existentes”.⁵²¹

Naturalmente, esse raciocínio só é relevante no âmbito em face de competência discricionária para a escolha do instrumento mais adequado à satisfação de uma necessidade estatal. Em havendo competência plenamente vinculada, não há que se falar em ponderação

corroborar a importância desses documentos, anote-se que o inciso I do artigo 71 da Lei n. 13.303/2016 prevê como hipótese excepcional de contratação por prazo superior a cinco anos “para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista”. Especificamente no campo das parcerias societárias, a parte final do §3º do artigo 2º da Lei n. 13.303/2016, de forma inconstitucional, prevê que a necessidade de lei autorizativa não se aplica a “participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias.”.

⁵¹⁸ Veja-se, em sentido semelhante, as considerações de José Manuel Sérvalo Correia:

“No caso vertente, a atividade preparatória consiste na valoração prioritária de uma atribuição da pessoa colectiva para efeito da satisfação da necessidade colectiva a ela correspondente, na detecção de uma situação concreta em que tal necessidade se manifeste e na escolha de um tipo concreto, ainda que eventualmente muito incompleto, de contrato administrativo como meio mais racional de realizar o fim satisfazendo a necessidade. Os resultados desta atividade preparatória são formalizados no acto jurídico, que é a decisão ou deliberação de contratar” (CORREIA, 2013, p. 665).

⁵¹⁹ Ampliar em: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵²⁰ CORREIA, 2013, p. 789.

⁵²¹ JUSTEN FILHO, 2014, p. 179.

de possíveis soluções em face do caso concreto. Repise-se, nesse aspecto, que a competência discricionária é sempre delimitada em sua extensão pelo ordenamento jurídico e vinculada em sua finalidade, que é a persecução do interesse público. Há situações em que o agente pode optar, dentre uma multiplicidade de modalidades contratuais admitidas pelo ordenamento jurídico, aquela que entende mais adequada à persecução do interesse público, ao passo que, em outras situações, existe uma única modalidade contratual à disposição, exercendo-se o juízo discricionário na definição do conteúdo do instrumento convocatório e do contrato.

Eis a razão pela qual a caracterização do objeto das parcerias empresariais público-privadas supõe que seja possível, à luz do ordenamento jurídico, estruturar a atividade que a empresa estatal pretenda desenvolver em associação com uma empresa privada por meio de um contrato associativo que possa ser formalizado à margem das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, ou seja, enquadrando-se na hipótese de inaplicabilidade de licitação instituída pelo inciso II do §3º do artigo 28 desse mesmo diploma. Do contrário, a empresa estatal não tem competência para optar pela parceria empresarial, de modo que essa alternativa deve ser desde logo descartada em juízo preliminar.

Outro aspecto que deve ser considerado nessa etapa preliminar é que, relativamente às empresas estatais, por força do princípio da especialidade, a identificação de uma necessidade ou oportunidade a exigir a formalização de um contrato deve ocorrer sob a perspectiva do interesse público retratado no seu objeto social e que constitui a função social da empresa estatal. É principalmente para atender a esse interesse que o texto constitucional admite a atuação do Estado pela técnica empresarial, pelo que não é dado à empresa estatal prover necessidades públicas que não se coadunem com a sua atividade precípua. Identificada uma necessidade pertinente ao seu objeto social, a estatal deve proceder a essa comparação entre possíveis soluções, analisando sob todos os ângulos as possíveis vantagens e desvantagens pertinentes à adoção de cada alternativa, no intuito de delimitar aquela que se afigura mais adequada à satisfação dessa oportunidade.

Anote-se que, até esse ponto, a análise empreendida pela empresa estatal é praticamente idêntica àquela realizada nas contratações precedidas de licitação pública e nos casos de contratação direta por dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação. Em todos esses casos, a estatal deve, primeiramente, identificar e avaliar a melhor forma de suprir uma necessidade de interesse público.⁵²² Somente após a ponderação das possíveis

⁵²² Marçal Justen Filho, versando sobre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, observa que “[n]as etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida.

alternativas mediante critérios jurídicos, técnicos e econômicos, é que se poderá definir o modelo de concertação público-privada mais adequado e, logo na sequência, as linhas gerais do futuro contrato e os critérios de escolha do particular contratado.

Nesse ponto, é pertinente levar em consideração os elementos característicos das parcerias empresariais público-privadas. Sob essa ótica, se a necessidade da empresa estatal envolver a dinamização de sua atividade empresarial por meio do desenvolvimento de um empreendimento econômico compatível com a formação de uma relação associativa, com compartilhamento de riscos e resultados, é bem possível que a alternativa mais adequada seja uma parceria empresarial público-privada. A adoção dessa alternativa mais alinhada com o direito privado, desde que juridicamente compatível com a atividade que se pretende desenvolver, exclui a aplicabilidade das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 e atrai a incidência do regime das parcerias em oportunidades de negócio.

Em se tratando de uma necessidade pertinente a um empreendimento econômico, o usual é que a formação de uma parceria empresarial público-privada não seja a única alternativa à disposição da empresa estatal. É bem provável que haja outras soluções teoricamente aceitáveis sob uma perspectiva estritamente jurídica, como a simples terceirização do serviço ou o desenvolvimento do empreendimento de forma isolada pela empresa estatal, sem relação associativa com parceiro privado. O ponto é que todas essas alternativas devem ser ponderadas pela empresa estatal sob a perspectiva dos custos e benefícios técnicos e econômicos em face das especificidades de cada caso concreto.⁵²³

Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante nos autos” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 391).

É claro que esse posicionamento, pertinente à dispensa e inexigibilidade, não pode ser automaticamente transportado às hipóteses de inaplicabilidade de licitação. Há casos em que, desde o início, o procedimento já assumirá forma adaptada aos padrões comerciais, tramitando eventualmente sob sigilo, quando desde logo se verifique que a publicidade poderia prejudicar o interesse público pertinente à contratação pretendida.

⁵²³ A implementação de mecanismos corporativos de análise de riscos de novos empreendimentos e, em especial, nas parcerias societárias, já foi objeto de determinação do Tribunal de Contas da União à Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf):

“9.1. determinar à Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II do Regimento Interno/TCU, que: [...]”

9.1.2. apresente ao TCU, no prazo de 30 dias, plano de ação que preveja medidas para a institucionalização e normatização de metodologia corporativa de análise de riscos, a ser usada como ferramenta imprescindível de suporte à tomada de decisão para novos empreendimentos, delineando no aludido plano, ao menos: (i) forma com que os estudos e análises de riscos serão registrados e manejados pelas instâncias decisórias da empresa; (ii) possibilidade de adoção de ferramentas consagradas de análises de riscos previstas na literatura especializada; e (iii) cronograma de implementação das medidas, com as respectivas áreas responsáveis;” (TCU, Acórdão n. 600/2016, Relator: Ministro Vital do Rego, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 16/3/2016).

A parceria empresarial não é, necessariamente, a solução mais adequada para a exploração de todo tipo de empreendimento econômico específico e definido, visado pela empresa estatal. O compartilhamento de riscos e resultados com agentes privados só tem razão de ser quando os riscos e os custos de uma empreitada empresarial sejam consideráveis e possam ser mitigados com o auxílio material e imaterial do parceiro privado na consecução de um empreendimento de interesse comum. Ainda, existem outros fatores que influenciam nessa decisão, como, por exemplo, os custos de transação envolvidos na formação de uma relação associativa de longo prazo com uma empresa privada e que exigem a implementação de mecanismos mais eficientes para ponderar as incertezas e o risco de oportunismo decorrente da possível assimetria informacional.⁵²⁴

Sobre esse aspecto, as advertências formuladas por Marçal Justen Filho em relação ao planejamento de concessões de serviço público também vêm a calhar para as parcerias empresariais público-privadas:

A configuração das condições da concessão envolve não apenas discricionariedade na acepção própria. Na maior parte dos casos, o direito atribui à Administração margem de autonomia para adotar as melhores soluções, mas tomando em vista não apenas juízos de oportunidade política. Existem decisões que dependem de conhecimento técnico-científico ou de experiência prática e concreta. Não é juridicamente cabível eliminar as cogitações técnico-científicas e experimentais, substituindo-as por avaliações puramente subjetivas sobre conveniência e oportunidade.⁵²⁵

Em essência, não há porque recorrer à parceria empresarial se, à luz dos fatores jurídicos, econômicos, técnicos e dos custos de transação envolvidos na operação que devem, necessariamente, ser avaliados no caso concreto, conclui-se que a empresa estatal tem melhores condições, bem como pode colher maiores benefícios mediante atuação isolada, simplesmente subcontratando os serviços para os quais não detém os meios de produção. Todos esses exames se inserem dentro do juízo de legalidade e de conveniência e

⁵²⁴ Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, à luz da teoria dos custos de transação concebida por Ronald Coase e dos estudos de Oliver Williamson, assinalam que “[d]ois fatores influem sobre o comportamento individual limitando o uso de contratos de longo prazo: a racionalidade limitada e o oportunismo. A racionalidade limitada se refere às dificuldades das pessoas em acumular e analisar a informação de modo confiável. Assim, se tiverem a intenção de se comportar racionalmente, as pessoas ficarão restritas pelos limites heurísticos. A principal consequência da racionalidade limitada é que as pessoas têm dificuldade de estipular contratos perfeitos que prevejam todas as eventualidades. [...]

O oportunismo se torna possível pelas assimetrias informacionais entre as partes. As assimetrias decorrem de revelação incompleta, deformada ou falsificada da informação. Interfere nas capacidades, preferências ou intenções das partes. Na fase pré-contratual, o oportunismo pode até ensejar a seleção adversa. Na fase de execução do contrato, o oportunismo se apresenta sob a forma de risco moral” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 521).

⁵²⁵ JUSTEN FILHO, 2003, p. 205.

oportunidade que caracteriza o exercício de uma competência administrativa que possibilite uma certa margem de discricionariedade em prol do seu titular.

Por outro lado, verificando-se desde um primeiro momento ou, com maiores subsídios coligidos no curso do procedimento, que a opção mais adequada para a exploração de determinado empreendimento econômico pertinente ao objeto social da empresa estatal é a associação com uma empresa privada em regime de parceria ou outra forma associativa, resta configurada a oportunidade de negócio que autoriza o afastamento das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 para a estruturação do negócio.⁵²⁶

A opção pela parceria empresarial público-privada abre à empresa estatal uma gama de possibilidades jurídicas dentre os diversos modelos de parcerias societárias ou contratuais, que, por sua vez, podem contemplar, cada qual, arquitetura diferenciada no que se refere às atribuições e responsabilidades do parceiro público e do parceiro privado entre si e perante terceiros. Também nessa fase, cabe à estatal avaliar as especificidades do empreendimento e, à luz dos subsídios técnicos colhidos em face das necessidades identificadas em um primeiro momento, promover a estruturação do negócio nos seguintes aspectos:

- a) Definição das características do parceiro privado: a partir das estimativas e análises estratégicas, técnicas, socioambientais e financeiras que nortearam a opção pela parceria empresarial público-privada, identificar quais as eventuais contribuições e riscos que podem ser assumidos pela empresa estatal, quais contribuições poderiam ser aportadas pelo parceiro privado e, consequentemente, quais requisitos mínimos e características devem ser atendidas pelo parceiro privado para que o sucesso do empreendimento;
- b) Modelagem do negócio: verificar, unilateralmente, com o auxílio de terceiros ou mesmo no curso de uma negociação com o parceiro privado, qual a modelagem de parceria empresarial público-privada mais adequada ao caso concreto, o que implica em estabelecer: b.1) qual o melhor modelo de parceria

⁵²⁶ Nesse ponto, mostra-se pertinente a advertência de Alexandre Santos de Aragão:

“Para que se demonstre de antemão não haver desvios na escolha da forma de parceria societária, mister se faz explicitar as razões pelas quais é necessária a formação de uma parceria societária com a empresa privada.

Hão de ser demonstrados fatores como a necessidade de cooperação continuada, a conjugação empresarial de esforços, o aprendizado de *know-how*, a transferência de tecnologia etc. que impliquem, ainda que revestida de elevado grau de discricionariedade administrativo-negocial, a razoabilidade da decisão de se fazer uma parceria societária e não a celebração de um vínculo contratual” (ARAGÃO, 2017, p. 452).

empresarial (societária ou contratual); b.2) dentro dessas modalidades, qual a melhor forma de parceria societária (sociedade anônima ou limitada, com participação majoritária ou minoritária da empresa estatal etc.), parceria contratual (consórcio empresarial, contrato de aliança etc.) ou outra forma associativa (sociedade em conta de participação, franquia empresarial, representação comercial etc.); e b.3) dentro de cada uma dessas formas, qual a alocação ideal dos direitos e obrigações entre o parceiro público e privado, bem como quais as regras que regulamentam essa relação (conteúdo do estatuto social ou do contrato de constituição de consórcio, acordo de acionistas, acordo de nível de serviços e outros instrumentos que regulem a relação associativa, dispondo sobre as atividades que constituem o objeto do empreendimento, titularidade do poder de controle, liderança, representação e administração do empreendimento, formas de deliberação, atribuições, contribuições e responsabilidades de cada parceiro, duração da parceria; critérios de recebimento e partilha de resultados, inadimplemento e rescisão, dentre outras disposições pertinentes à regulamentação da relação associativa);

- c) Estruturação e implementação do procedimento de escolha e negociação com o parceiro privado: em face das características necessárias de um possível parceiro e das especificidades do negócio, definir: c.1) se existe uma pluralidade de possíveis interessados, se o procedimento competitivo é compatível com o interesse subjacente à contratação e em que termos esse procedimento pode ser realizado (definição das etapas, forma de apresentação das propostas, formulários e outros documentos, requisitos de habilitação, critérios de julgamento, publicidade, diligências etc.); ou c.2) se a competição é inviável pela ausência de uma pluralidade de possíveis concorrentes ou pela incompatibilidade de um procedimento dessa natureza no caso, de sorte que se a escolha do parceiro privado deva ocorrer sem competição, em função das suas características particulares vinculadas à oportunidade de negócio.

É oportuno advertir que esse itinerário de etapas na modelagem da parceria empresarial não indica uma ordem cronológica de acontecimentos, nem ostenta a mesma rigidez procedural que caracteriza a fase interna de uma licitação pública. Diferentemente

do que ocorre no procedimento licitatório, em se tratando de uma relação associativa, é natural que o parceiro privado contribua para a modelagem do empreendimento. Inclusive, é bem possível que a escolha do parceiro privado se confunda com a identificação de uma solução adequada para a satisfação de uma necessidade administrativa e, consequentemente, com a própria oportunidade de negócio, à semelhança das hipóteses de contratação por inexigibilidade para a contratação de bens fornecidos com exclusividade ou, ainda, para a contratação de serviços técnicos com profissionais e empresas de notória especialização. Também é provável que uma alocação ideal das responsabilidades, tal como concebida pela empresa estatal, tenha de ser relativizada com as negociações empreendidas no curso do procedimento para viabilizar a perfectibilização do negócio.

Em todas essas hipóteses, a proceduralização cumpre a importante função de viabilizar a conformação dos interesses em jogo, antes, durante e após a escolha do parceiro privado, o que, aliás, coaduna-se com a função precípua do procedimento administrativo, que de acordo com Massimo Severo Giannini, é a de ponderar interesses (públicos e privados) para decidir sob medida, sendo modo pelo qual a Administração Pública exerce as suas competências discricionárias.⁵²⁷

Após a estruturação do negócio, com a escolha do parceiro privado, a parceria é, por fim, consolidada pela formalização de um termo de compromisso ou acordo-base, que conterá as linhas mestras da parceria empresarial, como o escopo da associação, prazo de duração, valor do investimento, se será constituída uma sociedade independente, a participação de cada parceiro, partilha de recursos e riscos, acesso de todos ao controle da gestão, dentre outros aspectos que balizarão a relação associativa. É a partir desses elementos estruturantes que serão elaborados os demais instrumentos voltados à regulamentação de aspectos específicos do empreendimento, como plano de negócios, estatuto social, acordo de acionistas, termo de constituição de consórcio, contrato de transferência de tecnologia, contrato de prestação de serviços, dentre outros.⁵²⁸

⁵²⁷ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Vol. 2. Milão: Giuffrè, 1970, p. 882.

Na doutrina pátrica, Odete Medauar destaca que “[n]a Administração inserida em sociedade e Estado caracterizados pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, o processo administrativo também é meio para que os diversos interesses aflorem antes da tomada de decisões; permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses” (MEDAUAR, 2017, p. 289).

⁵²⁸ BASSO, 1998, p. 220.

Alfredo Lamy Filho, por sua vez, assim caracteriza a figura do “acordo de base”:

“Realmente, esse acordo de base é a própria ‘joint venture’: - os outros acordos, o tipo de sociedade a ser escolhido (que pode ser qualquer um) tudo o mais está condicionado por aquele contrato, que é o instrumento matriz da associação. Nele inserem-se todas as estipulações que vão governar a vida do empreendimento, desde o preâmbulo (que explicita certos aspectos da manifestação de vontade não cristalizados em cláusulas), até o modelo legal de sociedade a ser adotado, as contribuições a que se obrigam os sócios, as preferências

5.1.3 As vias técnico-jurídicas empregadas na modelagem de parcerias empresariais público-privadas

A formação da parceria empresarial público-privada, como dito, perpassa pela coleta de subsídios para a estruturação do negócio. Para tanto, é facultado à empresa estatal realizar estudos e estruturar o modelo de negócio apenas com o apoio de seu corpo técnico ou recorrer ao auxílio de terceiros estranhos à sua estrutura organizacional. Dentre as variadas formas de intervenção de terceiros na elaboração de projetos da Administração Públicas, vale destacar os estudos realizados por entidades governamentais e bancos de fomento⁵²⁹, a contratação de consultoria externa especializada, os estudos e subsídios técnicos apresentados por agentes privados, inclusive quando convocados pela Administração ou por iniciativa própria, e o auxílio prestado pelo parceiro privado antes da formalização do contrato.⁵³⁰

Naturalmente, quanto maior a complexidade do projeto, tanto maior será a capacidade técnica exigida dos agentes públicos envolvidos na sua estruturação e maiores serão os incentivos para que a Administração Pública recorra, formal ou informalmente, ao auxílio de consultores especializados e agentes econômicos que detém expertise para propor as soluções adequadas a cada caso concreto. Nesse particular, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler assinala que “[h]á uma intrínseca relação entre os contratos administrativos e os diálogos

que se asseguram, a maneira como serão constituídos os órgãos de direção na realização da gestão conjunta, (o ‘modo de repartição do poder’), a duração do contrato, e o direito de retirada, o regulamento dos conflitos e divergências, como a arbitragem, a política de distribuição de lucros e contratações, etc.” (LAMY FILHO, 1990, p. 325).

⁵²⁹ Tome-se, a título ilustrativo, o Fundo de Estruturação de Projetos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, que apoia com recursos não reembolsáveis a elaboração de estudos técnicos e pesquisas que, dentre outras finalidades, “proporcionem projetos que sejam viabilizados mediante relações jurídicas de longo prazo entre o poder público e a iniciativa privada, nas áreas de infraestrutura logística, energética, social e urbana, dentre outras, ou em áreas relacionadas com a integração regional” (Disponível em: <<https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisaedados/estudos/bnDES-fep>>. Acesso em: 9 set. 2018).

