

Empresas estatais e parcerias institucionais*

State-owned companies and institutional partnerships

*Floriano de Azevedo Marques Neto***

*Juliana Bonacorsi de Palma****

RESUMO

O presente artigo aborda o tema das parcerias nas empresas estatais considerando o regime jurídico das estatais e o potencial desses instrumentos de desenvolver a governança nas estatais, bem como propiciar a inovação tecnológica a partir da associação público-privada. Para tanto, o artigo parte da análise do regime jurídico-constitucional das empresas estatais, cujas recentes emendas constitucionais terminaram por viabilizar parcerias estratégicas das empresas estatais sem importar em burla ao dever de licitar. Na sequência, analisa a formalização fundamental das parcerias envolvendo as empresas estatais e os tipos de parcerias de que elas

* Artigo recebido em 27 de outubro de 2014 e aprovado em 26 de janeiro de 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v272.2016.64297>. Artigo redigido anteriormente à edição da Lei nº 13.303, de 30/06/2016.

** Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: floriano@manesco.com.br. Professor titular da Faculdade de Direito da USP e do programa de mestrado em regulação da FGV Direito Rio. Doutor pela Faculdade de Direito da USP.

*** Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: juliana.palma@fgv.br. Professora da FGV Direito SP, do GVLaw e da Universidade São Judas Tadeu. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.

podem se valer para satisfazer suas finalidades públicas. Casos concretos exemplificam as nossas análises. Ao final, apresentamos considerações sobre o cenário de mudança do direito público e seu impacto sobre as empresas estatais.

PALAVRAS-CHAVE

Empresas estatais — regime jurídico — Constituição — parcerias

ABSTRACT

This paper tackles the issue of state-owned companies' partnerships considering their regulation, the potential of governance increment, as well as how public-private associations can foster innovation. First, we analyze the constitutional norms applicable to state-owned companies and the recent amendments, which enabled strategic partnerships. This constitutional change does not imply bid rigging. Second, we study how the different types of the state-owned companies' partnerships and their correspondent formalization. Cases exemplify the analysis hereby developed. In the end, we discuss how the current changes in Brazilian public law may impact the regulation of the state-owned companies.

KEYWORDS

State-owned companies — regulation — Constitution — partnerships

1. Introdução: transformações no direito público e recentes pautas de debates sobre as empresas estatais

Afirmar que o direito público enfrenta um cenário em transformação é um lugar-comum. Notadamente no caso brasileiro, foram significativas as mudanças procedidas no direito administrativo em curto período, perpassando desde os temas mais clássicos — organização administrativa, serviços públicos e poder de polícia, por exemplo — até mesmo os formatos mais inovadores de condução da coisa pública, ainda antes inexistentes ou pouco explorados, em especial quanto ao relacionamento entre o poder público e os particulares.

De fato, no campo da interdependência público-privada, coloca-se a parceria como um dos flancos desta transformação do direito administrativo. Não que ela fosse desconhecida da prática administrativista, mas havia tempo que a administração pública preferia a atuação direta em detrimento da celebração de parcerias, normalmente convencionadas em contratos. Nessa medida, 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.

Sem afastar a relevância dessa discussão — que em grande medida sofisticou a atuação administrativa, tornando-a mais técnica e eficiente no alcance das finalidades públicas —, é necessário aprofundar os estudos para tomar a adequada dimensão das parcerias na administração pública que, em nosso entender, apresentam outras expressivas vertentes ainda pouco trabalhadas. Esse é o caso das parcerias envolvendo as empresas estatais.

O direito administrativo brasileiro prima por se desenvolver sobre grandes dicotomias, a exemplo do interesse público *vs.* interesse privado, serviço público *vs.* atividade econômica e autoridade *vs.* liberdade. Na temática da delegação de serviços públicos, a separação entre prestação direta e prestação indireta pode levar à precipitada conclusão de que as empresas estatais, como corolário da atuação direta estatal na economia, seriam refratárias às parcerias público-privadas (tomadas em sentido amplo). Admitir a possibilidade de as empresas estatais travarem contratos com os particulares não significa necessariamente alocá-las no fenômeno das parcerias entre poder público e particulares, pois, em muitos contratos, o parceiro privado não passaria de simples prestador de serviço, fornecedor de bem ou executor de obra, estando alheio ao modo de condução dos negócios pelas estatais.