⁵³⁰ Existe uma certa proximidade entre os possíveis instrumentos a serem utilizados na modelagem de parcerias empresariais e na modelagem de concessões comuns e parcerias público-privadas em sentido estrito. É que ambos os casos exigem o emprego de instrumentos concebidos para a estruturação de projetos complexos, normalmente com altos custos a serem amortizados no longo prazo, que envolvem riscos e resultados compartilhados por ambas as partes cujos interesses precisam ser devidamente equacionados para a mesma finalidade. Em vista disso, muitas das referências utilizadas na descrição da modelagem de parcerias empresariais se referem, em verdade, a ferramentas utilizadas no planejamento de concessões comuns, administrativas e patrocinadas.

Para um estudo aprofundado sobre os instrumentos de diálogo público-privado, consulte-se: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados:** da opacidade à visibilidade na administração pública. 377f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

público-privados”⁵³¹, e prossegue com diagnóstico sobre a importância dessa interlocução no planejamento das contratações públicas:

Os diálogos público-privados são inevitáveis e serão indispensáveis sempre quando houver a necessidade de se descobrir uma solução para a administração pública sobre a qual os agentes públicos não possuem o suficiente conhecimento técnico, quando pende a contratação de uma solução inédita ou personalizada, ou ainda, quando a administração pública busca de forma proativa os potenciais fornecedores para um determinado contrato administrativo. Nesses casos, o diálogo público-privado é condição para que a solução seja identificada e estruturada. Caso essa comunicação inexista, colocar-se-á a administração pública sob o risco de paralisia e ineficiência, pois, incapaz de desenvolver as soluções autonomamente, não poderá satisfazer adequadamente as suas necessidades.⁵³²

Aliás, mesmo quando o planejamento da contratação seja conduzido isoladamente pela Administração Pública, é usual que os agentes públicos solicitem informações a agentes privados, o que pode envolver uma variedade de procedimentos consultivos mais ou menos estruturados, como a consulta de preços, *request for proposal information (RPI)* e *requer for proposal (RFP)*⁵³³, reunião participativa, consulta e audiência pública, *road show*, e até questionamentos diretos, que beiram a informalidade.⁵³⁴

A opção pela consultoria externa encontra respaldo no inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, que prevê inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, que tenham por objeto a realização de estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos,

⁵³¹ SCHIEFLER, 2016, p. 30.

⁵³² SCHIEFLER, 2016, p. 31.

⁵³³ Sobre esses procedimentos, remete-se à explanação de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler:

“O *request for information* (RFI) e o *request for proposal* (RFP) são procedimentos administrativos atípicos, sem regulamentação específica, em que a administração pública solicita informações aos agentes econômicos a respeito de algum bem ou serviço, a fim de obter maior conhecimento e, possivelmente, estruturar o edital licitatório e dar seguimento a uma licitação pública, ou ainda, proceder a uma contratação direta. [...]”

A diferença entre o *request for information* (RFI) e o *request for proposal* (RFP) está no nível de maturação do projeto pretendido por quem solicita essas informações. Se a administração pública demanda dos possíveis fornecedores informações técnicas para que possa montar uma minuta de projeto básico, o procedimento adequado é o *request for information* (RFI). Caso a administração pública já detenha um conjunto de informações técnicas, por meio das quais, inclusive, elaborou uma minuta de projeto básico, mas ainda possui dúvidas sobre a sua adequação, orçamento ou sobre as possíveis soluções variantes, o procedimento adequado é o *request for proposal* (RFP)” (SCHIEFLER, 2016, p. 274).

⁵³⁴ Joel de Menezes Niebuhr observa que “[o]s agentes selecionam, muitas vezes aleatoriamente e sem qualquer justificativa, empresas que atuam no mercado para obter as informações que julgam necessárias. Outras empresas não são selecionadas e não têm a mesma oportunidade de dialogar com a estatal. Esses diálogos, também, não costumam ser formalizados e registrados.

Embora não seja lógica, essa prática quase informal pode dar espaços para suspeitas e distorções. Seria melhor que esse diálogo fosse pautado num procedimento estruturado, com oportunidades a todos os interessados em participar e que, ao final, as decisões tomadas com base nas informações coletadas neste diálogo fossem motivadas” (NIEBUHR, 2017, p. 152).

assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias.⁵³⁵,⁵³⁶ Embora possa se revelar mais custosa, quando comparada com os subsídios colhidos aos agentes de mercado, a consultoria externa tem a vantagem de mitigar a possibilidade de um conflito de interesses na estruturação do negócio, uma vez que é menos provável que um consultor independente venha a direcionar os estudos em direção a uma ou outra solução menos vantajosa para a empresa estatal para beneficiar um possível parceiro privado.

Já a deflagração de um procedimento de manifestação de interesse privado (PMI) para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas é previsto no §4º do artigo 31 da Lei n. 13.303/2016, cabendo à própria estatal regulamentar esse procedimento. Chama a atenção que o procedimento de manifestação de interesse de que trata a Lei das Estatais presta-se a subsidiar qualquer empreendimento para suprir as necessidades da estatal, sendo, portanto, mais amplo do que o PMI em sua concepção tradicional, tal como previsto no artigo 21 da Lei n. 8.987/1995 e regulamentado pelo Decreto n. 8.428/2015, que, pela dicção legal, restringe-se à estruturação de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, parceria público-privada, arrendamento de bens públicos ou concessão de direito real de uso.

Anote-se que o fato do procedimento de manifestação de interesse privado estar previsto no Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, que trata das licitações e procedimento de contratação por dispensa e inexigibilidade de licitação, não impede sua aplicação às parcerias em oportunidades de negócio. Primeiro, porque a inexistência de previsão legal não inviabiliza o emprego do procedimento de manifestação de interesse, já que os fundamentos para a adoção desse procedimento pela Administração Pública emanam da própria Constituição Federal e se inserem no âmbito da competência discricionária da Administração para estruturar seu planejamento. Segundo, porque o procedimento de

⁵³⁵ A Lei n. 11.908/2009, no §1º do artigo 2º, que trata da aquisição de participações societárias em instituições financeiras pelo Banco do Brasil e pela Caixa, prevê a contratação de “empresas avaliadoras especializadas, cujos dirigentes não possuam interesses nas empresas sujeitas à avaliação, observada a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, dispensado o procedimento licitatório em casos de justificada urgência”. O novo programa de desinvestimento da Petrobras, tratado no Capítulo 3, também prevê a contratação de assessor financeiro externo para auxiliar na operação de alienação de participação societária.

⁵³⁶ Quanto a opção pela contratação direta dessas consultorias, vale salientar as constatações de Vera Monteiro: “os procedimentos de contratação regidos pela Lei de Licitações mostraram-se pouco atraentes para a escolha de consultorias técnicas de qualidade para a modelagem de concessões. A burocracia e o excesso de objetividade da lei tornaram-se um estorvo para as contratações de consultorias aptas a estruturar projetos de infraestrutura. Para esse serviço, a administração tende a preferir um parceiro confiável, escolhido com certa liberdade. Sem essa clareza, muitos projetos nascem mortos ou padecem de descontinuidade” (MONTEIRO, Vera. Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil:** Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. São Paulo: IFC, 2015, p. 206).

manifestação de interesse tampouco pressupõe o lançamento de uma licitação, podendo ser empregado, inclusive, nas hipóteses de contratação por dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação.⁵³⁷

O procedimento de manifestação de interesse privado nas empresas estatais pode ser definido como o procedimento consultivo deflagrado mediante chamamento público por iniciativa da empresa estatal ou por solicitação de um agente privado, para que os possíveis interessados devidamente autorizados elaborem estudos e projetos para contribuir com a estruturação de empreendimentos que visem atender a necessidades da empresa estatal, com a possibilidade de resarcimento pelos estudos realizados, em conformidade com as diretrizes definidas em regulamento e no edital de chamamento público editados pela empresa estatal.

Resumidamente, tomando-se os parâmetros estabelecidos no Decreto n. 8.428/2015 e sem prejuízo de eventual regulamentação diversa a ser estabelecida pela empresa estatal, destacam-se as seguintes características procedimentais do procedimento de manifestação de interesse: a) pode ser aberto por iniciativa da empresa estatal mediante chamamento público ou pela iniciativa do particular, ressalvada a avaliação de sua conveniência pela estatal; b) pode ser aplicado tanto para a elaboração de projetos, quanto na complementação e atualização de estudos, levantamentos e investigações já existentes; c) é dividido em três fases: abertura, autorização para apresentação de projetos; e avaliação, seleção e aprovação; d) deve prever critérios de seleção e de resarcimento estabelecidos em instrumento convocatório.

Dentre os diversos pontos positivos da utilização do procedimento de manifestação de interesse na estruturação de projetos, destaca-se o fato de que seu custo pode ser eventualmente transferido ao parceiro privado, além do que esse procedimento é mais flexível do que as relações contratuais de consultoria.⁵³⁸ A empresa estatal pode acessar diferentes perspectivas sobre o que seria o modelo ideal de negócio e se valer total ou parcialmente desses estudos na estruturação do negócio. Como pontos negativos, não se pode deixar de apontar os riscos decorrentes da captura desses estudos em prol de agentes diretamente

⁵³⁷ Como anota Gustavo Henrique Carvalho Schiefler, “embora o lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse não seja obrigatório, a Constituição Federal assegura aos particulares o direito de oferecer estudos à Administração Pública e de receber uma decisão justificada sobre o seu mérito. Ressalvando-se que, caso a Administração nutra interesses por esses estudos, deverá, também por dever constitucional, oferecer a mesma oportunidade de colaboração aos demais interessados. Por corolário, nesta ocasião particular, deverá lançar um procedimento adequado, o qual é ora denominado de *Procedimento de Manifestação de Interesse*” (SCHIEFLER, 2014, p. 250-251).

⁵³⁸ Cf. MONTEIRO, 2015, p. 18. Para uma extensa análise das potenciais vantagens e riscos do procedimento de manifestação de interesse, consulte-se: SCHIEFLER, 2014, p. 162 e ss.

interessados na contratação.⁵³⁹ Além disso, é possível que a necessidade de avaliar e combinar uma multiplicidade de estudos, que nem sempre estão apresentados em boas condições de utilização, exija um esforço substancial por parte dos agentes públicos envolvidos na estruturação do negócio, maior do que o seria para estruturar o projeto.⁵⁴⁰

Para mitigar essas inconveniências, Vera Monteiro aponta a necessidade de efetivo envolvimento do poder público no desenvolvimento dos estudos, além de uma regulação que incentive o setor privado a preparar estudos de qualidade, independentes, e com o menor custo transacional possível para os envolvidos⁵⁴¹, o que, evidentemente, dependerá de atuação preventiva e ativa da empresa estatal, tanto na regulamentação do procedimento de manifestação de interesse, quanto na coordenação desse procedimento. Ainda assim, deve-se atentar que “[o] PMI não é substituto para um planejamento adequado, uma boa regulação, a disponibilidade de mecanismos de financiamento etc. Isso significa que a expansão do investimento em infraestrutura não vai poder prescindir de maior capacitação do setor público e reformas institucionais que, em particular, reduzam o risco regulatório do setor”.⁵⁴²

Em todos esses modelos, o eventual sigilo na formação das parcerias estratégicas em ambientes concorrenenciais lança um desafio ainda maior sobre a realização de consultas e obtenção de subsídios de terceiros. Evidente que, nesses casos, por razões de mercado, a

⁵³⁹ Logicamente, é de se esperar que os agentes privados que ofereçam soluções à empresa estatal tenham algum interesse econômico na adoção de sua proposta. Muito embora não possa ser desconsiderada, tal circunstância, por si só, não invalida a possibilidade de que a contribuição ofertada pelo particular interessado seja aquela que melhor atenda ao interesse público tutelado pela empresa estatal. Repise-se que as relações associativas supõem a convergência dos interesses de ambos os parceiros em prol de um empreendimento econômico, razão pela qual a estatal, dentre outros fatores, escolha como parceiro o particular melhor alinhado à solução adotada para instrumentalizar a exploração de uma oportunidade de negócio.

Para mitigar essa circunstância, Bruno Ramos Pereira recomenda que o setor público implemente mecanismos que lhe permitam acessar os interesses das pessoas que tenham requerido autorização para a realização dos estudos de viabilidade; como a exigência de declaração sobre quem é o patrocinador dos estudos; quem são os responsáveis técnicos pelos estudos; como a realização dos estudos está sendo financiada (capital próprio ou de terceiros); e se o proponente tem interesse em participar de eventual licitação, direta ou indiretamente. E arremata: “O setor público deve, portanto, analisar e motivar suas decisões sobre o PMI, em função do setor e do projeto de infraestrutura objeto dos estudos de viabilidade, a respeito de suas estratégias para a mitigação de eventuais conflitos de interesse, principalmente nos casos em que, em função do setor ou das peculiaridades do projeto, houver apenas poucos players, quer na posição de consultores, quer na posição de potenciais licitantes. Reforça-se, portanto, a necessidade de que o poder público, já no primeiro momento, tenha o conhecimento a respeito do mercado provedor dos estudos para, então, definir as regras concretas de cada PMI” (PEREIRA, Bruno Ramos. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado**: monólogo ou diálogo público-privado? Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2011, p. 17. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2227494/mod_resource/content/1/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2018).

⁵⁴⁰ MONTEIRO, 2015, p. 18.

⁵⁴¹ MONTEIRO, 2015, p. 18.

⁵⁴² PINHEIRO, Armando Castelar. Preparação de Projetos de Infraestrutura no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: IFC, 2015, p. 164.

empresa estatal não poderá simplesmente consultar qualquer agente para colher informações e nem tampouco publicar edital de procedimento de manifestação de interesse para a apresentação de subsídios técnicos. Em tais situações, a contratação de consultores especializados, aliada às contribuições do parceiro privado, quando este já estiver definido, são meios mais apropriados para auxiliar a empresa estatal na estruturação do negócio.

5.1.4 A escolha do parceiro privado

5.1.4.1 Retomando o inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016⁵⁴³

A principal preocupação do legislador em relação às parcerias empresariais público-privadas na Lei n. 13.303/2016 diz respeito à inaplicabilidade das disposições pertinentes à licitação, dispensa e inexigibilidade “nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”, nos termos do inciso II do §3º do artigo 28 desse diploma.

Na linha do que sustentado no Capítulo 3, o foco dessa preocupação é adequar o regime jurídico que permeia a formação dessa comunhão de esforços entre empresas estatais e empresas privadas à racionalidade associativa e empresarial típica das parcerias empresariais (*joint ventures*). É que, sob uma perspectiva instrumental à realização do interesse público subjacente à atuação empresarial do Estado, não seria razoável, nem compatível com os meios de intervenção direta do Estado no domínio econômico, por essa ótica, submeter as parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, à rigidez dos procedimentos pautados pelas disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016.

Ao afastar as parcerias empresariais público-privadas, das disposições pertinentes ao procedimento licitatório e às contratações por dispensa e inexigibilidade de licitação, a Lei n. 13.303/2016 deu cabo à controvérsia doutrinária que ainda persistia acerca da necessidade de

⁵⁴³ No Capítulo 3, foram abordadas algumas especificidades desse dispositivo, no intuito de diferenciá-lo das categorias de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação previstas na Lei n. 13.303/2016 e, principalmente, para definir a oportunidade de negócio como a situação singular propícia à criação ou extinção de parcerias empresariais, transferência de participações societárias e outras contratações com finalidade associativa ou de desestatização que, pelas especificidades da atividade empresarial e características do parceiro privado, são logicamente incompatíveis com o regime geral de contratações das empresas estatais. Para o presente momento, delinear como se processa a escolha do parceiro privado nessas situações que, como se disse na ocasião, não se compatibilizam logicamente com o regime da licitação, dispensa e inexigibilidade.

realização de um procedimento licitatório, nos moldes da Lei n. 8.666/1993, para a seleção dos parceiros privados no âmbito das parcerias estratégicas das empresas estatais, na medida em que parcela da doutrina a qualificava como hipótese de inexigibilidade de licitação.⁵⁴⁴

A solução adotada pela Lei n. 13.303/2016, como destacado no Capítulo 3, não foi nem pela licitação, nem pela sua inexigibilidade. O diploma, pelo seu §3º, enquadrou a formação de parcerias e outras formas associativas em um *tertium genus*, que se convencionou chamar neste estudo de inaplicabilidade de licitação, mas que, em verdade, retrata a inaplicabilidade de todo o regime geral de contrações que contempla os procedimentos licitatório e de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação.

Note-se que a palavra “licitação” é aqui empregada em sentido jurídico-positivo, designando especificamente o procedimento competitivo assim qualificado e regulamentado pela legislação de regência e, no caso das empresas estatais, pelas disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016. Por essa concepção mais restrita, a expressão não pode ser como sinônimo de qualquer procedimento competitivo isonômico voltado à obtenção da contratação mais vantajosa para a Administração. Somente a partir dessa opção terminológica positivista que se pode falar em inaplicabilidade de licitação sem pressupor, necessariamente, a inviabilidade de um procedimento competitivo.

A despeito da inaplicabilidade desse regime geral de contratações, a controvérsia doutrinária ainda subsiste, podendo ser dividida em dois posicionamentos divergentes sobre a interpretação da previsão contida no inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, que prevê a inaplicabilidade de licitação “nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”. Anote-se que ambos os posicionamentos condizem com a ideia de que o regime geral de contratações das empresas

⁵⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer sobre a constituição de sociedade de propósito específico entre empresa estatal e empresa privada para participar de licitações, manifestou o seguinte posicionamento: “Deveras, por tudo quanto foi colhido do texto constitucional e dos princípios nele residentes, é óbvio que uma entidade estatal prestadora de serviço público participante de concorrência jamais poderia eleger com liberdade alguma empresa para apenas nela colher preços e firmar pré-contratos para fornecimento de bens e serviços; contratos, estes, que se tornariam definitivos caso a estatal obtivesse sucesso no certame. Trata-se de algo de evidência solar, pois sobre postergar-se, nisto, sem qualquer razão prestante, o princípio da licitação, tal procedimento estaria a traduzir um favorecimento óbvio a uma dada empresa, com postergação dos princípios da igualdade e da busca do melhor negócio e com evidente risco para o princípio da moralidade administrativa, podendo-se dizer que nisto estaria ocorrendo uma agressão à escala vista ao princípio da impessoalidade, a que alude o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Empresa estatal – associação com empresa privada sem licitação para constituir sociedade de propósitos específicos que disputará licitação de concessão de serviço público – inviabilidade – inconstitucionalidade do art. 32 e §§ da Lei 9.074/95. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 48, 2004, p. 152).

estatais é incompatível e inaplicável à formação das parcerias em oportunidades de negócio, tendo em vista as especificidades dessas contratações. A divergência cinge-se às possíveis consequências decorrentes dessa incompatibilidade.

A primeira corrente sustenta que uma oportunidade de negócio só se configura em função das características particulares do parceiro privado, já que a formação de relações associativas pressupõe a existência de *affectio societatis*.⁵⁴⁵ Para essa corrente, a *affectio societatis* seria uma espécie de sinergia empresarial insuscetível de ser aferida por meio de critérios de julgamento objetivos, daí a absoluta impossibilidade de realização de qualquer espécie de procedimento competitivo. Também para essa corrente, a própria ideia de uma oportunidade de negócio específica e definida já excluiria, de antemão, outras possíveis soluções no mercado adequadas para a formação da parceria e, portanto, qualquer possibilidade de competição.⁵⁴⁶

A segunda corrente vislumbra no dispositivo legal tanto a possibilidade de formação de parcerias com a escolha direta de determinado parceiro privado por suas características particulares, ou seja, sem um procedimento competitivo quando configurada e justificada a inviabilidade de competição, quanto a possibilidade de realização de um procedimento

⁵⁴⁵ Sobre a *affectio societatis*, vale destacar a definição e o posicionamento de Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “Como pressuposto do ato de constituição de sociedade boa parte da doutrina ainda aponta a chamada *affectio societatis*, entendida não como o consentimento, inerente a qualquer negócio jurídico, porém como um estado de ânimo constitutivo de conviver em sociedade com outrem. Considero, entretanto, que essa figura não é pressuposto algum para a formação nem para a manutenção da sociedade ao longo de sua existência” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112).

Luiz Gastão Paes de Barros Leães rebate a pertinência do instituto nas sociedades de economia mista, argumentando “falar de *affectio societatis* em seu sentido primitivo de identidade de interesse dos sócios, constitui, hoje, um anacronismo. Como acentua Garrigues, ao caracterizar o pacto de sociedade ‘pela comunidade de fim e não de interesse’” (LEÃES, 1965, p. 10).

Para uma crítica muito citada sobre à noção de *affectio societatis* e de seu descabimento no moderno direito societário, consulte-se: FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes. “Affectio Societatis”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: _____. **Termas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27-68.

⁵⁴⁶ Veja-se, por todos, a opinião de Bernardo Strobel Guimarães:

“Aqui, o tema deve ser encarado sobre a ótica da gestão da empresa e da seleção a partir de critérios técnicos empresariais. Toda vez que o negócio a ser estruturado não constituir a aquisição pura e simples de bens e serviços (o que exige licitação, cf. art. 28, *caput*), a seleção do parceiro deve se pautar pela lógica da inexigibilidade de licitação. Isso porque não há aqui a possibilidade de se criar uma métrica objetiva para a seleção do parceiro a ser escolhido para explorar o que a Lei chamou de “oportunidade de negócio”. Note-se, portanto, que a parte final da redação do art. 28, §3º, II (que diz “justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”) não é um convite velado à realização da licitação. A referida justificativa serve exatamente para indicar que o vínculo a ser celebrado constitui uma verdadeira “oportunidade de negócio” e não a celebração de um contrato ordinário. Em se estando diante de uma verdadeira “oportunidade de negócio”, o caso será de inexigibilidade, ainda que possa haver outros particulares (em tese) capazes de celebrar vínculo dessa natureza com a empresa estatal.” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **As joint ventures das empresas estatais na Lei 13.303/16**: inexigibilidade de licitação. 16 ago. 2016. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/as-joint-ventures-das-empresas-estatais-na-lei-13-30316-inexigibilidade-de-licitacao/>>. Acesso em: 9 ago. 2018).

competitivo entre os possíveis interessados que seja adaptado às especificidades da atuação empresarial em face de uma oportunidade de negócio, quando não configurada a inviabilidade de competição.⁵⁴⁷ Essa compreensão vislumbra a viabilidade de um procedimento competitivo mesmo em face do preceptivo legal que presume a inviabilidade de um procedimento licitatório submetido à disciplina do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016.

Em consonância com essa segunda corrente, entende-se que a interpretação da hipótese de inaplicabilidade de licitação prevista no inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 mais consentânea com a Constituição Federal é aquela que impede a leitura desse dispositivo como se fosse um cheque em branco para que as empresas estatais não se submetam aos influxos do regime jurídico de direito público que normalmente balizam sua atuação, relegando a escolha do parceiro privado a um juízo de apreço do administrador por esse ou aquele agente econômico. A empresa estatal deve buscar a máxima realização dos princípios da Administração Pública em conformidade com a finalidade de interesse público que vincula o exercício de sua atividade empresarial e, como tal, não pode manejá-las arbitrariamente, mediante conceitos sobremodo subjetivos como a noção de *affectio societatis*, principalmente no que diz respeito à formação de relações associativas.

Nesse ponto, abre-se parênteses para registrar que a distinção entre os regimes jurídicos de direito público e de direito privado, em que pese sua manifestação relevância na dogmática jurídica, não é critério adequado para definir o conjunto de princípios e regras incidentes na formação de suas parcerias empresariais com empresas privadas. Trocando-se em miúdos, os diversos matizes que permeiam o regime jurídico das parcerias empresariais público-privadas não podem ser reconduzidos a essa dicotomia inflexível.

A inaplicabilidade do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 para as parcerias em oportunidades de negócio têm razão de ser na incompatibilidade dos procedimentos ali contemplados em relação à formação dessas relações associativas. Essa incompatibilidade não ocorre porque essas parcerias sejam regidas pelo direito privado, mas sim porque reclamam estruturação casuística e dinâmica, que remete à competência discricionária do administrador,

⁵⁴⁷ É o posicionamento de Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr:

“As Estatais devem avaliar as condições de cada oportunidade de negócio e decidir o melhor caminho. Pode-se entender que, numa dada situação, seja adequado realizar chamamento público, vinculado a edital, aberto a quaisquer interessados, em procedimento que se enroniza com o regime de Direito Público. Noutras situações, em face de suas peculiaridades, esse procedimento, amparado em padrões predeterminados e inflexíveis pode ser extremamente desvantajoso para as Estatais, pode importar, inclusive, na perda da oportunidade de negócio ou na perda de interessados. A opção do Legislador, em tudo legítima, foi a de afastar as normas de Direito Público em relação às oportunidades de negócio ou, na mais tenué das hipóteses, permitir que as Estatais adotem o modelo e o regime que lhes sejam mais vantajosos” (NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 31).

resguardados os próprios limites dessa competência. Conquanto não se possa antever, aprioristicamente, quais os critérios de estruturação e seleção do parceiro privado, também descabe estender a todas essas parcerias um conjunto de regras pré-estabelecido com base na distinção entre direito público e direito privado.

A crítica empreendida contra o reducionismo que permeia a distinção entre regime jurídicos de direito público e de direito privado assemelha-se a constatação formulada Floriano de Azevedo Marques Neto, quanto às mazelas da chamada “maldição do regime jurídico único”. Segundo o doutrinador, a ideia de um regime jurídico único para as contratações públicas “impede a modulação do regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a eficiência da máquina pública. Tende a tornar as relações de que participa o Estado relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos direitos dos administrados”.⁵⁴⁸ O administrativista prossegue, expondo conclusão que se amolda perfeitamente às parcerias empresariais:

Note-se que não estamos a dizer que os contratos firmados pela Administração Pública não mereçam tratamento legal distinto do Direito Civil. O fato de haver um núcleo de dispositivos do Código Civil que (por corresponderem ao contrato como instituição da teoria geral do Direito e não apenas do Direito Privado) são aplicáveis também aos contratos administrativos não elide que o Direito Público contenha regras específicas, seja para assegurar o exercício das funções pública dependentes do ajuste seja para conferir proteção ao particular contra a exorbitância do uso da autoridade. Contudo, essas regras deverão corresponder em cada distinta modalidade de contrato ao quanto necessário para adaptar o regime obrigacional às peculiaridades de ação estatal. Nada mais.⁵⁴⁹

Por essa lógica, talvez mais danosa do que a maldição do regime jurídico único das contratações públicas seja a maldição da dicotomia de regimes jurídicos, que propõe uma classificação apriorística das atividades exercidas pelas empresas estatais fundada em dois extremos aparentemente inconciliáveis entre si. Tome-se o exemplo da distinção entre atividades-meio e atividades-fim, que, segundo essa linha, encontraria paralelo na distinção entre regime de direito público e de direito privado. Tal qual o regime jurídico único, essa dicotomia inviabiliza a modulação do regime da contratação em virtude da finalidade da ação administrativa e impede a eficiência da máquina pública, além de negar a natureza híbrida do regime jurídico das empresas estatais.

⁵⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo – AASP**, São Paulo, Ano XXIX, n. 107, p. 74-82, dez. 2009, p. 78.

⁵⁴⁹ MARQUES NETO, 2009, p. 79.

Nesse contexto, reforçando-se a impertinência dessa dicotomia nas parcerias empresariais público-privadas, não é demais lembrar que a Administração Pública não se liberta dos princípios e finalidade oriundos do direito público quando emprega instrumentos de direito privado em atividade essencialmente reservada aos particulares, como no caso da exploração de atividade econômica em sentido estrito. O legislador até pode aproximar a atuação das empresas estatais e das empresas privadas, sobremodo quando necessário para a persecução de um interesse público pela estatal, mas jamais equipará-las, mesmo porque onde nas primeiras impera função pública, nas segundas vige autonomia da vontade.

Em essência, na medida em que se refuta a dualidade de regimes jurídicos como critério inflexível e apriorístico de definição do regime jurídico das parcerias empresariais público-privadas, cai por terra a ideia de que a inaplicabilidade das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 seja sinônimo de submissão dessas parcerias a um regime jurídico puramente privado, fundado na livre iniciativa e na autonomia da vontade. Considerase, pois, um equívoco afirmar que as licitações nas empresas estatais são regidas exclusivamente pelo regime de direito público, enquanto as parcerias em oportunidades de negócio se submetem a um regime jurídico puramente privado.

A bem da verdade, todas as contratações realizadas pelas empresas estatais, independentemente de se tratar de contratos de intercâmbio ou contratos associativos, são regidas por um modelo jurídico híbrido retratado nos incisos §1º do artigo 173 da Constituição Federal. Esse modelo admite que a Administração exerça atividade empresarial ora mais alinhada com preceitos característicos do direito público, ora mais alinhada com o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive com o emprego de instrumentos oriundos do direito privado. Em ambos os extremos, a empresa estatal não deixa de submeter-se aos princípios do *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, que, por sua vez, não se compatibilizam com os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Eis as razões pelas quais a autonomia da vontade e a liberdade contratual, subjacentes à noção imprecisa de *affectio societatis*, como princípios garantes do exercício da liberdade de associação privada, nem sempre se compatibilizam com o exercício da função administrativa.⁵⁵⁰ Rafael Wallbach Schwind observa que “[d]ada a ausência de conteúdo normativo e a absoluta imprecisão do conceito, a noção de *affectio societatis* revela-se

⁵⁵⁰ Na lição de Sérvulo Correia, “[m]uito embora represente um momento intrinsecamente criativo, a autonomia pública constitui ainda um meio peculiar de aplicação de normas jurídicas dotadas de abertura e, portanto, conhece sempre uma margem de vinculação quanto aos pressupostos e aos efeitos de direito e é vinculada quanto ao fim e, também, na determinação do conteúdo, por princípios gerais como os da imparcialidade e proporcionalidade” (CORREIA, 2013, p. 778).

imprestável para servir de parâmetro ao Estado na escolha de um sócio privado”⁵⁵¹ e prossegue, logo adiante:

Ainda que se admitisse, por hipótese, que a confiança recíproca e a identidade de objetivos fossem dados relevantes para a escolha do sócio, isso não impediria a realização de um procedimento seletivo. Afinal, o ente estatal pode ter confiança em mais de um particular, sendo que todos eles poderão ter o propósito de se associar à Administração em um empreendimento – tendo, assim, um objetivo em comum com o do Estado. E mesmo que o ente estatal tivesse confiança em apenas um possível sócio, sua escolha deveria se pautar por critérios objetivos que eventualmente justificassem essa confiança.⁵⁵²

Acresça-se que, embora tenha expressamente afastado o regime jurídico da licitação pública, a Lei n. 13.303/2016 não dispôs que a formação das parcerias em oportunidades de negócio prescinde de qualquer parâmetro de controle, critério objetivo ou mesmo de um procedimento competitivo em condições isonômicas para a escolha do parceiro privado. Nem poderia o legislador simplesmente estabelecer em abstrato uma zona de liberdade ilimitada e sem justificativa para as empresas estatais contratarem e se associarem com terceiros, notadamente porque, pelos motivos já explicitados, as estatais também devem observar no exercício de suas atividades, dentre outros preceitos normativos, aos princípios constitucionais da isonomia, eficiência, moralidade e impessoalidade.⁵⁵³

Destarte, rememorando-se o que afirmado no Capítulo 3, a contratação direta do parceiro privado nem sempre decorre da impossibilidade de competição, mas sim da inviabilidade lógico-jurídica de um procedimento competitivo, nos termos do inciso II do § 3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016. Tampouco o afastamento do dever de licitar, por si só, supõe a inviabilidade da realização de outro tipo de procedimento competitivo, mesmo porque, parafraseando Carlos Ari Sundfeld, “as hipóteses às quais se aplica o procedimento da licitação não esgotam todos os casos em que, por criar-se para um particular um benefício pessoal direto não generalizável a todos os pretendentes, exige-se um procedimento”.⁵⁵⁴

Dito noutros termos, é possível cogitar que um procedimento competitivo seja viável, a despeito da inviabilidade da licitação. Em sentido oposto, é igualmente concebível que circunstâncias externas à pessoa do particular contratado tornem um procedimento competitivo contraproducente para a persecução do interesse público, ainda que isoladamente

⁵⁵¹ SCHWIND, 2017, p. 272.

⁵⁵² SCHWIND, 2017, p. 274.

⁵⁵³ Em concepção análoga, Carlos Ari Sundfeld apregoa que “[o]s princípios da igualdade e da boa administração, conjugados, determinam a necessidade da adoção de técnicas procedimentais para a decisão. São fundamento da exigência do procedimento” (SUNDFELD, 1987, p. 117).

⁵⁵⁴ SUNDFELD, 1987, p. 116.

se verifique a possibilidade de competição entre uma multiplicidade de possíveis interessados capazes de suprir as necessidades da Administração. Nessa última hipótese, o afastamento de qualquer procedimento competitivo e, consequentemente, de competição entre os possíveis interessados, é medida que se impõe.

Nesse passo, o que o preceito retratado no inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 determina é que, em face da inviabilidade de um procedimento competitivo, deve a empresa estatal explicitar justificadamente essa inviabilidade para formalizar, sem competição, contrato de parceria com empresa privada que detenha as características pertinentes às especificidades da oportunidade de negócio. Ou seja, quando a própria formação da parceria em oportunidade de negócio depender de características singulares de determinado parceiro privado ou houver outra circunstância que, à luz do interesse público, justifique a inviabilidade do procedimento competitivo, resta caracterizada a hipótese de escolha do particular que reúna as características necessárias para a formação e o sucesso do empreendimento econômico de interesse comum.

Em sentido semelhante, leia-se o posicionamento adotado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica do Tribunal de Contas da União relativamente à exegese do que dispõe o inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016:

O legislador não dispensou de forma incondicional as estatais de licitar nos casos considerados como oportunidades de negócio, explicitados no § 4º da Lei 13.303/2016. Ele determinou aos gestores, mesmo quando da identificação de situações consideradas como oportunidades de negócios, que justifiquem a inviabilidade de realização de procedimento competitivo. Em outras palavras, a licitação permanece como regra mesmo nos casos de oportunidades de negócio, sendo excetuada apenas quando da inviabilidade de procedimento competitivo.

Não se trata de liberalidade concedida ao gestor, no sentido de optar ou não pelo procedimento competitivo. Tampouco há dispensa integral de promoção de competição entre eventuais interessados. Diferentemente do posicionamento do memorando aqui analisado, pela inaplicabilidade de licitação, a regra estabelecida pela Lei das Estatais abre a possibilidade de escolha de parceiros, em oportunidades de negócios, porém impõe que se justifique a inviabilidade de competição nesses casos. Assim, a regra impõe a competição; não sendo viável, exige justificativa.⁵⁵⁵

Com efeito, não se discute que a escolha do parceiro privado para a formação de uma relação associativa de longo prazo, com compartilhamento de riscos e resultados, dificilmente poderá realizar-se com a mesma objetividade de uma licitação pública. É igualmente cediço

⁵⁵⁵ A recomendação da SeInfraEnergia foi acolhida, determinando-se à Eletrobras que “preveja em seus normativos que, nas situações que venham a ser enquadradas como oportunidade de negócio, somente deixe de promover processos competitivos naqueles casos em que restar justificada a inviabilidade desses procedimentos” (TCU, Acórdão n. 1.765/2018, Relator: Ministro Aroldo Cedraz, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 01/08/2018).

que uma relação associativa dessa natureza se origina a partir de tratativas e negociações, com concessões recíprocas de ambas as partes instrumentalizadas. No entanto, nada impede que a empresa estatal procure mitigar essas dificuldades com procedimentos que, a um só tempo, visem resguardar a imparcialidade na tomada de decisão, bem como sejam também mais flexíveis e consentâneos com as práticas de mercado.

Sob esse prisma, há que se refutar a ideia de que a sinergia e a afinidade buscadas pela empresa estatal em um sócio estratégico para o estabelecimento de uma relação associativa inviabilizam, aprioristicamente, qualquer possibilidade de competição por parâmetros objetivos de seleção do parceiro privado.⁵⁵⁶ Ao contrário, para que se viabilize a competição, basta que haja uma multiplicidade de empresas privadas com características pertinentes à oportunidade de negócio, que seja possível estabelecer métodos de comparação que indiquem o agente econômico mais adequado para o sucesso do negócio, sem prejuízo de que a estatal venha a negociar os termos dessa associação no curso do procedimento, e que um procedimento competitivo não inviabilize a própria formalização do negócio. Presentes essas circunstâncias, incumbe à estatal adotar mecanismos que dificultem o direcionamento da escolha de forma prejudicial ao interesse público.

A questão, como se vê, não comporta soluções apriorísticas. Se a formação da parceria empresarial compatibilizar-se com alguma espécie de procedimento competitivo entre os possíveis interessados, sem prejuízo à atividade empresarial da empresa estatal, os princípios da isonomia e da moralidade impõem a adoção desse procedimento.⁵⁵⁷ Do contrário, o próprio

⁵⁵⁶ A corroborar essa compreensão, Filipi Machado Guedes cita o exemplo de licitação realizada pelo Estado de Minas Gerais para a seleção de sócio estratégico junto a CEMIG:

“Em 1997, o Estado de Minas Gerais, com o apoio do BNDES, estruturou um processo de desestatização no qual se alienou 33% do capital votante da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG) acompanhado do direito de celebração de acordo de acionistas que concedia poder de influência na gestão da companhia ao comprador. O objetivo desse processo era a atração de um sócio estratégico para a sociedade de economia mista, que, não só aportasse capital, mas contribuísse para sua modernização. Tal procedimento foi feito por meio de leilão, precedido de uma fase de pré-qualificação com o estabelecimento de requisitos técnicos e financeiros para a participação no certame” (GUEDES, 2015, p. 257).

⁵⁵⁷ O raciocínio assemelha-se à lógica da dispensa de licitação, no que se refere à necessidade de apreciação de cada caso concreto, a fim de se verificar a viabilidade do procedimento licitatório, ainda que em face das hipóteses taxativamente previstas em lei: “Já o dispensável denota que a dispensa ainda não foi ultimada, depende de avaliação do agente administrativo, que, diante de uma das hipóteses prescritas nos incisos do artigo 24, deve analisar se a licitação pública realmente produz ou não gravame ao interesse público, retratando competência discricionária. E, reacentua-se, essa competência discricionária é orientada pela norma programática prescrita na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, em razão do que o agente administrativo deve priorizar a obrigatoriedade de licitação pública, tratando de modo paritário, todos os interessados no contrato e preservando, com isso, o interesse público e a moralidade administrativa” (NIEBUHR, 2015, p. 215).