Ocorre que a prática das empresas estatais mostra cada vez mais casos de parcerias com os particulares. Parcerias integram efetivamente o plano estratégico das empresas estatais, o que confirma a óbvia consideração de que elas não ficaram incólumes ao fenômeno das parcerias. A interdependência público-privada também se apresenta no campo dos negócios públicos das estatais.

Não se diz aqui que a soma de interesses públicos e privados seja novidade. As sociedades de economia mista são entre nós já antigas demonstrações deste

concurso. Porém, o objetivo do presente texto é apresentar o debate sobre modelos inovadores de parceria entre empresas estatais e particulares que viabilizam a consecução das finalidades negociais e públicas pelas estatais de forma mais eficiente. Foi privilegiada a parceria estratégica, principal formato de parceria na pauta dos debates, o que permite retratar o estágio de maturação sobre as estatais no panorama brasileiro. Tomando como premissa o dado de que as parcerias impactam o regime jurídico das empresas estatais, um ponto importante a ser investigado no texto corresponde às nuances de regime de acordo com o tipo de parceria firmado.

Assim, este texto é composto por duas principais partes. Na primeira, trabalharemos o regime jurídico dos entes empresariais públicos. Para melhor elucidar o ponto, o tema das licitações será analisado em maior profundidade, considerando o questionamento do dever de licitar insculpido na Constituição Federal ante a necessária escolha, pelas estatais, dos parceiros privados pelas estatais, por vezes estratégicos. Questionaremos a uniformidade do regime jurídico aplicável às empresas estatais em face das variadas conformações jurídicas das estatais. Na segunda parte do texto serão discutidas as novas pautas de debates sobre as parcerias nas estatais, considerando a associação estratégica público-privada como relevante instrumento de aperfeiçoamento das empresas estatais. Os modelos de parcerias entre empresas estatais e particulares serão analisados quanto à funcionalidade dos mesmos para a atuação negocial pública, vantagens comparativas, impactos sobre o regime jurídico das empresas estatais e limitações públicas às quais se sujeitam. Ao final, proporemos pauta de discussão sobre as situações em que celebrar parcerias se apresenta como uma interessante alternativa à atuação das empresas estatais.

2. Regime jurídico dos entes empresariais públicos

À medida que as empresas estatais se aproximam da dinâmica de mercado com uso cada vez mais recorrente de instrumentos negociais típicos do direito privado, dúvidas se colocam quanto ao seu regime jurídico. Ademais, a crescente construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) corrobora para a flexibilização de tradicionais fronteiras do regime jurídico das estatais — o tema da extensão dos privilégios autárquicos às empresas estatais “prestadoras de serviços públicos” é emblemático. Trata-se de novas

complexidades que suscitam dúvidas de regime jurídico, o que, no caso brasileiro, jamais esteve perto de ser uma coisa tranquila.

A proposta do presente item é expor o quadro de discussões — clássicas e atuais — do regime jurídico das empresas estatais no Brasil, especialmente no que toca o regime constitucional ditado pela Constituição Federal de 1988, com expressiva aplicabilidade prática. Diante da inviabilidade de trabalhar com profundidade todos os tópicos de regime jurídico das estatais, elegemos o caso paradigmático das licitações nas estatais para analisar, de modo mais aprofundado, de modo a reconhecer os nós teóricos, as dúvidas e os debates sobre um tema de sensibilidade prática e relevância teórica. Na medida do conveniente, não nos furtaremos em nos posicionar sobre os temas em debate.

2.1 Regime das empresas estatais: o desafio da disciplina jurídica da atividade empresarial pública

O regime jurídico das empresas estatais é um dos grandes nós teóricos do direito administrativo. Não é por outra razão que o crescimento da atuação empresarial estatal foi vetor da chamada primeira crise do serviço público.