Aliás, mesmo nos casos legalmente elencados como hipóteses de inexigibilidade, como afirma Jessé Torres Pereira, “a lei descreve hipóteses que, além de relativas, somente caracterizam a inexigibilidade se, no caso concreto, a competição for inviável; sendo viável, a licitação é de rigor, posto que o traço distintivo entre a exigibilidade e a inexigibilidade é a viabilidade de estabelecer-se, ou não, a disputa” (PEREIRA JÚNIOR,

interesse público subjacente à contratação autoriza a contratação direta do interessado sem competição. Em qualquer caso, são inaplicáveis os procedimentos licitatório e de dispensa ou inexigibilidade regulamentados no Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 e tanto é assim que o dispositivo alude a procedimento competitivo e não à licitação.⁵⁵⁸⁵⁵⁹

Partindo desse raciocínio, extrai-se do inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 as seguintes conclusões: (a) a escolha direta de um parceiro privado só se justifica em face da inviabilidade de um procedimento competitivo; (b) quando inviável o procedimento competitivo, a escolha do parceiro privado não se submete ao procedimento de contratação por dispensa e inexigibilidade de licitação das empresas estatais e deve ser justificada e ocorrer necessariamente em função de características particulares que se relacionem com a oportunidade de negócio específica e definida⁵⁶⁰; (c) quando viável, o procedimento competitivo também não se submete às disposições à disciplina que rege as licitações nas empresas estatais, devendo ser adaptado às especificidades da formação de relações associativas empresariais em consonância com os princípios administrativos, com etapas e competências pré-estabelecidas, requisitos de habilitação e critérios de avaliação objetiva dos interessados voltados à seleção do parceiro com as características mais adequadas para o aproveitamento da oportunidade de negócio específica e definida.

Para examinar os desdobramentos dessas constatações à luz do regime jurídico das parcerias empresariais público-privadas, é oportuno apartar os casos de inviabilidade e de

Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 342).

⁵⁵⁸ Como observa Rafael Wallbach Schwind no tocante à escolha do sócio privado em participações estatais minoritárias, “a licitação não é o único procedimento capaz de dar cumprimento aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência. Outros procedimentos seletivos também são aptos à aplicação desses princípios, mesmo que não consistam em verdadeiros procedimentos licitatórios (com a publicação de um edital, o estabelecimento de um prazo para a apresentação de documentação e propostas, e assim por diante)” (SCHWIND, 2017, p. 281).

⁵⁵⁹ É interessante notar a natural acolhida dessa solução no direito comparado. De acordo com o Manual de formação de joint ventures elaborado pelo Departamento de Estado do Reino Unido, “[mesmo que a implementação de uma *joint venture* não envolva a prestação de serviços, obras ou bens expressamente sujeitos às regras [de contratação pública] da União Europeia, algum tipo de publicidade e competição ainda deve ser exigida para a seleção do parceiro do setor privado na *joint venture* por força dos princípios do tratado da União Europeia” (HM Treasury. **Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector**. 2010, p. 62. Disponível em <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225321/06_joint_venture_guidance.pdf> Acesso em 20 out. 2018, tradução livre).

⁵⁶⁰ Frise-se que as características particulares do parceiro privado devem nortear a contratação, mas não constituem, necessariamente, a única circunstância capaz de motivar o afastamento de um procedimento competitivo. O parceiro privado deve ser escolhido em face da pertinência de suas características, mas o procedimento competitivo pode ser afastado por outras circunstâncias igualmente incompatíveis com a competição, ainda que não guardem relação direta com essas características do parceiro privado.

vivibilidade de procedimento competitivo para a seleção do parceiro privado nas oportunidades de negócio.

5.1.4.2 Escolha do parceiro privado por inviabilidade de competição

Não é nenhuma novidade que a inviabilidade de competição enseja a contratação direta do particular pela Administração Pública. Em matéria de contratação pública, é consenso que o procedimento licitatório, como qualquer procedimento competitivo, pressupõe a existência de uma pluralidade de objetos e de ofertantes (pressuposto lógico); que o certame seja meio apto para atingir o interesse público que se pretende prover no caso concreto (pressuposto jurídico); e que exista uma pluralidade de possíveis interessados em disputá-la (pressuposto fático).⁵⁶¹ À míngua desses pressupostos, apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello, “o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido”.⁵⁶²

Nesse ponto, convém distinguir duas hipóteses em que não se verifica possibilidade de competição para a formação de qualquer procedimento seletivo entre uma pluralidade de possíveis interessados na formação parceria empresarial, a saber: (i) quando as circunstâncias indicarem que só existe um agente econômico que reúna as características necessárias para suprir as necessidades que motivaram a opção da empresa estatal pela formação de uma parceria empresarial público-privada; ou (ii) quando a realização de um procedimento competitivo, ainda que simplificado, contrapor-se ao interesse público subjacente à contratação, prejudicando a formação ou o sucesso do empreendimento.⁵⁶³

Na primeira hipótese, são as características singulares do parceiro privado, porque insuscetíveis de serem reproduzidas por outros possíveis interessados, que dão causa à inviabilidade do procedimento competitivo. Em tal hipótese, é usual que se identifique a oportunidade de negócio na pessoa do parceiro privado que, por exemplo, detém

⁵⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 556.

⁵⁶² BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 556.

⁵⁶³ Não seria possível elencar todas as hipóteses em que o procedimento competitivo se contrapõe ao interesse público, na medida em que “a inviabilidade de competição é consequência derivada de características existentes na realidade extranormativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 485). Inclusive, reconhece-se que a existência de um único agente econômico apto a formalizar a parceria reflete uma situação em que a realização do procedimento competitivo se contrapõe ao interesse público, pelo que a segunda hipótese abrange a primeira. Entretanto, a relevância prática dos casos em que as características particulares do parceiro privado justificam a sua contratação recomenda a adoção desse critério de discriminem na abordagem das hipóteses de inviabilidade de competição.

exclusividade em determinada *expertise*, tecnologia ou no fornecimento de um dado produto ou serviço relevante à consecução de um empreendimento de interesse da empresa estatal.

Frise-se que a existência de características particulares insuscetíveis de serem reproduzidas em um procedimento competitivo não significa que apenas um sujeito possa executar o contrato. Não é qualquer particularidade de um agente econômico que justifica o afastamento da competição. A questão amolda-se ao conceito de singularidade em matéria de inexigibilidade de licitação, que, no entendimento do Tribunal de Contas da União, “significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado”.⁵⁶⁴

É oportuno salientar que, nessa situação, a exemplo dos casos de contratação de serviços singulares por inexigibilidade de licitação, “a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido”.⁵⁶⁵ Dito de outro modo, não é dado à empresa estatal escolher determinado parceiro por características singulares impertinentes para os fins pretendidos ou de somenos relevância na persecução de sua atividade empresarial. É preciso que, no caso concreto, as características do parceiro privado, ainda que não lhe sejam exclusivas, sejam pertinentes à consecução do interesse público, determinantes para inviabilizar a possibilidade de competição e suficientemente diferenciadas em relação às características ostentadas por outros agentes de mercado.

Já na segunda hipótese, a inviabilidade do procedimento competitivo decorre de circunstâncias externas e alheias às qualidades do particular, não obstante essas qualidades não deixem de ser relevantes para a seleção do parceiro privado. Normalmente, trata-se de razões pertinentes ao risco de comprometimento da oportunidade de negócio por conta da morosidade, da publicidade ou de outras características atinentes à realização de um procedimento competitivo que se revelem incompatíveis com a realização do negócio.

Nos casos de inviabilidade de competição por circunstâncias desvinculadas do parceiro privado, não se discute que possa haver uma pluralidade de possíveis interessados aptos a associar-se com a empresa estatal em um empreendimento econômico. O ponto é que, nessa situação, a simples realização de um procedimento público, com a participação de uma multiplicidade de agentes econômicos e o necessário cotejo das respectivas propostas, poderia

⁵⁶⁴ TCU, Acórdão n. 1074/2013, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 08/05/2013.

⁵⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 569.

comprometer oportunidades de negócio estratégicas para a empresa estatal e cujo aproveitamento reclama maior sigilo e celeridade na formação da relação associativa.

Seguindo essa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello, em excerto sobre dispensa e inexigibilidade de licitação pública que se amolda perfeitamente ao raciocínio ora delineado, observa que “sempre que se possa detectar uma *individosa* e *objetiva* contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o *pressuposto jurídico* da licitação”.⁵⁶⁶

Cumpre registrar que, em ambas as situações, quando restar caracterizada a inviabilidade de competição, mais do que uma faculdade, a escolha do parceiro com características particularmente vinculadas à oportunidade de negócio é obrigação da empresa estatal, como corolário dos princípios da eficiência e da persecução do interesse público.⁵⁶⁷ É que a inviabilidade de um procedimento competitivo não autoriza a empresa estatal a deixar de observar os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência no exercício da função administrativa, daí a constante necessidade de motivação racionalmente adequada ao fim pretendido, que deve necessariamente conformar-se com o interesse público ao qual, por força de lei autorizativa, deve perseguir.⁵⁶⁸ Para resguardar esses princípios, também nas hipóteses de inviabilidade de competição, o emprego da técnica procedural afirma-se imprescindível para resguardar o interesse público subjacente à contratação.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre o tema. Em julgado paradigmático que tratou da legalidade da parceria firmada pela Telebrás diretamente com a empresa Viasat para o compartilhamento do uso da capacidade satelital do Satélite

⁵⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 567.

⁵⁶⁷ Marçal Justen Filho destaca as limitações semelhantes quanto à competência discricionária na escolha do contratado em hipóteses de contratação direta em hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação:

“Por um lado, a Administração terá o dever concreto de evidenciar satisfatoriamente que a realização da licitação será prejudicial. Não bastará a mera invocação dessa justificativa. Será imperioso demonstrar cabalmente como a licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos.

Por outro, a Administração será constrangida a evidenciar que a solução adotada, através de uma contratação direta, representa a melhor alternativa possível para a realização dos fins buscados pelo Estado. Isso significa, inclusive, comprovar a economicidade da contratação e a ausência de desperdício de recursos públicos” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 519).

⁵⁶⁸ Nesse sentido, extrai-se do Regulamento de Licitações e Contratações dos Correios:

3.1.2.1 Na definição das oportunidades de negócio devem ser observados, de forma cumulativa, os seguintes requisitos: a) a definição e especificação da oportunidade de negócio, por meio de documentação comprobatória; b) as características específicas e diferenciadas que definem a escolha do parceiro; c) justificativa da inviabilidade de procedimento competitivo.

O artigo 11 do Regulamento de Licitações e Contratos da Caixa e o artigo 25 do Regulamento de Licitações e Contratos do SERPRO trazem disposições semelhantes.

Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC), a Corte de Contas externou seu posicionamento quanto aos requisitos para a contratação direta do parceiro privado com fundamento na hipótese do inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016:

117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:

- a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do art. 28 da Lei das Estatais;
- b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e
- c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e
- d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.⁵⁶⁹

O posicionamento manifestado pelo Tribunal de Contas da União, embora não seja fundamentado nas mesmas premissas, é compatível com o entendimento sustentado neste estudo quanto à configuração da hipótese de escolha do parceiro privado por inviabilidade de competição. A configuração de uma oportunidade de negócio por meio dos mais variados modelos associativos é condição necessária para a incidência da hipótese do inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, independentemente da eventual realização de um procedimento competitivo. Já os demais requisitos dizem respeito à necessidade de se demonstrar tanto a relevância das características particulares do parceiro privado em relação ao sucesso do empreendimento, quanto a inviabilidade de um procedimento competitivo.

Aliás, quando ausente motivação idônea a justificar a inviabilidade de competição, o posicionamento do Tribunal de Contas da União, ainda que sem adentrar a fundo no tema, também parece cogitar a realização de um procedimento competitivo adaptado à essa lógica associativa. É a constatação que se extrai do seguinte trecho desse mesmo julgado:

135. Outra questão relevante diz respeito à inviabilidade da adoção pela Telebras de um procedimento competitivo para selecionar a parceira. Sobre esse ponto, a estatal, ao avaliar o modelo de parceria proposto pela Viasat, destacou, na nota técnica emitida no dia 22/12/2017, que a inviabilidade da competição decorre da própria dinâmica da parceria que necessita ser ajustada a interesses específicos do parceiro. Também deve ser salientado que as empresas privadas, aparentemente, resistem à ideia de revelar publicamente seus planos de negócios, o que necessariamente aconteceria num procedimento competitivo.

136. Apesar de não considerada desarrazoada essa alegação, julgo que, caso tivessem sido solicitadas propostas para as empresas atuantes no mercado de satélites, sob determinadas diretrizes, teria sido possível conduzir negociações simultâneas com diferentes players. A partir da comparação de modelos e ofertas, a

⁵⁶⁹ TCU, Acórdão n. 2.488/2018, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 31/10/2018.

Telebras teria tido conhecimento das alternativas existentes para o uso da capacidade do SGDC, o que facilitaria a busca pela melhor opção de uso do satélite.⁵⁷⁰

Em síntese do essencial, quando constatada a inviabilidade de um procedimento competitivo para a formação da parceria empresarial público-privada, o parceiro privado deve ser escolhido pela pertinência das suas características particulares em relação à oportunidade de negócio específica e definida. O procedimento de escolha deve contar com justificativa devidamente motivada e que também evidencie a inviabilidade de competição, seja pela singularidade do parceiro privado, seja por outras circunstâncias externas pertinentes à oportunidade de negócio e à atuação empresarial da empresa estatal.

5.1.4.3 Procedimento competitivo de escolha do parceiro privado

Quando restar demonstrada, no caso concreto, a possibilidade de competição entre os possíveis interessados sem prejuízo ao interesse público subjacente à atuação empresarial da empresa estatal, os princípios a isonomia e da eficiência determinam a realização de procedimento competitivo.⁵⁷¹ ⁵⁷²

Em que pese o procedimento competitivo para a formação de parcerias empresariais não possa nem deva ser estruturado nos moldes de uma licitação pública, é imperativo que sejam estabelecidos requisitos de qualificação e critérios de julgamento de ordem técnica, financeira, estratégica, dentre outros parâmetros que, a um só tempo, viabilizem a formação

⁵⁷⁰ TCU, Acórdão n. 2.488/2018, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 31/10/2018.

⁵⁷¹ O §2º do artigo 19 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da CEMIG traz uma definição adequada de procedimento competitivo para a formação de parcerias em oportunidades de negócio:
Art. 19. [...] §2º Considera-se procedimento competitivo qualquer forma de comparação de sujeitos ou de objetos usuais no mercado, divulgada em meios públicos, que permita a manifestação de interesse de mais de um interessado nos negócios referidos no parágrafo anterior.

⁵⁷² Carlos Ari Sundfeld sintetiza essa relação entre possibilidade de competição e a implementação da técnica procedural, à luz dos princípios da isonomia e boa administração:
“Contudo, quando vários sujeitos, todos aptos à obtenção de um benefício, são obrigados a disputar o direito a ele, a ausência de um procedimento administrativo gera automaticamente o agravo à isonomia. Quando a decisão da autoridade pressupõe uma comparação entre qualidades dos sujeitos, para a escolha da opção melhor, é impossível à lei conceber, sem um procedimento específico, técnicas para a decisão que não ensejem tratamento desigualado. Logo, o procedimento administrativo, que chamamos ‘procedimento de competição’, é indispensável.”

De outro lado, temos o princípio da boa administração, pelo qual o administrador está vinculado a encontrar, dentre os precedentes aptos, o melhor para o interesse público, tendo em vista a defesa do patrimônio estatal, a moralidade etc. A ausência de um ‘procedimento de competição’ regular prejudica não só os interesses dos particulares, mas compromete a descoberta desse ‘melhor’ que, como dissemos, só pode ser feita através de uma adequada comparação de vantagens” (SUNDFELD, 1987, p. 117).

de parceria mais vantajosa para a empresa estatal e a observância dos princípios contemplados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Evidentemente, os critérios de habilitação e julgamento estabelecidos pela empresa estatal devem guardar um nexo de adequação e necessidade para com a formação da parceria empresarial público-privada. Repise-se que a intenção é selecionar o parceiro privado por características vinculadas à oportunidades de negócio e não por parâmetros restritivos de somenos relevância. Também aqui, a exemplo do que acontece nas licitações públicas, “[s]e a exigência não for amparada e justificada em interesse público, será ilegítima e ofensiva ao princípio da isonomia”.⁵⁷³

Nesse ponto, convém repisar que a finalidade do procedimento competitivo é assegurar a observância dos princípios administrativos na seleção de um parceiro estratégico para o desenvolvimento conjunto de um empreendimento econômico complexo e de longo prazo e não simplesmente contratar o fornecimento de um bem ou serviço. Esse objetivo exige convergência de interesses, que é elemento característico das relações associativas. Por força dessa necessária compatibilização de interesses, como afirma Maristela Basso em relação às parcerias empresariais no setor privado, “a regra deve ser o diálogo entre os futuros *co-ventures*, conversações francas e abertas, oportunizando informações e conhecimentos necessários sem os quais talvez não se fizesse o negócio”.⁵⁷⁴

Em vista desses parâmetros, é natural que a estruturação no negócio ocorra de forma dialógica, com a delimitação dos direitos e obrigações do parceiro público e do parceiro privado ao longo de tratativas conduzidas no curso do procedimento. Inclusive, é bem possível que essas tratativas ocorram em um procedimento concorrencial, a fim de se identificar em uma pluralidade de possíveis interessados, por critérios com maior grau de objetividade, aquele que melhor atenda às necessidades da empresa estatal.

Dessa circunstância emergem duas características que apartam a formação das parcerias empresariais, do procedimento licitatório: a) ao contrário da licitação, onde a discricionariedade se esgota no instrumento convocatório⁵⁷⁵, a formação das parcerias empresariais reclama competência discricionária que possibilite uma atuação mais flexível

⁵⁷³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.

⁵⁷⁴ BASSO, 1998, p. 151.

⁵⁷⁵ Ainda segundo Marçal Justen Filho, “[o] edital contém as regras fundamentais acerca da licitação, disciplinando as exigências que serão impostas aos interessados e as regras procedimentais que serão adotadas. Sob esse ângulo, edital e convite retratam o exercício de poderes discricionários que, uma vez exercidos, exaurem-se. A normatividade do ato convocatório não significa inovação no mundo jurídico, função privativa da lei. Consiste na seleção pela Administração das opções a que se vinculará posteriormente” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 705).

tanto por parte do parceiro público, quanto por parte do parceiro privado⁵⁷⁶; b) ao contrário da licitação, o exame das características subjetivas dos concorrentes não se esgota na etapa de qualificação e adquire especial relevância como critério de seleção do parceiro privado.⁵⁷⁷

Na linha desse posicionamento, o Tribunal de Contas da União realizou auditoria sobre os instrumentos e mecanismos de formação e acompanhamento de empreendimentos estruturados sob a forma de sociedades de propósito específico (SPE) em Furnas Centrais Elétricas S.A. Constatou-se, na ocasião, dentre outras irregularidades, a ausência de política ou norma formalmente instituída sobre o processo de seleção de parceiros para as sociedades de propósito específico. Por essa razão, a Corte de Contas determinou que a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás) implementasse procedimentos competitivos estruturados, com etapas e competências bem definidas, além de critérios de habilitação e julgamento para a escolha do parceiro privado. Eis o teor da recomendação constante no Acórdão n. 2.063/2016 da relatoria do Ministro Vital do Rego:

9.2. recomendar, com fulcro no inciso III do art. 250 do Regimento Interno do TCU, à Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás) que:

9.2.1. oriente suas subsidiárias que participam em SPE a elaborarem e a implementarem normas formais e detalhadas, mediante atos administrativos próprios (resolução, instrução normativa, regulamento, manual, portaria ou congênero), para regular a forma pela qual o processo de seleção de parceiros para SPE deve ser conduzido, com a especificação de regras sobre, no mínimo: responsabilidades e níveis de competência do processo; etapas a serem seguidas; requisitos de qualificação técnica, econômico-financeira, jurídica e operacional; documentos a serem apresentados pelos proponentes; natureza e definições sobre os critérios a serem usados para a avaliação de interessados; faixas possíveis de pesos a serem atribuídos aos diferentes critérios; prazos a serem seguidos; procedimentos a serem

⁵⁷⁶ Noutros termos, vale dizer que os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo atuam com menos rigor nas parcerias do que nas licitações públicas, onde só é dado ao particular influir no conteúdo da relação obrigacional nos exatos termos de sua proposta e tudo o mais é imposto unilateralmente pela Administração Pública, que, por sua vez, só atua em estrita conformidade com o que estabelecido no instrumento convocatório. Isso não significa que a empresa estatal possa deixar de observar o instrumento convocatório, o que seria o mesmo que torná-lo despiciendo. O que se pretende afirmar é que não será incomum que o instrumento convocatório contemple critérios de avaliação das especificidades de cada parceiro privado mais abertos, que possibilitem a avaliação da idoneidade de cada interessado por métodos que transcendem a simples verificação de certidões e atestados, inclusive com o emprego de típicos instrumentos da área de fusões e aquisições, como a *due diligence* empresarial.

⁵⁷⁷ No âmbito da formação de *joint ventures*, cuja lógica se aplica em boa medida às parcerias empresariais público-privadas, Maristela Basso sugere alguns aspectos subjetivos que podem ser considerados na definição a da compatibilidade e complementaridade entre os possíveis parceiros de uma empresarial: a) sucesso em acordos de cooperação ou joint ventures presentes ou passados; b) compatibilidade no relacionamento; c) similaridade nas estruturas administrativa e operacional; d) tipo de organização das empresas, utilizando-se critérios geográficos, funcionais, etc; e) estratégias de marketing e de transporte, bem como a filosofia de tratamento a clientes; f) as políticas de controle de manufatura, de recursos e de qualidade; g) a filosofia de condução de questões financeiras e sua observância; h) a compatibilidade do tipo de propriedade (empresa pública, privada, mista); i) política trabalhista, bem como condução das relações de trabalho. (BASSO, 1998, p. 152)

observados; formas de publicação de resultados; e procedimentos a serem seguidos em casos excepcionais em que seja necessária maior agilidade e flexibilidade;⁵⁷⁸

Analisando-se o inteiro teor do acórdão do Tribunal de Contas, extrai-se o fundamento de que “a inexistência de diretrizes e parâmetros gerais (principalmente no que diz respeito à definição da natureza e dos pesos atribuídos aos critérios de avaliação dos interessados), pode não garantir níveis adequados de transparência, controle, objetividade, impessoalidade e formalidade, necessários à administração de uma companhia do porte e da natureza de Furnas”.⁵⁷⁹ Ou seja, os princípios aplicáveis às empresas estatais reclamam a predefinição de critérios republicanos de escolha do parceiro privado.

Nessa mesma assentada, a Corte de Contas também consignou que esses procedimentos deveriam contemplar “faixas possíveis de pesos”, bem como “procedimentos a serem seguidos em casos excepcionais em que seja necessária maior agilidade e flexibilidade”, reconhecendo a necessidade de que essas contratações sejam proceduralizadas e adaptadas às especificidades do caso concreto, bem como excepcionalmente flexibilizadas quando houver necessidade em prol do interesse público.

Em cumprimento a essa determinação, a Eletrobrás revisou seu Manual de Sociedades de Propósito Específico, dispondo que “o chamamento público é procedimento jurídico a que está obrigada a administração pública, em território nacional”.⁵⁸⁰ O Manual estabelece que a seleção dos parceiros deve observar critérios mínimos de qualificação, compreendendo: a) capacidade financeira de cumprir os objetivos do projeto, com medida por indicadores de solvência; b) Capacidade de oferecer garantias para financiadores, como o BNDES e outros bancos de fomento e de empréstimo e financiamento, com verificação dos limites de crédito com banco ou outras instituições e *rating* independentes, no mínimo igual ao risco da Eletrobras; c) Idoneidade e princípios éticos da empresa e seus responsáveis; d) Adequado relacionamento em parcerias com a Eletrobras e suas empresas e conceito superior no mercado de capitais; e) Práticas avançadas de governança corporativa, tais como as estabelecidas nos níveis I e II e no Novo Mercado da Bovespa, bem como adesão às práticas de governança das Empresas Eletrobras; e f) Certidões de adimplência de caráter geral (União, estados e municípios).⁵⁸¹

⁵⁷⁸ TCU, Acórdão n. 2.063/2016, Relator: Ministro Vital do Rego, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 10/08/2016.

⁵⁷⁹ TCU, Acórdão n. 2.063/2016, Relator: Ministro Vital do Rego, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 10/08/2016.

⁵⁸⁰ ELETROBRÁS, 2017, p. 29.

⁵⁸¹ ELETROBRÁS, 2017, p. 27.

Para além de requisitos mínimos de qualificação, o Manual da Eletrobras ainda prevê que suas subsidiárias devem considerar os seguintes parâmetros na definição dos critérios de seleção do parceiro privado:

a) financeiro: capacidade destas empresas de arcar com os investimentos e garantias exigidos pelo negócio. Além do patrimônio líquido, índice de liquidez corrente e índice de garantia de capital de terceiro poderá ser analisado, entre outros, os seguintes: [...]; b) estratégico: motivação das Empresas Eletrobras na seleção subjetiva dos parceiros, incluindo a experiência do parceiro em implantação ou em operação em empreendimentos objeto do leilão (proibição de EPCista, diversificação de riscos de não concentrar todas as parcerias com um mesmo sócio, histórico de boas parcerias etc.); c) técnicos: possibilidade das empresas possuírem estudos de otimização para o empreendimento que possam incorporar ganhos diferenciais de competitividade, além de elementos que possam incorporar ganhos de sinergia à futura parceria; d) idoneidade: realização de uma *background check* (*verificação de antecedentes*) sobre qualquer possível representante ou sócio de *joint venture* (*em parceria*).⁵⁸²

A despeito dessa apreciação ser de responsabilidade da empresa subsidiária que integrará a parceria empresarial, nos termos desse Manual, a palavra final sobre a escolha dos sócios estratégicos de suas subsidiárias ainda incumbe ao Conselho de Administração da Eletrobras (*holding*), que, ainda segundo o Manual, analisará, dentre outros parâmetros, “a capacidade financeira da empresa (incluindo sua capacidade de investimento, nível de endividamento, lastro para a prestação de garantias, patrimônio líquido da empresa e índices de liquidez), histórico de atuação da empresa no setor elétrico, atendimento à legislação anticorrupção, conhecimento específico do empreendimento objeto da parceria, intenção de ser apenas investidor e não ter interesse em fornecimento”.⁵⁸³

O posicionamento do Tribunal de Contas da União, no que foi seguido pela Eletrobras, filiou-se à compreensão de que, embora não se submeta à exigência de licitação, a escolha de empresa privada ou consórcio de empresas como sócio estratégico de empresa estatal deve observar os princípios da Administração Pública, em especial os princípios da impessoalidade e da motivação que regem as contratações das empresas estatais. Também chama atenção que o Tribunal de Contas deixou em aberto à estatal a definição dos critérios mais adaptados a cada caso concreto, reconhecendo, inclusive, que as circunstâncias poderão justificar a flexibilização do procedimento com vistas à realização do interesse público. O Manual da Eletrobras apenas estabelece diretrizes gerais que devem nortear as suas subsidiárias e

⁵⁸² ELETROBRÁS, 2017, p. 28.

⁵⁸³ ELETROBRÁS, 2017, p. 29.

controladas na estruturação dos procedimentos de seleção de sócios estratégicos, atendendo à necessidade de estruturação de cada procedimento à luz do caso concreto.

O modelo mais comum de procedimento competitivo dessa natureza é a realização de um chamamento público, iniciado pela empresa estatal com o lançamento de um edital dando publicidade à sua intenção de selecionar um parceiro privado para o desenvolvimento de determinado empreendimento.⁵⁸⁴ Não há previsão normativa que regulamente o chamamento público no âmbito das empresas estatais. A expressão é empregada para designar procedimentos seletivos, deflagrados por órgãos e entidades da Administração Pública, que não se submetem ao regramento das licitações públicas e que envolvam as mais variadas escolhas públicas em benefício de um particular, como a concessão de patrocínios, subvenções sociais e, como na hipótese, a formação de parcerias empresariais.⁵⁸⁵

As etapas do chamamento público variam conforme as características da oportunidade de negócio, com maior ou menor grau de objetividade.⁵⁸⁶ Em regra, há uma fase de

⁵⁸⁴ O chamamento público é o instrumento usualmente empregado por empresas estatais para a escolha de um sócio estratégico em face de uma multiplicidade de possíveis interessados. Especificamente no campo da formação das parcerias por empresas estatais, Pedro Eduardo Fernandes Brito define a chamada pública como “o procedimento utilizado por algumas empresas estatais, integrantes da administração indireta, com o objetivo de criar sociedades ou outras formas associativas com pessoas jurídicas de direito privado, de modo a conferir publicidade e tratamento não discriminatório à seleção de parceiros, mediante um procedimento auditável, visando à prestação de serviços públicos ou à exploração de atividade econômica inseridos no seu campo de atuação” (BRITO, 2017, p. 17).

⁵⁸⁵ Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União também já se manifestou favorável à legalidade de chamamento público realizado pela Telebras com o objetivo de selecionar sócio estratégico para a exploração de capacidade satelital, forte na incidência dos princípios da Administração Pública e ressaltando, em linha com a acepção defendida desse estudo, que o chamamento público não se confunde com uma licitação: “23. Cumpre destacar que, ao prover a infraestrutura de telecomunicação, a Telebrás atua diretamente no seu domínio econômico próprio, conforme preceitua o art. 173 da Constituição Federal de 1988, exercendo atividades finalísticas que lhe cabem por força de seu estatuto. Nesse sentido, o procedimento de chamamento público sob commento não configura um procedimento licitatório. Na verdade, trata de um mecanismo elaborado pela empresa sob o fito de, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, conferir lisura e transparência ao processo, não se vinculando à Lei Geral de Licitações nem a qualquer outro diploma semelhante. [...]”

26. Não obstante os argumentos apresentados acima, julgo que a empresa estatal sempre deverá respeitar os princípios constitucionais e legais que regem a administração pública, tais como a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a isonomia e o interesse público. Por via de consequência, embora realizando atividade finalística própria de seu objeto social, a Telebrás não detém uma discricionariedade irrestrita para escolher quem quiser, mesmo sendo dispensável a licitação. Ao contrário deve ser realizado um processo competitivo isônomo, impessoal e transparente, com observância dos princípios constitucionais.

27. Em conformidade com esse entendimento, a Telebrás optou por realizar um chamamento público, precedido por uma audiência pública, com o objetivo de expor à sociedade os mecanismos adotados para selecionar parceiros para atender aos usuários finais dos serviços de telecomunicações. Note-se que essa opção também levou em conta o limitado número de empresas que poderiam participar da disputa pela utilização da capacidade satelital” (TCU, Acórdão n. 2.033/2017, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Órgão Julgador: Plenário, 13/09/2017).

⁵⁸⁶ Como prevê, por exemplo, o artigo 36 do Regulamento Interno de Licitações e Contratações da SABESP, que disciplina a chamada pública nos seguintes termos:

qualificação, cuja finalidade é eliminar concorrentes que não reúnam requisitos mínimos para a contratação. Na sequência, uma fase de seleção do parceiro privado dentre os concorrentes remanescentes, com critérios que podem envolver aspectos pertinentes à pessoa do interessado, à qualidade técnica de determinado projeto ou, ainda, uma rodada de negociações a fim de se obter o modelo associativo mais vantajoso para a empresa estatal.

Mesmo após a seleção do parceiro privado, procede-se a uma fase de negociações dos termos da parceria, que eventualmente podem acarretar na obtenção de condições mais vantajosas tanto para a empresa estatal, quanto para o parceiro privado. A negociação exige cuidado redobrado para não desnaturar o objeto submetido ao crivo da competição, favorecendo indevidamente o particular. Por força do princípio da isonomia que impôs a implementação do procedimento competitivo, as negociações empreendidas após a seleção do parceiro não poderão modificar o objeto da parceria, em benefício do particular, a tal ponto que se verifique que essas novas condições poderiam ter ampliado substancialmente o número de possíveis interessados em participar da competição.

Na estruturação desse procedimento, a empresa estatal pode adotar arquiteturas semelhantes às modalidades de licitação previstas na Lei n. 13.303/2016 ou se valer de instrumentos voltados à análise de projetos que não costumam integrar procedimentos competitivos para a formalização de relações associativas.

A título ilustrativo, pode-se mencionar o procedimento de manifestação de interesse privado, normalmente adotado na etapa de planejamento do negócio. Nas parcerias em oportunidades de negócio, o procedimento de manifestação de interesse privado permite que os interessados em associar-se com a empresa estatal apresentem projetos de parcerias em oportunidades de negócio com diferentes soluções capazes de atender a determinada necessidade identificada pela estatal. A técnica pode ser utilizada na própria seleção do parceiro privado. A adoção do procedimento de manifestação de interesse privado na fase de escolha do parceiro privado permite que a empresa estatal selecione o candidato que apresentar o melhor projeto para o desenvolvimento de um empreendimento econômico de

Art. 36. No caso da hipótese de inaplicabilidade de licitação prevista no inciso II do artigo anterior, a Sabesp poderá, caso entenda benéfico para a realização da oportunidade de negócio em questão, realizar chamada pública, na qual entidades privadas e/ou públicas poderão apresentar propostas de parcerias para a Sabesp.

I. A chamada pública pode ter como objeto: (a) oportunidades de negócio específicas; ou (b) áreas nas quais a Sabesp deseja desenvolver novos negócios; II. A chamada pública deverá conter os critérios mínimos que serão utilizados pela Sabesp para avaliação das propostas de parcerias recebidas e também das sociedades que as submeterem; e III. O processo de avaliação das propostas será feito por Comissão indicada para gerir cada procedimento, acompanhada pela unidade de *compliance* responsável da Sabesp.

interesse comum. Evidente que nesse caso, tratando-se de uma relação associativa, outros critérios pertinentes à pessoa do contratado haverão de concorrer para a seleção do parceiro.

Outra possibilidade é a utilização de técnicas competitivas que viabilizem a avaliação de propostas com diferentes soluções para determinada necessidade administrativa, mediante negociações travadas entre os interessados e a Administração contratante, como a adoção do diálogo competitivo entre os possíveis interessados na formalização de parceria empresarial com empresa estatal. O instituto é definido pelo Projeto de Lei n. 6.814/2017 como sendo “modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo”, nos termos do inciso XLI do artigo 5º do Projeto de Lei que visa substituir a Lei n. 8.666/1993.⁵⁸⁷

Note-se que as finalidades do diálogo competitivo, tal como retratadas no *caput* do artigo 29 do Projeto de Lei n. 6.814/2017, vão ao encontro da lógica subjacente à formação das parcerias empresariais em oportunidades de negócio:

Art. 29. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração:

I – vise a contratar objeto que envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
 - b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
 - c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado;
- II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
- a) a solução técnica mais adequada;
 - b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; ou

⁵⁸⁷ O procedimento de diálogo competitivo é regulamentado no § 1º artigo 29 do referido Projeto de Lei:

Art. 29. [...] § 1º Na hipótese de diálogo competitivo, será observado o seguinte: I – quando da publicação do instrumento convocatório, a Administração divulgará apenas suas necessidades e as exigências já definidas; II – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital; III – é vedada a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante; IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento; V – o diálogo poderá ser mantido até que a Administração identifique a solução que atenda às suas necessidades; VI – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas; VII – ao declarar que o diálogo foi concluído, a Administração abrirá prazo não inferior a 20 (vinte) dias para que os licitantes apresentem suas propostas finais, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto; VIII – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência entre as propostas; IX – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios a serem divulgados a todos os licitantes no momento da abertura do prazo para apresentação de propostas finais; X – o diálogo competitivo será conduzido por banca composta de pelo menos 3 (três) servidores ou empregados públicos efetivos, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da banca; XI – órgãos de controle poderão acompanhar e monitorar os diálogos. § 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso X do § 1º assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; e
III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

Pelo diálogo competitivo, observa Irene Nohara, “a iniciativa privada irá abrir sua *expertise* ao Poder Público, que deve tratar com sigilo das técnicas e soluções apresentadas, pretende-se, pois, inserir na Lei de Licitações uma determinação para a Administração não revelar aos outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento”.⁵⁸⁸ Nesse sentido, o diálogo competitivo possibilita que a empresa estatal acesse diferentes soluções inovadoras apresentadas pelos agentes de mercado para o aproveitamento de uma oportunidade de negócio, verificando, em face dessa multiplicidade de soluções, aquela que reputa mais adequada para as suas necessidades.

Embora o diálogo competitivo ainda não esteja positivado no ordenamento jurídico pátrio e seja projetado como modalidade licitatória, nada impede que esse e outros modelos sejam regulamentados internamente pelas empresas estatais empregados no bojo de um procedimento competitivo voltado à formação de uma parceria em oportunidade de negócio, notadamente porque, como se viu, a formação dessas parcerias não se submete às disposições aplicáveis à licitação pública. O importante, vale repetir, é que a incompatibilidade dessas parcerias com o procedimento licitatório não relegue a escolha do parceiro privado ao arbítrio do administrador, distanciando-se dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência administrativa, quando for possível implementar um procedimento competitivo que viabilize a competição entre os interessados sem prejudicar a atuação empresarial da empresa estatal.

5.2 MECANISMOS DE CONTROLE SOBRE AS PARCERIAS EMPRESARIAIS PÚBLICO-PRIVADAS

A tutela dos princípios e regras que balizam as parcerias empresariais público-privadas exige a submissão dos atos praticados por seus controladores e administradores aos múltiplos mecanismos de controle que operam sobre a atuação das empresas estatais. Esse controle é tanto mais necessário, quanto maior a competência discricionária na tomada de decisão.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo.** Disponível em < <https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/>> Acesso em 09 set. 2018.

⁵⁸⁹ Especialmente nas relações associativas público-privadas, que, por exigirem soluções casuísticas adaptadas à realidade do mercado – e, portanto, mais discricionárias – não se submetem ao regime de licitações. Bem por isso, Marçal Justen Filho assinala que “a redução do formalismo e a flexibilização dos procedimentos de

Dessa circunstância, deflui que, quando se trata de reduzir os riscos de desvio de finalidade que são acentuados por conta da flexibilidade e da atipicidade inerentes à estruturação dessas parcerias empresariais, os mecanismos de controle são tão ou mais relevantes quanto o procedimento de estruturação e de escolha do parceiro privado.⁵⁹⁰

Com efeito, seria despiciendo descrever toda a sistemática de controle interno e externo da atividade administrativa apenas para delimitar os mecanismos de controle que atuam sobre as parcerias empresariais público-privadas. O enfrentamento do tema, entretanto, reclama o resgate de alguns aspectos relevantes em matéria de controle da atividade empresarial da Administração Pública.

Nesse sentido, repise-se que o controle interno é aquele exercido por meio de órgãos e entidades pertencentes à própria Administração Pública, via de regra, integrados à estrutura organizacional do Poder Executivo, com fundamento constitucional nos artigos 70 e 74 da Constituição Federal. Já controle externo é exercido basicamente pelos poderes Judiciário e Legislativo, este com o auxílio do Tribunal de Contas, com assento constitucional no princípio da inafastabilidade da jurisdição retratado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, além dos artigos 70 e 71 do texto constitucional, respectivamente.

No âmbito do controle interno, as empresas estatais submetem-se a diversos órgãos e entidades administrativas com a incumbência de fiscalizar as suas atividades, dentre as quais cabe destacar as seguintes: (i) órgãos internos pertencentes à estrutura organizacional da

contratação no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica apenas pode ser admitido se existirem outros mecanismos de controle adequados e satisfatórios” (JUSTEN FILHO, 2016a, p. 288).