Diante de uma dinâmica empresarial pública caracterizada pela diversidade de atividades desenvolvidas por meio de estruturas estatais bastante particularizadas, estabelecer um único regime jurídico disciplinador da organização e funcionamento das empresas estatais torna-se um inquestionável desafio. De fato, colhe-se do direito administrativo brasileiro exemplares de estatais com modelo de funcionamento particularizado: tipo de atividade empresarial, gestão do quadro de pessoal e organizacional, estratégia de negócio e política de relacionamento governamental, são todos elementos que variam, significativamente, de estatal para estatal.

No Brasil, as empresas estatais tiveram ápice na estrutura organizacional do Estado nas décadas de 1960-70. Em consonância com a política governamental vigente à época, que pode ser bem detectada no II PND de 1967, as empresas estatais desempenhariam o papel de promover o desenvolvimento nacional por combinar a regulação e a prestação de serviços públicos, então monopolizados. Em termos jurídicos, foi o momento de consolidação do regime jurídico das empresas estatais, tendo o Decreto-Lei nº 200, de 1967, desempenhado relevante papel nesse sentido. Não é despendendo afirmar que os principais diplomas normativos que disciplinam o funcionamento das empresas estatais foram estabelecidos em um momento

histórico determinado, com marcada orientação político-desenvolvimentista e prática empresarial pública que refletia uma leitura dos instrumentos de direito administrativo.

Hoje colocadas em um cenário marcadamente diverso daquele em que foram modeladas, as empresas estatais ainda são regidas por normas que remontam o “Estado-empresário”, quando o Estado brasileiro era assim reconhecido devido à proeminência das estatais na atividade econômica. Tal “passivo normativo” torna ainda mais complexa a definição do regime jurídico das empresas estatais, pois não raras são as vezes em que se depara com contradições entre o modelo jurídico e a conformação prática de atuação dessas empresas estatais. O exemplo do conceito de sociedade de economia mista é bastante elucidativo do exposto.

De acordo com o art. 5º, inc. III, do Decreto-Lei nº 2.006/1967, a sociedade de economia mista era definida pela maioria do capital votante sob domínio estatal (concepção patrimonial de controle). A edição de Lei nº 6.404/1976, na qual resta claro que poder de controle não se resume a controle patrimonial,¹ e a sucessiva adoção de instrumentos negociais típicos das estruturas societárias privadas, notadamente o acordo de acionistas e o *golden share*, puseram em xeque a definição da sociedade de economia mista pela pertença da maioria do capital da estatal. Mais condizente com o cenário negocial no qual as estatais hoje se inserem, a noção de “poder de controle” consiste em interessante alternativa conceitual às sociedades de economia mista, a qual foi, inclusive, recepcionada pelo Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração² para substituir o Decreto-Lei nº 200/1967. As sociedades de economia mista passam a ser reconhecidas, portanto, como as empresas estatais em que se verifica a situação fática de o Estado deter poder de controle e, assim, determinar as deliberações da assembleia geral de acionistas.

Por fim, a própria promulgação da Constituição Federal de 1988 pode ser indicada como mais um elemento de dificuldade da definição do regime jurídico das empresas estatais ao tratar de modo pormenorizado a estrutura

¹ É o que se depreende do art. 116 da Lei nº 6.404/1976, segundo o qual a existência do controle depende de dois elementos, quais sejam: (i) deter direito a voto que assegure a maioria nas deliberações, qualquer que seja o critério para compor esta maioria, e (ii) exercer de fato o controle das decisões societárias.

² Elaborado pela Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/leiorganica/anteprojeto.pdf>.

e funcionamento da administração pública, o que abrange por decorrência lógica as empresas estatais. Importa assinalar que a Constituição de 1988 procedeu quase que a uma “recaptura” pelo direito público das entidades estatais constituídas e modeladas à luz do direito privado. Como reação aos desvios, a Carta adotou opção que, malgrado seu caráter moralizador, acabou por praticamente erradicar as vantagens que advinham da criação dos entes estatais de direito privado. Ao equipará-los aos entes da administração direta e submetê-los ao regime de direito público (especialmente no tocante aos procedimentos de contratação de pessoal, previsões orçamentárias e licitações), inicialmente sem nenhuma temperança, a CF inaugurou uma situação jurídica peculiar.