Com efeito, assertiva de que o controle é mais importante quanto maior a competência discricionária tem embasamento na relação direta entre o fenômeno da corrupção e a extensão da discricionariedade e na relação inversa entre o fenômeno da corrupção e a existência de mecanismos de transparência e controle (*accountabilizy*). Essa formulação ganhou notoriedade a partir dos estudos economista americano Robert Klitgaard, que propôs a fórmula segundo a qual C (corrupção) = M (monopólio do poder) + D (discricionariedade) – A (*accountability*, expressão que pode ser traduzido como a obrigação de prestar contas sobre determinada atividade com regularidade, transparência e responsabilidade, à sociedade civil e/ou aos órgãos de controle). Nas palavras de Klitgaard: “Much can be said about the kinds of governments, and more generally the kinds of institutions be they public, private, or nonprofit, that are susceptible to corruption. Corruption tends to be reduced by the separation of powers; checks and balances; transparency; a good system of justice; and clearly defined roles, responsibilities, rules, and limits. Corruption tends not to thrive where there is a democratic culture, competition, and good systems of control, and where people (employees, clients, overseers) have rights to information and rights of redress. Corruption loves multiple and complex regulations with ample and uncheckable official discretion” (KLITGAARD, Robert. **Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention.** Washington: World Bank, 2000, p. 26).

⁵⁹⁰ A palavra “controle” pode significar poder de direção, sendo empregada nesse sentido “em oposição à hierarquia, e designa o poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 155). O controle também pode significar poder de fiscalização, vigilância e verificação, de modo que “[n]ão é, portanto, absurdo falar-se atualmente, em português, de ‘controle do controle’, problema aliás fundamental de toda organização social, o que sublinha fortemente a ambiguidade do termo” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 28). No presente tópico, a expressão é empregada nessa última acepção, ou seja, como poder de fiscalização e poder sancionatório sobre os atos praticados nos processos de formação e implementação das parcerias empresariais público-privadas.

própria empresa estatal; (ii) órgãos da Administração direta à qual se encontra legalmente vinculada, sob relação de tutela administrativa (supervisão ministerial); (iii) outros órgãos da Administração direta e entidades autárquicas em regime especial, também pertencentes à Administração indireta e dotadas de autonomia administrativa para a regulação e fiscalização de determinadas matérias, como a Controladoria Geral da União, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e agências reguladoras que disciplinam e fiscalizam diversos setores econômicos, entre outras.

O que atrai a competência dos mecanismos de controle das empresas estatais para as parcerias empresariais público-privadas é, logicamente, a presença de uma empresa estatal em um dos polos dessa relação jurídica e o emprego de recursos pertencentes a essas entidades, pelo que controle atua primeiramente sobre a perspectiva da empresa estatal. Ao incidir sobre a atuação da empresa estatal, os mecanismos de controle também operam sobre os contratos firmados pela estatal com empresas privadas e sobre os demais atos praticados no âmbito de sua atividade empresarial, aí compreendido a atuação da empresa estatal na qualidade de acionista majoritária ou minoritária em outras empresas subsidiárias e privadas ou, ainda, na condição de consorciada em consórcio empresarial.

A atuação dos mecanismos de controle interno e externo das empresas estatais sobre as parcerias empresariais público-privadas varia em extensão e intensidade, a depender das competências do órgão controlador e das características da atividade controlada. A extensão diz respeito ao espectro de incidência da atuação do órgão controlador – ou seja, à delimitação das pessoas e atividades que estão submetidas ao seu controle – ao passo que a intensidade refere-se aos parâmetros que norteiam a atividade fiscalizatória do órgão controlador sobre a atuação da empresa estatal.

Para delimitar a extensão da atuação dos órgãos de controle nas parcerias empresariais público-privadas, é oportuno analisar o fenômeno apartando-se a perspectiva do controle exercido sobre o contrato firmado após o procedimento de formação dessas parcerias e a perspectiva do controle exercido sobre a atuação da sociedade de propósito específico constituída como consequência dessa parceria e que assumirá a incumbência de desenvolver o empreendimento econômico de interesse comum em nome próprio.

Sob a perspectiva contratual, a atuação dos órgãos de controle sobre a formação das parcerias empresariais público-privadas é tão ampla quanto a atuação desses órgãos sobre qualquer outro ato ou contrato firmado pela empresa estatal no exercício de sua atividade

empresarial.⁵⁹¹ Nessa esfera, incumbe às instâncias de controle, dentro das respectivas esferas de competência, analisar a relação contratual propriamente dita, o que supõe examinar, à luz dos princípios e regras aplicáveis a essas parcerias, todo o procedimento que se iniciou com a estruturação da parceria, passou pela seleção do parceiro privado e culminou com a formalização de um contrato que instrumentaliza essa relação associativa.

Note-se que a incidência dos mecanismos de controle resulta da própria circunstância de que não se pode apartar essas parcerias, ao menos sob a perspectiva contratual, dos demais atos e contratos praticados pela empresa estatal no exercício de suas atividades e igualmente sujeitos aos mecanismos de controle da Administração Pública. Valem aqui as observações de Paulo Otero, cujas premissas e conclusões amoldam-se completamente ao direito pátrio:

[...] mesmo quando se trata de decidir sobre a criação de uma empresa e adopção de uma forma jurídico-privada de organização ou a aquisição/alienação de participações sociais em mercado diretamente por uma entidade pública, o procedimento decisório prévio de formação da vontade do ente público-sócio ou do ente público-accionista e a própria decisão em si se encontram totalmente sujeitos ao Direito Administrativo, sendo passíveis de um controlo jurisdicional através da técnica dos actos prejudiciais ou destacáveis.

Há aqui, reconheça-se, um núcleo irredutível do Direito Administrativo, enquanto expressão da subordinação de uma tal formação da vontade do órgão da entidade pública ao princípio da legalidade da competência: a escolha da forma privada da organização empresarial ou a decisão de adquirir ou alienar participações sociais por parte de uma pessoa colectiva de direito público traduz ainda o exercício de uma competência sujeita ao princípio da legalidade e, por isso mesmo, expressa em actos de direito público, mais concretamente em actos administrativos.

Compreende-se, por isso mesmo, que exista em matéria de formação da vontade sobre a forma privada de organização do sector empresarial do Estado um processo de decisão em tudo semelhante ao que sucede com a contratação privada por parte da Administração Pública: não obstante se utilizar o Direito Privado, a fase prévia de seleção do contraente e da respectiva formação da vontade da entidade pública encontram-se submetidas ao Direito Administrativo.⁵⁹²

Segue-se à perspectiva contratual uma outra perspectiva pertinente à atuação da sociedade empresária constituída com a formação da parceria empresarial, onde o parceiro

⁵⁹¹ Nesse sentido, prelecionam Joel e Pedro de Menezes Niebuhr que “os órgãos de controle devem investigar qualquer sorte de desvio, os motivos, a motivação e a finalidade dos atos finais, inclusive os que decidem sobre as oportunidades de negócio” (NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 32). Todavia, os autores ressaltam que esse controle dos motivos, da finalidade e da compatibilidade com os princípios do direito público restringe-se ao ato final, que perfectibiliza a parceria, e não deve adentrar no exame das condições de processamento das oportunidades de negócio, que são regidas pelo direito privado. Partindo dessa premissa, defendem que o controle do processamento das oportunidades de negócio deve se limitar a avaliar se existem normas de governança aceitáveis, de acordo com as práticas de mercado (NIEBUHR; NIEBUHR, 2018, p. 30/31).

Como ressaltado no tópico anterior, este estudo assume outro posicionamento, alinhando-se à compreensão de que os princípios administrativos também impõem restrições pertinentes à estruturação da parceria, aí compreendido o procedimento de seleção do parceiro privado, o que, se de um lado não significa que um procedimento competitivo será sempre exigível, de outro, importa em admitir que o direito público também incide na etapa de formação das parcerias empresariais público-privadas.

⁵⁹² OTERO, 1998, p. 258/259.

público e o parceiro privado figuram como sócios. Os mecanismos de controle que incidem sobre a empresa estatal também se aplicam às sociedades sob seu controle, com ou sem a titularidade da maioria do capital social com direito a voto, que também se submetem à Lei n. 13.303/2016, na forma do §6º do artigo 1º desse diploma.

Por consequência, caso a empresa estatal detenha a primazia do poder de controle na sociedade de propósito específico, passam a incidir os mecanismos de controle interno e externo das empresas estatais. Isso evita que a participação minoritária seja utilizada como subterfúgio para que a Administração Pública desenvolva atividade empresarial administrando empresa privada à revelia dos órgãos de controle.

Questão relevante, nesse particular, diz respeito às sociedades de propósito específico sob controle do parceiro privado e que, sendo empresas privadas, não se submetem aos mecanismos de controle das entidades administrativas.⁵⁹³ Nessas hipóteses, os mecanismos de controle interno e externo atuam na fiscalização da atuação da empresa estatal como acionista minoritária, além de analisar a legalidade e legitimidade dos contratos firmados para a regulamentação dessa relação de parceria empresarial, em especial do acordo de acionistas e outros instrumentos parassociais.

Destarte, relativamente à fiscalização exercida pela estatal como acionista minoritária em sociedades privadas, o §7º do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 prevê a adoção de práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio, devendo considerar, para tanto, os instrumentos de governança elencados no dispositivo.⁵⁹⁴

⁵⁹³ Sobre o controle de empresas com participação estatal minoritária, veja-se as conclusões de Rafael Schwind: “Portanto, a empresa com participação estatal não administra ou gerencia bens, dinheiros ou valores públicos. Ela rege o seu próprio patrimônio. Parcela do seu capital teve origem pública, mas deixou de ser um valor público no momento em que foi praticada a operação. Nesse ato, há uma espécie de ‘desafetação’ do patrimônio público que passou à titularidade da empresa privada. Isso exclui a competência dos órgãos de controle sobre a empresa estatal, tornando inaplicável o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal” (SCHWIND, 2017, p. 319).

⁵⁹⁴ Art. 1º. [...] § 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim: I - documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por força de acordo de acionistas e de Lei considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida; II - relatório de execução do orçamento e de realização de investimentos programados pela sociedade, inclusive quanto ao alinhamento dos custos orçados e dos realizados com os custos de mercado; III - informe sobre execução da política de transações com partes relacionadas; IV - análise das condições de alavancagem financeira da sociedade; V - avaliação de inversões financeiras e de processos relevantes de alienação de bens móveis e imóveis da sociedade; VI - relatório de risco das contratações para execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços relevantes para os interesses da investidora; VII - informe sobre execução de projetos relevantes para os interesses da investidora; VIII - relatório de cumprimento, nos negócios da sociedade, de condicionantes socioambientais estabelecidas pelos órgãos ambientais; IX - avaliação das necessidades de novos aportes na sociedade e dos possíveis riscos de redução da rentabilidade esperada do negócio; X -

Inclusive, a adoção dessas medidas de governança corporativa pela empresa estatal deve ser aferida pelos órgãos de controle. Nos dizeres de Rafael Wallbach Schwind, “[o]s órgãos externos de controle da Administração Pública não fiscalizam propriamente a empresa privada com participação estatal, mas exercerão sua atividade controladora diretamente sobre o sócio estatal, que integra a Administração Pública”.⁵⁹⁵ Nessa mesma linha e especificamente acerca do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, é a pertinente ponderação de Filipe Machado Guedes:

Em suma, a atuação da Corte de Contas consiste em verificar se a Administração Pública, no trato de suas participações societárias minoritárias, está agindo em conformidade com os princípios e regras que regem a atividade administrativa. Por sua vez, a fiscalização do Estado sobre as empresas privadas nas quais detém participação será realizada dentro das normas de Direito Societário que garantem o direito dos acionistas minoritários fiscalizarem a gestão dos negócios sociais.⁵⁹⁶

O controle jurisdicional, no âmbito das participações societárias minoritárias da empresa estatais, revela-se igualmente acentuado, não pelo fato da empresa estatal figurar como acionista, mas em razão dos recursos públicos aportados na operação. É que, na linha da advertência de Rafael Wallbach Schwind, “[c]omo os atos que prejudicam o patrimônio das empresas privadas com participação estatal podem ter repercussões sobre o patrimônio público, serão cabíveis ações popular e de improbidade administrativa com a finalidade de proteger o sócio estatal”.⁵⁹⁷

Sob outro ângulo também pertinente à perspectiva institucional, é interessante notar que determinados órgãos e entidades que exercem atividade de controle e que poderiam ser considerados como mecanismos de controle interno, por pertencerem à Administração Pública, têm competência para atuar sobre as sociedades de propósito específico, consórcios e outras formas associativas entre empresas estatais e empresas privadas independentemente da forma como concebida a participação da empresa estatal no empreendimento.

A título ilustrativo, cabe mencionar a competência regulamentar e fiscalizatória da Comissão de Valores Mobiliários – CVM relativamente às companhias abertas; do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE relativamente aos atos de concentração econômica; e das agências reguladoras setoriais relativamente às atividades econômicas sob sua alçada desenvolvidas por empresa estatal em colaboração com empresas privadas.

qualquer outro relatório, documento ou informação produzido pela sociedade empresarial investida considerado relevante para o cumprimento do comando constante do caput.

⁵⁹⁵SCHWIND, 2017, p. 328.

⁵⁹⁶GUEDES, 2015, p. 267.

⁵⁹⁷SCHWIND, 2017, p. 324.

Nesses casos, a presença da empresa estatal na relação associativa é completamente impertinente, eis que a competência dessas autarquias recorre das características também relacionadas às parcerias empresariais público-privadas, como a natureza do negócio jurídico que lhe subjacente ou da atividade empresarial que constitui o seu objeto. Não se pode dizer que tais hipóteses de controle regulatório configuram verdadeiros mecanismos de controle interno sobre a atividade administrativa, conquanto não foram concebidos para controlar especificamente a Administração Pública.

Quanto à intensidade do controle, a atividade dos órgãos de controle não se restringe a verificar a legalidade de determinado ato ou contrato produzido pela empresa estatal. Incumbe ao controle interno e, sobremodo, ao Tribunal de Contas, examinar a legitimidade da atuação da empresa estatal, o que perpassa por parâmetros de eficiência e economicidade cuja observância também emana dos princípios que balizam a sua atuação, bem como, excepcionalmente, da própria conveniência e oportunidade da decisão empresarial, a depender do parâmetro de controle adotado.

Atente-se que o controle da legitimidade, economicidade e eficiência não pode vulnerar a autonomia gerencial da empresa estatal e as especificidades das parcerias em oportunidades de negócio. Há previsão expressa no artigo 90 da Lei n. 13.303/2016 de que “[a]s ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas pública”.

Com efeito, a lógica empresarial subjacente às empresas estatais, principalmente quando exploradoras de atividade econômica, reclama um controle centrado nos resultados de suas ações, sob a premissa de que “[d]eve-se, sempre, controlar a efetividade das ações das empresas estatais e a realização de suas funções dentro da Administração Pública, concedendo-lhe maior liberdade quanto aos meios”⁵⁹⁸. É pertinente anotar que esse controle dos resultados na atuação empresarial do Estado, como apregoa Guilherme Dias Reisdorfer, “não se confunde com uma instância revisora. A aferição da eficiência dos atos e do confinamento da atuação nos limites estabelecidos à atuação da empresa estatal não comporta a redefinição do planejamento e das estratégias empresariais”⁵⁹⁹.

A preservação dessa autonomia gerencial da empresa estatal em face dos órgãos de controle supõe que os administradores observem os deveres de lealdade e de diligência inerentes às suas funções, tal como retratado no artigo 153 da Lei n. 6.404/1976 que se aplica

⁵⁹⁸ SCHIRATO, 2016, p. 146.

⁵⁹⁹ REISDORFER, 2016, p. 228.

às estatais e às companhias privadas.⁶⁰⁰ Trata-se de uma obrigação de meio, cujo núcleo básico assenta-se em um dever de agir bem informado.

A observância desse dever de diligência pelos administradores, tanto nas companhias privadas, quanto nas estatais, institui uma presunção de legitimidade sobre as decisões tomadas no âmbito de sua discricionariedade empresarial, ainda que eventualmente essas decisões venham a ser prejudiciais à companhia, como em parcerias empresariais malsucedidas. Essa presunção só pode ser derruída com a comprovação de que não foram adotadas as cautelas proporcionais à complexidade do negócio, como a implementação de um procedimento bem estruturado. Por outro lado, a falta de diligência configura negligência a autorizar a responsabilização do administrador pelos prejuízos causados à companhia.⁶⁰¹

A responsabilidade dos administradores de empresas estatais perante os órgãos de controle, quanto à tecnicidade de suas decisões, é, portanto, sempre subjetiva. Para esse efeito, o descaso na estruturação da parceria ou no desenvolvimento do empreendimento econômico em conjunto com empresa privada, em descompasso com o dever de diligência e que acarrete situação prejudicial à persecução do interesse público tutelado pela empresa estatal, configura omissão passível de sancionamento civil e administrativo.

Assim, sob a perspectiva do controle contratual, o dever de diligência na estruturação das parcerias empresariais público-privadas e na formalização do contrato recomenda a atuação da estatal sob uma base procedural bem instruída com subsídios técnicos para assegurar a legalidade e a racionalidade da tomada de decisão. O mesmo acontece em relação à perspectiva institucional, conquanto a empresa estatal deve adotar as cautelas necessárias para assegurar a racionalidade de suas decisões, quando atua controladora, acionista minoritária em sociedade sob controle privado ou consorciada.

5.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

A opção da empresa estatal pela estruturação de uma parceria empresarial reflete o exercício de uma competência discricionária norteada pelos parâmetros característicos do dessas parcerias, pelos princípios e regras que integram seu regime jurídico e pela finalidade de interesse público em função da qual essa competência foi instituída. A legitimidade das escolhas empreendidas no exercício dessa competência supõe a legalidade e a racionalidade

⁶⁰⁰ Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

⁶⁰¹ Cf. FRAZÃO, 2018, p. 158.

das decisões administrativas em face do quadro fático que lhes deu *causa* e dos preceitos normativos que denotam a sua *finalidade* legal.

Os princípios da eficiência, moralidade, imparcialidade e os seus conseqüentes, como o dever de motivação e a vinculação à veracidade e idoneidade dos motivos determinantes, impõem a realização de um planejamento racional e eficiente da contratação, o que exige processo administrativo formal, com etapas documentadas e decisões motivadas. Isso não significa submeter a formação das parcerias empresariais a um regime jurídico análogo às licitações públicas ou contratações diretas por dispensa e inexigibilidade. Trata-se de procedimento adaptado às práticas de mercado, que admite a tramitação de determinadas etapas sob sigilo, por razões de estratégia comercial ou quando a divulgação se revelar contrária ao interesse público tutelado pela companhia.

Pela atuação proceduralizada, a empresa estatal localiza uma necessidade ou oportunidade pertinente à sua atividade empresarial; identifica e pondera as possíveis soluções; verifica a viabilidade técnica, socioambiental, estratégica e econômico-financeira; conduzir a estruturação do negócio; modela a contratação e seleciona o parceiro privado, tudo sob o prisma da transparência e da imparcialidade. A modelagem da parceria pode contar com o apoio do corpo técnico da estatal ou recorrer ao auxílio de terceiro, com estudos realizados por entidades governamentais e bancos de fomento, pela contratação de consultoria especializada ou por estudos de particulares apresentados espontaneamente ou mediante convocação da empresa estatal no bojo de um procedimento de manifestação de interesse.

Questão controvertida diz respeito aos critérios de escolha do parceiro privado. Nesse ponto, ao afastar a aplicação do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 “nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”, o legislador deu cabo à controvérsia doutrinária que ainda persistia acerca da necessidade de licitação nos moldes da Lei n. 8.666/1993 ou de sua inexigibilidade para a seleção dos parceiros privados para a formação de parcerias estratégicas. A discussão, entretanto, direciona-se a saber se a configuração de uma oportunidade de negócio pressupõe a inviabilidade de competição ou se subsiste a possibilidade de um procedimento competitivo para a formação da parceria.