Apesar de dificultosa, a definição do regime jurídico das empresas estatais é uma etapa intransponível à compreensão do funcionamento dessas entidades.

Para tanto, reputamos adequado não lastrear a análise do regime jurídico na dicotomia empresa pública-sociedade de economia mista, o que seria insuficiente para reconhecer todas as nuances da disciplina jurídica empresarial. Na verdade, quando estamos diante do direito administrativo 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*. Assim, assumimos que o adequado reconhecimento do regime jurídico das empresas estatais passa pela identificação das regras atinentes à relação que a pessoa jurídica mantém com o poder público (regime de gestão, como as regras de contratação e concurso público, p.ex.) e aquelas referentes à natureza do cometimento em apreço (regime de prestação da atividade, a exemplo das regras de continuidade, universalidade e modicidade tarifária).

Muitas das estatais se submetem ao regime jurídico de direito privado tanto na sua gestão quanto na atividade de que se ocupam. No entanto, pode haver ente sujeito ao regime de direito público quanto à gestão e que explore atividade sujeita ao regime de direito privado no tocante à prestação,³ e, ainda, empresa sujeita ao regime de direito público tanto na gestão quanto na prestação da atividade.⁴

³ É o exemplo do Banco do Brasil, sociedade de economia mista controlada pela União exploradora de atividade financeira sujeita ao regime de direito privado (ainda que fortemente regulado).

⁴ No geral, as empresas concessionárias de serviços de energia controladas pela União, a exemplo da Furnas, ou pelos estados (Cemig e Eteep, p.ex.) são disciplinadas pelo regime de direito público, quer seja na gestão, quer seja na prestação da atividade.

Exatamente por ser o ponto mais controverso da definição do regime jurídico das empresas estatais, convém estudar de modo mais detido o regime de direito público no tocante à gestão das empresas estatais.

A identificação do regime jurídico das empresas estatais passa, primeiramente, pela análise dos preceitos constitucionais relacionados com a dinâmica empresarial pública, o que, certamente, não se restringe à coleta dos preceitos que versam sobre a estrutura orgânica das empresas estatais. Além dos preceitos normativos constitucionais que dispõem sobre a organização de empresas públicas e sociedades de economia mista, princípios, especialmente os dispostos no Título da Ordem Econômica, e preceitos constitucionais orientadores da atuação administrativa empresarial conformam o regime jurídico das empresas estatais em sede constitucional. Da análise do conjunto normativo constitucional, depreende-se o próprio papel exercido pela Constituição Federal na modelagem das empresas estatais no direito administrativo brasileiro.

De um modo geral, a Constituição de 1988 adotou como uma de suas grandes diretrizes, no que toca ao direito administrativo, a valorização do regime de direito público, procedendo quase que a uma “recaptura” pelo direito público das entidades estatais constituídas e modeladas à luz do direito privado. As diversas sujeições constitucionais das entidades de direito privado quanto a procedimentos de contratação de pessoal, previsões orçamentárias e licitações, especialmente, terminaram por equipará-las à administração direta e autárquica. Apesar do fundamento moralizante da ampliação constitucional do regime de direito público, não se pode deixar de apontar para a consequência inevitável de praticamente erradicar as vantagens que advinham da adoção do modelo de gestão privado no desenvolvimento das competências administrativas.

As empresas estatais atuantes em atividades econômicas em sentido estrito passaram a ter as “desvantagens” (as restrições materiais e procedimentais enrijecedoras da gestão) da submissão ao regime público, sem direito a vantagem não extensiva às suas congêneres privadas (é dizer, não controladas pelo Estado), pois expressamente vedado pelo art. 173, §§1º e 2º, da Constituição Federal.⁵

⁵ É a jurisprudência do STF: “Esse[s] preceito[s] veicula[m] norma de equiparação, que visa a deslegitimar qualquer liberação do Poder Público que, ao conferir privilégio a entidades paraestatais que explorem atividade econômica, importe em tratamento discriminatório incompatível com os postulados constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência entre os diversos agentes econômicos” (MS Nº 21.322-1-DF, rel. min. Paulo Brossard, 3 dez.

É bem verdade que muitas empresas estatais não estarão sujeitas a vários dos condicionamentos da atividade pública em função de seu caráter empresarial: elas se aproveitam de vários mecanismos de agilidade de decisão e de atuação inerentes à forma societária que assumem,⁶ gozam de maior liberdade nas contratações para cargos de direção e assessoramento e de maior elasticidade nas relações trabalhistas com seu pessoal, tendo em vista que, além de serem regidas pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, as remunerações são estabelecidas de acordo com as regras do mercado.⁷

Acrescento ainda que essa característica empresarial advém do conteúdo econômico da atividade, mais do que de seu enquadramento como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito.

A Emenda Constitucional nº 19 tentou alterar um pouco esse cenário ao traduzir juridicamente a reforma gerencial da máquina da administração pública, orientada pela eficiência na satisfação das finalidades públicas. No que tange às empresas estatais, a proposta da referida emenda constitucional correspondeu a aliviar o processo de adstrição das empresas estatais ao regime de direito privado. E o fez num momento em que o papel do Estado em face do domínio econômico (e, por consequência, das empresas por ele controladas, que são instrumentos dessa atuação) passava por uma significativa transformação. Esta nova disciplina constitucional trouxe significativos impactos, a exemplo da implosão da dicotomia serviços públicos *vs.* atividades econômicas em sentido estrito com a introdução da noção de competição na prestação de serviços públicos.

2.2 Identificação do regime jurídico das empresas estatais

A identificação do regime jurídico das empresas estatais corresponde a um dos pressupostos de análise teórica desses entes, bem como a uma diretriz de baliza da atuação das estatais, a qual tanto conforma sua organização

1992). Nesse Acórdão é de se destacar o voto vencido do ministro Marco Aurélio para quem a regra do artigo 173, §1º, afastaria a aplicação de institutos de direito público previstos no artigo 37.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 120.

⁷ Ressalta-se que se a empresa for federal, como ocorre no caso da ECT, os gastos com pessoal não podem exceder o teto fixado pela União. Ver GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 437.

societária quanto delinea o modo de exercício das correspondentes competências. A identificação do regime jurídico não é apenas relevante, portanto, à teoria do direito administrativo, mas especialmente funcional na ação concreta das estatais, de modo que o critério de identificação do regime jurídico aplicável a essas entidades deve guardar correspondência com o atual cenário prático no qual se inserem. Um ponto de partida é investigar a atividade que se exerce e se a mesma se desenvolve em ambiente de competição ou não.

As atividades econômicas, em sentido amplo, consideradas serviços públicos podem ser prestadas em regime de exclusividade, a exemplo da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), ou de competição, tal qual o serviço telefônico fixo comutado (STFC) no âmbito do setor de telecomunicações. O sistema econômico público também recepciona as atividades econômicas em sentido estrito, que não se confundem com serviços públicos, exploradas em regime de monopólio ou de competição. Como exemplo do primeiro caso, são as atividades afetas ao beneficiamento e comercialização de minerais nucleares (art. 177, inc. V, CF).

O problema se coloca efetivamente quanto às atividades econômicas em sentido amplo. Nesse caso, importa verificar se a atividade está, ou não, sujeita a competição. Quando 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. Se o Estado tem por necessária sua atuação (absolutamente excepcional para as atividades econômicas nos termos do art. 173 da Constituição Federal) em competição com os particulares, nenhum sentido haverá em manietar-se, impondo-se regras que o tornam um competidor frouxo, pouco agressivo, incapaz de fazer frente à disputa de mercado.

O contrário se verificaria, porém, com relação às empresas estatais monopolistas, pois a ausência de competição esvazia a natureza econômica própria aos negócios privados. Faz-se menos sólida a defesa da derrogação do regime de direito público que, em regra, deve nortear a atuação dos entes estatais.