A interpretação do inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 mais consentânea com a Constituição Federal contraria a leitura desse dispositivo como se fosse um cheque em branco para que o administrador selecione o parceiro privado arbitrariamente,

pautando-se em conceitos excessivamente abstratos, como a noção de *affectio societatis* nas relações associativas. Nem poderia a Lei n. 13.303/2016 simplesmente dispensar as empresas estatais de observar qualquer critério objetivo ou procedimento competitivo em condições isonômicas para a escolha do parceiro privado. Ao legislador não é dado conceber em abstrato uma zona de liberdade irrestrita para as estatais beneficiarem particulares, à revelia dos princípios administrativos.

Sob esse prisma, refuta-se a ideia de que a sinergia e a afinidade buscadas em um sócio estratégico inviabilizam, aprioristicamente, qualquer possibilidade de competição com parâmetros objetivos de seleção. Ao contrário, para que se viabilize a competição, basta que haja uma multiplicidade de interessados com características pertinentes à oportunidade de negócio, que seja possível estabelecer métodos de comparação entre os interessados e que um procedimento competitivo não inviabilize o negócio. Em face dessas circunstâncias, incumbe à estatal adotar mecanismos que dificultem o direcionamento da escolha em prejuízo do interesse público.

A previsão contida no inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, sob a ótica dessa interpretação, dá ensejo a três constatações: (a) a escolha direta de um parceiro privado só se justifica em face da inviabilidade de um procedimento competitivo; (b) quando inviável o procedimento competitivo, a escolha do parceiro privado não se submete ao procedimento de contratação por dispensa e inexigibilidade de licitação das empresas estatais e deve ser justificada e ocorrer necessariamente em função de características particulares que se relacionem com a oportunidade de negócio; (c) quando viável, o procedimento competitivo também não se submete à disciplina que rege as licitações das estatais, devendo ser adaptado às especificidades da formação de relações associativas empresariais em consonância com os princípios administrativos, com etapas e competências pré-estabelecidas, requisitos de habilitação e critérios de avaliação objetiva dos interessados voltados à seleção do parceiro com as características mais adequadas para o aproveitamento da oportunidade de negócio.

A inviabilidade do procedimento competitivo se verifica quando as circunstâncias indicarem que só existe um agente econômico com características singulares para suprir as necessidades que motivaram a parceria empresarial; ou quando a realização de um procedimento competitivo, ainda que simplificado, puder comprometer oportunidades de negócio estratégicas. Incumbe à empresa estatal demonstrar a vinculação das características particulares do parceiro em relação à oportunidade de negócio específica e definida, bem como evidenciar a inviabilidade de competição.

Por outro lado, quando houver viabilidade de um procedimento competitivo, tal procedimento deve ser adaptado às práticas empresariais, com a possibilidade de negociação e de manutenção do sigilo comercial em determinadas etapas. Também deve contar com requisitos de qualificação e critérios de julgamento de ordem técnica, financeira, estratégica, dentre outros parâmetros que, a um só tempo, viabilizem a formação de parceria mais vantajosa para a empresa estatal e a observância dos princípios contemplados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Após a estruturação do negócio, com a escolha do parceiro privado, a parceria é consolidada pela formalização de um termo de compromisso ou acordo-base, que conterá suas linhas mestras. Esse acordo norteará a elaboração de outros instrumentos voltados à regulamentação do empreendimento, como plano de negócios, estatuto social, acordo de acionistas, termo de constituição de consórcio, transferência de tecnologia, etc.

A tutela dos preceitos balizadores da atuação das empresas estatais exige a submissão dos atos praticados na concepção e implantação das parcerias empresariais público-privadas aos múltiplos mecanismos de controle da Administração Pública. O controle interno – exercido na intimidade organizacional da empresa estatal ou por outros órgãos e entidades da Administração – fiscaliza a legitimidade dessas parcerias sob o prisma da legalidade, eficiência e economicidade. Já o controle externo – exercido pelos poderes Legislativo e Judiciário – é centrado no exame da legalidade dos atos praticados pelas estatais. Nessa seara, o Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, tem legitimidade constitucional para, além da legalidade, analisar a eficiência e economicidade dessas parcerias. Ao Poder Judiciário, quando provocado pelos legitimados, incumbe realizar o controle da legalidade das parcerias em oportunidades de negócio, forte no princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O estudo do controle das parcerias empresariais público-privadas comporta um enfoque contratual e outro institucional. Todas as modalidades de controle que submetem as empresas estatais também incidem no nível da relação contratual travada entre o parceiro público e o parceiro privado – ou seja, em relação à validade do contrato e ao adimplemento das obrigações nele reciprocamente pactuadas. Mas os mecanismos de controle da Administração Pública também podem incidir sobre a atuação da sociedade de propósito específico incumbida de executar o objeto da parceria empresarial, variando, em sua forma e intensidade, conforme o regime jurídico aplicável a essa sociedade.

Sob a perspectiva institucional, a atuação dos órgãos de controle depende do regime jurídico a que se submete a sociedade de propósito específico. Caso a empresa estatal detenha

a primazia do poder de controle, a sociedade de propósito específico passa a submeter-se aos órgãos de controle que atuam sobre sua controladora. Por outro lado, se a primazia do controle pertencer ao parceiro privado, apenas a empresa estatal, como acionista minoritária, continua sujeita aos mecanismos de controle de sua atividade. Em todos os casos, os órgãos de controle devem respeitar os atos praticados pela empresa estatal e pela sociedade de propósito específico dentro dos limites da discricionariedade empresarial.

6 CONCLUSÕES

O presente trabalho se propôs a analisar a influência dos princípios que regem o exercício da função administrativa no processo de formação e implementação das parcerias empresariais entre empresas estatais e empresas privadas, tipificadas nos §§ 3^a e 4º da Lei n. 13.303/2016 como parcerias em oportunidades de negócio.

Para tanto, era imprescindível examinar os principais aspectos do regime jurídico das empresas estatais, analisar o fenômeno da consensualidade administrativa e de sua compatibilidade com o regime jurídico administrativo, identificar a natureza jurídica dos contratos de parceria empresarial tanto sob a ótica do direito empresarial, quanto sob a enfoque das diferentes espécies de parcerias público-privadas à luz no direito administrativo, bem como localizar, no ordenamento jurídico pátrio, os fundamentos jurídico-positivos que limitam e legitimam o emprego desse modelo associativo tipicamente privado no âmbito da atividade empresarial do Estado e em suas relações com outros agentes econômicos.

Fixadas sessas premissas, pôde-se elencar as principais características do objeto das parcerias empresariais público-privadas, retratar suas finalidades, adentrar no exame das suas diversas espécies para, por fim, traçar as linhas gerais de um regime jurídico aplicável à formação e ao controle das parcerias empresariais público-privadas.

Os principais elementos que nortearam essa proposta de delimitação do regime jurídico das parcerias empresariais público-privadas podem ser resumidos nas seguintes assertivas, que sintetizam as conclusões do trabalho:

1º) A Constituição Federal admite o emprego da técnica empresarial pelo Estado para a exploração de atividades econômicas em sentido amplo, o que compreende a prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas em sentido estrito. Serviços públicos são atividades econômicas com tamanha relevância para a realização de direitos fundamentais que o ordenamento jurídico atribuiu a sua titularidade ao Estado, a fim de que este obrigatoriamente garanta a sua prestação diretamente ou por quem lhe faça as vezes. Contrapõem-se, nessa medida, às atividades econômicas em sentido estrito, cuja exploração em ambiente concorrencial compete preferencialmente à iniciativa privada e excepcionalmente ao Estado, que só pode atuar quando presente relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional tal como definidos em lei.

2º) No Brasil, pela sua industrialização tardia, a criação de empresas estatais foi impulsionada ao longo do Século XX para suprir deficiências em setores estratégicos para o desenvolvimento nacional. Até 1967, quando já existiam as maiores estatais brasileiras, essas entidades administrativas eram consideradas sociedades empresárias controladas pelo Estado sob um regime de direito privado pontualmente derrogado por disposições esparsas nas respectivas leis autorizativas. Foi somente com o Decreto-Lei n. 200/1967 que se positivou os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista, definindo-se os lindes de seu regime jurídico. A Constituição Federal de 1988 sedimentou as bases desse regime jurídico, posteriormente regulamentado pela Lei n. 13.303/2016, que dispõe sobre regime societário, atendimento à sua função social, licitações e contratos, formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade e, no que concerne ao objeto do presente estudo, sobre as parcerias em oportunidades de negócio entre empresas estatais e empresas privadas.

3º) Empresa estatal, por definição, é toda sociedade empresária cujo capital social pertença, senão em sua totalidade, pelo menos em sua maioria, a ente político ou entidade da administração indireta. Enquanto entidades administrativas pertencentes à Administração indireta, as estatais submetem-se aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, em especial aos princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* do dispositivo constitucional. Enquanto sociedades empresárias, por força do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, submetem-se a regime jurídico próximo ao regime das empresas privadas. Da conjugação desses elementos característicos das empresas estatais, nasce um regime jurídico híbrido que transita em parte pelo direito público e em parte pelo direito privado ou, melhor dizendo, que supõe o emprego de técnica organizacional e institutos concebidos no direito privado instrumentalizados à consecução do interesse público e subordinados à observância dos princípios administrativos.

4º) A previsão legal e constitucional do emprego da técnica empresarial pelo Estado não se dá ao acaso. Trata-se de opção política que funcionaliza em prol de um interesse público, assim qualificado no direito positivo, um modelo institucional concebido na prática comercial para a organização racional da produção ou circulação de bens e serviços de valor econômico. Além da previsão expressa no artigo 173 da Constituição Federal, o princípio da eficiência recomenda o emprego da técnica empresarial pelo Estado quando se trata do

desenvolvimento de atividades econômicas em sentido amplo, categoria que contempla a exploração de atividades econômicas e a prestação de serviços públicos econômicos.

5º) A distinção do regime jurídico das empresas estatais com base na dicotomia entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica subverte a lógica que justifica o emprego da técnica empresarial pela Administração Pública e desconsidera que o regime aplicável à organização interna de uma empresa não se confunde com os preceitos que regem a sua atividade finalística. Quando constatada a pertinência e a compatibilidade lógico-jurídica entre determinada atividade e o uso de institutos de direito privado, em especial, do modelo empresarial, a utilização desse modelo encontrará amparo no princípio da eficiência administrativa, encartado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

6º) Por força desse regime jurídico, a empresa estatal não pode atuar em descompasso com os motivos de interesse público positivados em lei que legitimam o emprego da técnica empresarial para a exploração de atividade econômica e prestação de serviços públicos em cada caso concreto, sob pena de violação do princípio da legalidade e das exigências previstas nos artigos 173 e 175 da Constituição Federal. Resguardado esse interesse público, à estatal também incumbe preservar sua lucratividade e considerar os interesses privados dos acionistas minoritários na medida em que não conflitem com sua finalidade precípua.

7º) O Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, em consonância com as diretrizes do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, institui um regime geral das licitações e contratos para as empresas estatais, com disposições que visam compatibilizar os princípios administrativos com as especificidades da atividade empresarial. O artigo 28 desse diploma estabelece, como regra geral, a exigência de procedimento licitatório para a contratação de bens ou serviços de terceiros, ressalvando, excepcionalmente, as hipóteses de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação e, ainda, as hipóteses do §3º, que prevê a inaplicabilidade do Capítulo I do Título II desse diploma, (i) quando a estatal for diretamente por terceiro contratada para o fornecimento dos bens ou serviços especificamente relacionados ao seu objeto social; e (ii) para a escolha de parceiro privado em função de características particulares vinculadas a oportunidades de negócio no âmbito da formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, bem como na aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas.

8º) As hipóteses de inaplicabilidade de licitação previstas no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 partem da constatação de que a atividade empresarial é dinâmica e, sobremodo quando exercida em ambiente concorrencial, exige maior flexibilidade e sucessivas adaptações às práticas do mercado, o que inviabiliza a submissão de certos contratos às disposições do Capítulo I do Título II dessa Lei. Tal hipótese, porém, não se confunde com as modalidades de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação. Enquanto a dispensa remete a um rol taxativo de situações nas quais a realização de uma licitação seria opção discricionária do administrador e a inexigibilidade a situações em que a competição é logicamente inconcebível ou contraproducente; o §3º do artigo 28 trata de contratações que não se coadunam com todo o regime de licitações e contratações por dispensa e inexigibilidade. Ou seja, a inexigibilidade retrata a inviabilidade de competição, ao passo que a inaplicabilidade reflete uma incompatibilidade procedural tanto em relação à licitação, quanto em relação aos procedimentos que normalmente antecedem a contratação direta. Nesse sentido, a inaplicabilidade de licitação não constitui uma terceira categoria de contratação direta, conquanto a inviabilidade de licitação que caracteriza o instituto não implica, necessariamente, na inviabilidade de procedimento competitivo.

9º) A hipótese de inaplicabilidade do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 prevista no inciso I do §3º do artigo 28 desse diploma, refere-se à contratação da empresa estatal por terceiros para o fornecimento de bens ou prestação dos serviços que caracterizem a essência da atividade econômica explorada pela empresa estatal, tal como definida em lei autorizativa, e não qualquer outro bem ou serviço que e não tenha relação direta e imediata com sua finalidade institucional. Trata-se de hipótese mais restrita do que a inexigibilidade de licitação admitida pelo Tribunal de Contas da União para contratações relacionadas à atividade-fim da estatal. Para os casos não enquadrados no §3º do artigo 28, em que a realização da licitação constituir um óbice intransponível à atividade negocial da empresa, independentemente da distinção entre atividade-fim e atividade-meio, resta caracterizada a inviabilidade de competição que autoriza a contratação direta por inexigibilidade.

10º) A hipótese de inaplicabilidade do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 prevista no inciso II do §3º do artigo 28 desse diploma prescreve que a escolha do parceiro privado em oportunidades de negócio deve se basear em determinadas características

particulares que guardem um nexo etiológico para com a oportunidade de negócio específica e definida. Quando inexistente uma singularidade que justifique a inviabilidade do procedimento competitivo, impõe-se a realização de um procedimento concorrencial adaptado à lógica empresarial, que não se submete à disciplina da licitação pública.

11º) As oportunidades de negócio na Lei n. 13.303/2016 não constituem um tipo específico de contrato ou, ainda, uma categoria de contratação direta. Trata-se de modalidade de contratação das empresas estatais caracterizada por uma situação singular propícia à criação ou extinção de parcerias empresariais, transferência de participações societárias e outras contratações com finalidade associativa ou de desestatização que, pelas especificidades da atividade empresarial e características do parceiro privado, são logicamente incompatíveis com o regime geral de licitações e contratações por dispensa e inexigibilidade de licitação retratado no Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016.

12º) As parcerias em oportunidades de negócio conjugam características das parcerias empresariais e das parcerias público-privadas, viabilizando uma relação de natureza associativa para a consecução de um empreendimento econômico pelo compartilhamento de riscos e resultados. Trata-se de manifestação da consensualidade na atividade empresarial do Estado, na medida em que a empresa estatal deixa de atuar isoladamente, em prol de uma relação concertada com o particular. A legitimidade constitucional dessa concertação público-privada repousa no princípio da eficiência, elencado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, nas especificidades do regime próprio das empresas estatais, retratado no §1º do artigo 173, na competência no legislador federal para disciplinar as contratações das estatais, inserta no inciso XXVII do artigo 22 e no inciso III do §1º do artigo 173, ambos da Constituição Federal, além do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, que, sob o abrigo constitucional, autoriza a formação de parcerias em oportunidades de negócio.

13º) A inaplicabilidade do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016 para as contratações em oportunidades de negócio se estende à extinção de parcerias e alienação de participações societárias e ativos estratégicos. Dependendo do ativo alienado, a transferência indiscriminada de empreendimentos econômicos pode descamar na obtenção de vantagens estratégicas em favor de concorrentes diretos da empresa estatal, na concentração e dominação de mercados ou mesmo em um risco à soberania nacional. Portanto, incumbe à

empresa estatal adotar as cautelas necessárias para evitar possíveis externalidades decorrentes dessas operações em prejuízo ao interesse público e mesmo quando não puder realizar procedimento competitivo adaptado a essa realidade, observar critérios racionais e políticas de conformidade na operação de alienação de empreendimentos estratégicos.

14º) A alienação de participações societárias em operações vinculadas a oportunidades de negócio com fundamento no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 prescinde de autorização legislativa específica, bastando que a operação esteja relacionada com o objeto social da empresa estatal e que haja autorização legislativa genérica para a constituição de subsidiárias e participação em empresas privadas, o que, por si só, implicitamente autoriza o desfazimento dessas parcerias societárias pela alienação das ações pertencentes ao Estado.

15º) As parcerias em oportunidades de negócio da Lei n. 13.303/2016 constituem verdadeiras parcerias empresariais ou *joint ventures* público-privadas. Nessa qualidade, possuem natureza jurídica de contrato associativo firmado entre empresa estatal e empresa privada para o desenvolvimento e exploração conjunta de um empreendimento econômico de interesse de ambas as partes, mediante compartilhamento de riscos e resultados, e que, em última análise, atende ao interesse público definido em lei que legitima a atuação empresarial do Estado, seja na prestação de serviços públicos, seja na exploração de atividades econômicas em sentido estrito.

16º) Quanto ao seu objeto, a parceria empresarial público-privada caracteriza-se pelos seguintes aspectos: a) Relação associativa: Assenta-se numa relação obrigacional voltada à realização de interesses convergentes, cuja persecução perpassa por uma postura ativa e colaborativa do parceiro público e do parceiro privado, ainda que mediante contribuições de naturezas distintas, porém complementares; b) Pertinência com o objeto social: Tem relação com o objeto social da empresa estatal e com o interesse público que lhe é subjacente, como corolário do princípio da legalidade e da função social das empresas estatais; c) Natureza empresarial: Supõe o emprego da racionalidade empresarial voltada à maximização da eficiência da produção e circulação de bens ou serviços de natureza econômica para a realização de uma finalidade de interesse público; d) Especificidade do empreendimento econômico: O empreendimento econômico deve ser mais restrito do que a generalidade das operações que compõem o objeto social da empresa estatal, com objetivo certo e,

normalmente, porém não necessariamente, por prazo determinado; e) Possibilidade jurídica: Não pode contemplar atividades submetidas a tratamento jurídico incompatível com o emprego da técnica empresarial ou com a consensualidade entre Administração e particular.

17º) Quanto à sua finalidade, de maneira geral, observa-se que o objetivo mais imediato visado pela empresa estatal com a formação de parcerias empresariais público-privadas consiste na conjugação de diferentes recursos e expertises para a realização de empreendimentos econômicos complexos, de alto custo e risco consideráveis, normalmente em ambientes fortemente competitivos. Em última análise, sob a ótica da empresa estatal, a finalidade precípua dessas parcerias empresariais consiste no desenvolvimento, dinamização e expansão da sua atuação tanto no Brasil, como no exterior, como estratégia adequada à realização do interesse público que autoriza o Estado a desenvolver atividade empresarial.

18º) Na consecução dessas finalidades, não é incomum a formação de parcerias empresariais para que empresas estatais em conjunto com empresas privadas participem de licitações e formalizem contratos administrativos com outros entes federativos ou entidades da Administração ou, ainda, para a exploração do potencial econômico de bens públicos. Principalmente nas concessões interfederativas, a participação da empresa estatal em licitação lançada por outro ente federativo deve ser respaldada em interesse público que justifique a intervenção direta do seu controlador no domínio econômico e, consequentemente, que legitime a própria formação da parceria empresarial público-privada para explorar atividade afeta à titularidade de outro ente federativo.

19º) As espécies de parcerias empresariais em oportunidades de negócio distinguem-se em parcerias societárias e parcerias contratuais. Ambos os tipos supõem a concepção de uma sociedade, com a diferença de que nas parcerias societárias essa sociedade possui personalidade jurídica própria, ao passo que as parcerias contratuais as partes conservem sua autonomia jurídica em sociedade não personificada, obrigando-se reciprocamente por contrato a atuar para a realização de um empreendimento conjunto. O modelo das contratações resultantes de oportunidades de negócio abrange outras formas associativas, societárias e contratuais, que por razões análogas, tampouco se coadunam com as disposições do Capítulo I do Título II da Lei n 13.303/2016. Em todos os casos, o importante é avaliar a

compatibilidade dessas contratações com o interesse público subjacente à atuação empresarial do Estado e com o regime jurídico que permeia as oportunidades de negócio.

20º) As parcerias societárias dão ensejo à criação de uma sociedade de propósito específico para a implementação do empreendimento econômico. As sociedades de propósito específico sob controle acionário do Estado são subsidiárias das empresas estatais, regendo-se pelo respectivo regime jurídico. Já as sociedades sob controle privado são empresas privadas, o que afasta algumas limitações pertinentes ao regime das empresas estatais. Nesse último caso, a incidência dos princípios administrativos e a o interesse público subjacente ao empreendimento ocorre de forma indireta, pela fiscalização e ingerência exercidas pela estatal como acionista minoritária e pelas obrigações contratuais que vinculam a atuação da Administração Pública e do particular no exercício das respectivas parcelas do controle e da administração da sociedade empresária.

21º) As parcerias contratuais instrumentalizam um vínculo associativo desprovido de personalidade jurídica própria. É o caso do consórcio empresarial, por meio do qual as consorciadas assumem obrigações e responsabilidades para a realização de um empreendimento de interesse comum, sem a criação de uma nova pessoa jurídica, nem presunção de solidariedade. Diferentemente das sociedades de propósito específico, o regime jurídico do consórcio empresarial público-privado não varia em função da posição ocupada pela empresa estatal, mesmo porque os parceiros contratuais conservam sua autonomia jurídica, obrigando-se apenas contratualmente.

22º) A opção da empresa estatal pela estruturação de uma parceria empresarial reflete o exercício de uma competência discricionária norteada pelos aspectos característicos dessas parcerias, pelos princípios e regras que integram seu regime jurídico e pela finalidade de interesse público em função da qual essa competência foi instituída. A legitimidade das escolhas empreendidas no exercício dessa competência supõe a legalidade e a racionalidade das decisões administrativas em face do quadro fático que lhes deu *causa* e dos preceitos normativos que denotam a sua *finalidade* legal. A empresa estatal não se desvincula dos princípios administrativos e da persecução do interesse público quando emprega instrumentos de direito privado no exercício de sua atividade, notadamente em se tratando da formalização de contratos associativos com empresas privadas.

23º) Para resguardar os preceitos que balizam a atuação da empresa estatal na concepção das parcerias empresariais público-privadas, impõe-se a proceduralização da atuação administrativa, que assume a função de racionalizar e esclarecer a tomada de decisão tanto na modelagem do empreendimento econômico, quanto na escolha do parceiro privado, onde a transparência deve ser a regra e o sigilo, excepcional. Como consequência, a técnica procedural reduz a subjetividade inerente ao exercício de competências discricionárias pela empresa estatal e viabiliza o exercício do controle externo sobre os elementos que nortearam a concertação público-privada e, em especial, sobre a sua motivação. Sua finalidade precípua é agregar transparência, eficiência e segurança jurídica à contratação, contribuindo para o sucesso do empreendimento econômico e para a preservação dos princípios administrativos.

24º) A interpretação do inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 mais consentânea com a Constituição Federal contraria a leitura desse dispositivo como se fosse um cheque em branco para que o administrador selecione o parceiro privado arbitrariamente, pautando-se em conceitos abstratos, como a noção de *affectio societatis* nas relações associativas, incompatível com o exercício da função administrativa. Refuta-se a ideia de que a sinergia e a afinidade buscadas em um sócio estratégico inviabilizam, aprioristicamente, qualquer possibilidade de competição com parâmetros objetivos de seleção. Para que se viabilize a competição, basta que haja uma multiplicidade de interessados com características pertinentes à oportunidade de negócio, que seja possível estabelecer métodos de comparação entre os interessados e que um procedimento competitivo não inviabilize o negócio. Em face dessas circunstâncias, incumbe à estatal adotar mecanismos que dificultem o direcionamento da escolha em prejuízo do interesse público.

25º) Na seleção do parceiro privado, como estabelece o inciso II do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, a empresa estatal não se submete à disciplina da licitação e da contratação direta por dispensa e inexigibilidade. Ainda assim, em consonância com os princípios que balizam o exercício da função administrativa, a previsão contida nesse dispositivo enseja três constatações: (a) a escolha direta de um parceiro privado só se justifica em face da inviabilidade de um procedimento competitivo; (b) quando inviável o procedimento competitivo, a escolha do parceiro privado não se submete ao procedimento de contratação

por dispensa e inexigibilidade de licitação das empresas estatais, devendo ser justificada e ocorrer necessariamente em função de características particulares que se relacionem com a oportunidade de negócio; (c) quando viável, o procedimento competitivo também não se submete à disciplina que rege as licitações das estatais, devendo ser adaptado às especificidades da formação de relações associativas empresariais em consonância com os princípios administrativos, com etapas e competências pré-estabelecidas, requisitos de habilitação e critérios de avaliação objetiva dos interessados voltados à seleção do parceiro com as características mais adequadas para o aproveitamento da oportunidade de negócio.

26º) A inviabilidade do procedimento competitivo se verifica quando as circunstâncias indicarem que só existe um agente econômico com características singulares para suprir as necessidades que motivaram a parceria empresarial; ou quando a realização de um procedimento competitivo, ainda que simplificado, puder comprometer oportunidades de negócio estratégicas. Sob tais circunstâncias, incumbe à empresa estatal demonstrar a adequação e a necessidade das características particulares do parceiro privado relativamente às especificidades da oportunidade de negócio específica e definida, bem como evidenciar a inviabilidade de competição.

27º) A realização de procedimento competitivo para a escolha do parceiro privado, quando viável, deve ser adaptada às práticas empresariais pertinentes à formação de parcerias estratégicas, com a possibilidade de negociação e de manutenção do sigilo comercial em determinadas etapas. O procedimento também deve ser estruturado com requisitos de qualificação e critérios de julgamento de ordem técnica, financeira, estratégica, dentre outros parâmetros pertinentes ao aproveitamento da oportunidade de negócio que, a um só tempo, viabilizem a formação de parceria mais vantajosa para a empresa estatal e a observância dos princípios contemplados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

28º) A tutela do interesse público e dos princípios administrativos exige a submissão da concepção e implantação das parcerias empresariais público-privadas a mecanismos de controle interno e externo da Administração Pública. Esses controles operam no nível da relação contratual travada entre o parceiro público e o parceiro privado (enfoque contratual) e também podem incidir sobre a atuação da sociedade personificada incumbida de executar o objeto da parceria empresarial (enfoque institucional). Diferentemente do controle contratual,

o controle institucional varia, em sua forma e intensidade, conforme o regime jurídico assumido pela sociedade de propósito específico. Caso a empresa estatal detenha a primazia do poder de controle, a sociedade de propósito específico submete-se aos mesmos mecanismos de controles que incidem sobre a sua controladora, ao passo que a primazia do controle pelo parceiro privado restringe a atuação dos órgãos de controle aos atos praticados pela estatal como acionista minoritária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Galvão de; SILVA, Salomão Quadros da. Considerações sobre o Estado empresário, Lei de Concessões e reformas constitucionais no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 30, p. 24-50, set./out. 1996.

ALMEIDA, Fernando Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335-349.

_____. PPP – Execução dos contratos: aspectos gerais. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Estudos sobre a lei das parcerias público privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-122.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do Amaral. **Licitações nas empresas estatais**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil: Seminários Planasa, 1979.

AMARAL, Renata do. O processo de internacionalização de empresas estatais de países emergentes: o caso da Eletrobras. Dissertação (Mestrado) - PUC/RJ, Rio de Janeiro, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A empresa público-privada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 890, p. 33-68, 2009.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano XLII, n. 132, out/dez, 2003.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011a.

_____. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos, os contratos relacionais, a boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 832, p. 115-137, fev. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Empresa estatal – associação com empresa privada sem licitação para constituírem sociedade de propósitos específicos que disputará licitação de concessão de serviço público – inviabilidade – inconstitucionalidade do art. 32 e §§ da Lei 9.074/95. **Revista Trimestral de Direito Público – RDTP**, n. 48, p. 147-153, 2004.

_____. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 88, p. 1-18, 1967.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A “joint venture” – uma perspectiva comparatista. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 42, p. 40-81, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, p. 1-29, maio/junho/julho 2008.

_____. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 222, p. 179-212, out/dez. 2000.

_____. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-64.

BASSO, Maristela. **Joint Ventures**: manual prático das associações empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BICALHO, Alécia. A Ressignificação da eficiência nas empresas estatais à luz da lei 13.303/2016. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Orgs.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017. p. 73-91.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BORGES, Agnes Pinto. **A parceria empresarial no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - PUC/SP, São Paulo, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0900.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969**. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2016. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST). **Boletim das Empresas Estatais Federais.** v. 6 (mar. 2018). Brasília: MP, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.816/RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF. 09 fev. 1994. **Diário de Justiça eletrônico:** Brasília, 13 mai. 1994.

BREMER, Ian. State Capitalism Comes of Age: the end of the free market ? **Foreing Affairs**, v. 88, may/jun 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996.

BRITO, Pedro Eduardo Fernandes. **Chamada pública para a formação de parcerias societárias entre os setores público e privado:** superando incertezas e promovendo a transparência. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 9-18, maio/junho/julho, 2012.

_____. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari. **Parceria Público-Privada.** São Paulo: Malheiros, 2005.157-181.

CAMMAROSANO, Márcio. Inexigibilidade de licitação – Conceito e preconceito. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 170, p. 58-65, fev. 2016.

CARNEIRO, Erimá. **As autarquias e sociedades de economia mista no Estado Novo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1994.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das Empresas Estatais e Endividamento Público**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 2. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 4, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COELHO, Carolina Jatobá. Inaplicabilidade do Capítulo I da Lei n. 13.303/2016 à exploração direta de atividade finalística e à contratação de terceiros para estabelecimento de parcerias visando oportunidades de negócios. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 73-99, jan./jun. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de Direito Comercial**: direito de empresa. 25^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 45-66, jan./mar. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

D'ALTE, Sofia Tomé. **A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

DALLARI, Adilson. Privatização, Eficiência e Responsabilidade. **Revista de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, p. 1-19, fev./mar./abr. 2006.

_____. Sociedade de economia mista – sócio estratégico – acordo de acionistas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 221, 2000.

_____. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. Novo estatuto das empresas estatais: obrigatoriedade de licitação e hipóteses de contratação direta. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, , 2017, p. 181-203.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, Universidade Federal Fluminense, ano 2, n. 2, v. 1, p. 188-215, jul./dez. 2016.

_____. Licitação. Associação entre empresa pública e privada. In: **Direito Administrativo: Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIEESE. **Empresas estatais e desenvolvimento**: considerações sobre a atual política de desestatização. São Paulo: DIEESE, 2018.

DUARTE, Rui Pinto. **Formas jurídicas de cooperação entre empresas**. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rpd_MA_15167.pdf>. Acesso em 09 set. 2018, p. 20.

ELETROBRAS. **Manual de SPE**: versão 3.0. 2017. Disponível em <http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de direito administrativo**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FIDALGO, Carolina Barros. **O estado empresário**: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017.

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes. “Affectio Societatis”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: _____. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27-68.

FRAZÃO, Ana. *Joint ventures* contratuais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 207, p. 187-211, jul./set. 2015.

_____. O abuso de poder de controle na Lei das Estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 107-140.

FRAZÃO, Ana. Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). **Estatuto Jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 113-165.

FREIRE, André Luiz. **O Regime de Direito Público na Prestação de Serviços Públicos por Pessoas Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de política administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 311-334.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALIZZI, Gustavo Oliva. A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero *joint venture*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 135, p.206-2018, jul-set. 2004.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**: casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Programa de Parcerias de Investimentos - PPI e o Direito da Infraestrutura. **Revista Eletrônica da PGE/RJ**, Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-13, 2018.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Vol. 2. Milão: Giuffrè, 1970.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo**: estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Sociedade de economia mista – Nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 222, 2000.

GROTTI, Dinorá. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-72.

GUEDES, Filipe Machado. **A atuação do Estado na economia como acionista minoritário: possibilidades e limites**. São Paulo: Almedina, 2015.

GUERRA, Luiz Antônio. **Franquia Pública e Sociedade de Propósito Específico: exploração de franquia pública através da SPE**. BJur/STJ, 2016.

GUERRA, Sérgio. As privatizações no atual contexto jurídico constitucional brasileiro. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). **Direito administrativo empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 371-394.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **As joint ventures das empresas estatais na Lei 13.303/16: inexigibilidade de licitação**. 16 ago. 2016. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/as-joint-ventures-das-empresas-estatais-na-lei-13-30316-inexigibilidade-de-licitacao/>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAURIQU, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 2, p. 465-473, 1945.

HM Treasury. **Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector**. 2010, p. 62. Disponível em <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225321/06_joint_venture_guidance.pdf> Acesso em 20 out. 2018.

HORBACH, Carlos Bastilde. Os princípios do serviço público na França e no Brasil. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes et al. (Orgs.). **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39-71.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 283-325, 2016a.

_____. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e não empresárias. **Revista Eletrônica da PGE/RJ**, Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2018.

_____. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39-58, 2016b.

_____. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 2012, p. 109-133, abr./jun. 1998.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLITGAARD, Robert. **Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention**. Washington: World Bank, 2000.

LAMY FILHO, Alfredo. Sociedade de Economia Mista – Joint Venture – Controle. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 190, p. 323-330, 1990.

_____; PEREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Acordo de comando e poder compartilhado. In: **Pareceres**, v. 2. São Paulo: Singular, 2004.

_____. O conceito jurídico de sociedade de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 79, p. 1-22, 1965.

LIMA, Rui Cirne. Direito Administrativo e Direito Privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 26, p. 19-33, out./dez. 1951.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. por Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-30.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo – AASP**, São Paulo, Ano XXIX, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Empresas estatais e parcerias institucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. A Licitação nas Entidades Paraestatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 132, p. 32-40, abr.-jun. 1978.

_____. Autarquias e Entidades paraestatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 68, p. 17-49, 1962.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. **Inexigibilidade de Licitação: repensando a contratação pública e o dever de licitar**. Curitiba: Zênite, 2016.

MENDONÇA, Heloísa. Pacote de privatizações de Temer é o maior em duas décadas, mas corre risco de não decolar. **El País**, 28 ago. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/26/economia/1503758227_512966.html>. Acesso em: 2017.

MICHAELIS **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XVIX: Contrato de sociedade. Sociedade de pessoas. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Vera. **Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: IFC, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, p. 1-23, fev. 2005.

_____. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**: volume 1. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 53-98.

_____. O direito administrativo da economia e a atividade intervintiva do Estado brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**: volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 153-180.

_____. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. A unificação de contratos administrativos de parceria e seu regime jurídico-societário. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 101-119, jan./mar. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

_____. Sociedades de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 270, p. 91-103, jul./set. 1999.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NESTER, Alexandre Wagner. **Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais: A hipótese do Art. 28, §3º, da Lei 13.303**. 17 ago. 2017. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/coluna-do-justen/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-empresas-estatais-18082017>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Llicitação pública e contrato administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. O Regime Jurídico das Oportunidades de Negócios para as Estatais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Orgs.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 575-591.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NOHARA, Irene. **Diálogo Competitivo**. Disponível em <<https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/>> Acesso em 09 set. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contrato Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada:** aspectos de direito público econômico (Lei n. 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Governança Pública e Parcerias do Estado:** A relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. Texto-base para a palestra proferida no Fórum de Estudos de Governança Social. Disponível em: <www.zenite.com.br>. Acesso em: 26 jul. 2018.

_____. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e PPP. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83-119.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado.** Coimbra: Coimbra, 1998.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Atuação Administrativa Consensual:** Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 177, p. 133-149, jul.-set. 1989.

PEREIRA, Bruno Ramos. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado:** monólogo ou diálogo público-privado? Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2227494/mod_resource/content/1/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. As Modalidades de *Joint Ventures* ou Parcerias Empresariais no Direito Brasileiro. **Revista Jurídica da Advocacia-Federal do Estado de Minas Gerais**, n. 1/2, p. 21-32, jan./dez. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. Preparação de Projetos de Infraestrutura no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil:** Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. São Paulo: IFC, 2015.

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

PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal:** modelo jurídico em crise? Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Empresa estatal:** função econômica e dilemas societários. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REISDORFER, Guilherme Dias. Instrumentos para gestão e controle das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 217-230.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria – formas associativas não personalizadas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 105, p. 37-42, jan./mar. 1997.

RODRIGUES, Bruno Leal. Formas de Associação de Empresas Estatais: Acordo de Acionistas, Formação de Consórcios e Participação em Outras Empresas. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). **Direito administrativo empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito Concorrencial:** as estruturas. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Murillo Giordan. Regime jurídico dos bens das empresas prestadoras de serviço público. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2015.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados:** da opacidade à visibilidade na administração pública. 377f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

_____. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual**. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

_____. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas que não integral a Administração Pública. In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 71-92.

SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. **Consorcio de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartir Latin, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vasco Manuel Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVEIRA, Henrique Lago da. O controle externo sobre desinvestimentos de empresas estatais: uma análise dos critérios utilizados pelo Tribunal de Contas da União no caso Petrobrás. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 61-93, jul./set. 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização:** Privatização, Concessões e Terceirizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: SUNFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Licitação e contrato administrativo**: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15-44.

_____. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre estado e particulares. **Cadernos FGV Projetos**. Edição sobre Parcerias Público-Privadas no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, ano 09, n.º 23, p. 54-60, jan., 2014.

_____. Procedimentos Administrativos de Competição. **Revista de Direito Público**, n. 83, p. 114-119, jul./set. 1987.

_____. Discretariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 6, jul/set. 2018, p. 379-390.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 245, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; MOTTA, Henrique Pinto. Empresas estatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais. In: _____. **Temas de Direito Público**: (estudos e pareceres). 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997a. p. 22-28.

_____. Empresa Estatal. Incorporação. Licitação. In: _____. **Temas de Direito Público**: (estudos e pareceres). 2º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997b. p. 1201-1208.

_____. Sociedade de Economia Mista. Incorporação de outra empresa. In: _____. **Temas de Direito Público**: (estudos e pareceres). 2º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997c. p. 1153-1158.

_____. Regime Jurídico das Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 242, out-dez. 2005, p. 85-93.

TREBAT, Thomas. Uma avaliação do desempenho econômico de grandes empresas estatais no Brasil: 1965-1975. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 813-850, dez. 1980.

TREBAT, Thomas. **Brazil's State-Owned Enterprises**: A case study of the state as entrepreneur. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 2, p. 429-441, 1945.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre. **O direito de parceria e a lei de concessões:** (análise das leis n. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WEBER, Max. **O que é a burocracia?** Brasília: Conselho Federal de Administração – CFA, 2014.