2.3 A submissão das empresas estatais aos preceitos constitucionais

Uma peculiaridade do sistema de direito administrativo brasileiro corresponde ao papel central que a Constituição Federal assume na organização e funcionamento da administração pública. Há forte linha doutrinária

analisando a chamada *constitucionalização* do direito administrativo. Seria o sistema de direito administrativo orientado pela Constituição Federal? A Constituição teria função de elemento unificador e harmonizador do direito administrativo a tal ponto que a atuação administrativa poderia retirar seu fundamento de validade no próprio texto constitucional? Qual seria o valor prático e simbólico da forte presença da Constituição na dinâmica administrativa?

Duas visões sobre o chamado *fenômeno da constitucionalização* são de grande utilidade para enfrentarmos o tema que, certamente, não pode ser relegado ao plano abstrato das discussões acadêmicas. Sua importância prática é indiscutível.

A primeira delas é reconhecida a partir do posicionamento de Luís Roberto Barroso. Para o autor,

[a] ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.⁸

A segunda visão questiona a existência do “fenômeno da constitucionalização”, embora não descure de evidenciar implicações práticas do tratamento constitucional do direito administrativo. Carlos Ari Sundfeld, sobre o assunto, interpreta:

[m]eu argumento é que, nesses 20 anos de debate jurídico sobre os conflitos da política, da economia, da sociedade em geral, é esse sentimento — e não o próprio conteúdo da Constituição — o elemento fundamental da chamada “constitucionalização do direito” no Brasil. Nestes anos, foi impressionante, nas discussões em livros e processos, a perda do prestígio da lei, em favor de soluções inventadas pelos inte-

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o trunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: maio 2012. p. 9. Nesse sentido também vai BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ressados (professores, advogados, promotores, juízes), com a invocação convencional de princípios constitucionais — muitas vezes “implícitos”, e de conteúdo, sentido e alcance totalmente indeterminados.⁹

Sem tomar partido nesse debate ainda em construção, o ponto que sustentamos é mais pragmático e pode assim ser resumido: *devido à ampla disciplina constitucional do direito administrativo, a Constituição Federal constitui importante norma de condicionamento da atuação administrativa.*

De fato, a Constituição Federal congrega inúmeros princípios e regras de incidência direta sobre a administração pública. São diversos os tipos de normas constitucionais com incidência sobre o sistema de direito administrativo: fundamentalmente, normas que conferem privilégios à administração pública, normas garantistas dos cidadãos ante o poder público,¹⁰ normas que disciplinam a organização e o funcionamento da máquina pública, normas que viabilizam o controle da ação administrativa e normas que buscam conferir contornos à interação entre os Poderes no exercício da função pública. Quer-se com isso afirmar que a Constituição Federal se faz presente no cumprimento das competências administrativas pela administração direta e indireta, inclusive pelas empresas estatais, objeto deste estudo.

O debate sobre a constitucionalização do direito administrativo, contudo, abre outro flanco de discussão correspondente aos *princípios constitucionais*. Essa é a grande preocupação dos publicistas com a constitucionalização do direito administrativo. Tendo a Constituição expressiva carga principiológica, não são apenas as regras constitucionais que integram o regime jurídico da administração pública, mas também os princípios conformam os limites jurídicos da atuação administrativa.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 32, 2008.

¹⁰ Para Odete Medauar, o valor da Constituição Federal de 1988 está na sua vertente garantista, pela qual direitos oponíveis ao poder público são conferidos constitucionalmente aos particulares para defesa ante prerrogativas públicas. Dessa forma, a Constituição seria efetiva catalisadora da evolução do direito administrativo. “Vê-se que a Constituição de 1988 prioriza os direitos das pessoas físicas e jurídicas, havendo muito mais sujeições à Administração que prerrogativas. [...] No curso de 20 anos, a Constituição revelou-se catalisadora da evolução do Direito Administrativo e de práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas. Mas ainda não é suficiente, em especial no tocante à prática administrativista, com cidadãos ainda tratados como súditos, em contraste à Constituição.” MEDAUAR, Odete. Constituição Federal de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo? *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 99, p. 44, 2008.

Porém, *como* se aplicam os princípios? Há preocupações legítimas com relação ao emprego dos princípios.

Por outro lado, a mesma utilização dos princípios é valorizada por parcela da doutrina que reconhece relevante papel dos princípios na dinamização do sistema jurídico em razão de sua abertura normativa. Trazemos aqui o posicionamento de Gustavo Binenbojm, para quem:

Neste novo cenário, valoriza-se ao extremo o papel dos princípios constitucionais. No passado, o elevado nível de generalidade e abstração destes princípios constituía argumento para a negação da sua eficácia normativa. A doutrina contemporânea, rotulada como pós-positivista, tem enfatizado, em uníssono, a força vinculante da principiologia constitucional, que não depende da mediação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos jurídicos.

Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meios de integração do Direito, a serem utilizados apenas em casos de lacuna; convertem-se em autênticas normas, situadas, pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica. O seu alto grau de abstração torna-os, por outro turno, um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a estes ductibilidade necessária para a acomodação de novas demandas que surgem em uma sociedade de permanente mudança.¹¹

2.3.1 Aplicação dos preceitos constitucionais à dinâmica de atuação das estatais

É fato que a Constituição obriga todos os entes públicos (inclusive as estatais) à observância dos princípios da administração pública constantes do *caput* do artigo 37. A questão que vem posta, porém, não é a da observância ou não dos princípios gerais da administração pública e sim i) da gradação desses princípios em face das atividades desenvolvidas por estatais à luz dos objetivos previstos na lei que as institui; e ii) do equilíbrio entre eles.

¹¹ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 174.

A gradação de um determinado princípio da administração (ao qual todos os seus entes estão sujeitos) dependerá, por óbvio, da natureza da função exercida pelo ente e das finalidades de interesse público por ele perseguidas.

Como parte da administração pública, as estatais se sujeitam aos princípios constantes do artigo 37, *caput*. Porém, parece-me óbvio que sua submissão a eles há de se dar em intensidade e modo diversos do que ocorre, por exemplo, com os órgãos da administração direta. A submissão de uma estatal ao princípio da legalidade existe desde sua origem (ver artigo 37, XIX). Contudo, o princípio da legalidade se aplica no devir da atividade das estatais competitivas com contornos bastante distintos, por exemplo, daqueles verificados na administração direta. Da mesma forma ocorre com o princípio da eficiência. Se para uma estatal que explore atividade econômica em regime de competição os parâmetros de eficiência podem ser assemelhados àqueles utilizados pelos particulares, certamente tais parâmetros não terão os mesmos contornos na aplicação desse princípio na atividade de polícia.

Portanto, ao aplicar os princípios da administração pública às empresas estatais que atuam em mercados competitivos, sempre se terá que amoldar tais princípios à especificidade da atividade desempenhada por essas empresas, levando em consideração sua finalidade e natureza.

Aplicar os princípios da administração às empresas estatais sem ter em conta suas especificidades seria aplicar os princípios para negá-los. Com efeito, já pudemos asseverar anteriormente que a criação de uma empresa estatal para atuar na atividade econômica em competição com os particulares só é possível i) se houver interesse público nesta intervenção e ii) se a lei expressamente assim determinar, vinculando a criação da estatal aos objetivos que ela perseguirá. Ora, se fosse para submeter as estatais aos princípios da administração com os mesmos contornos e implicações verificados na administração centralizada, restaria negada a razão de existência da empresa.

Vê-se, pois, que, malgrado nenhum princípio da administração possa ser afastado, *prima facie*, da aplicação às estatais, sua aplicação no contexto delas (mormente quando atuando em regime de competição) haverá de se dar com incidência e combinação peculiares.

No campo das empresas públicas e das sociedades de economia mista, a adstrição à *legalidade* estará presente. Porém, não será exigível a legalidade estrita ou o princípio da reserva legal. Os dirigentes da companhia haverão de — observados os contornos de finalidade e de objetivos previstos na lei que cria a estatal — atuar em conformidade com os estatutos da companhia, com as deliberações das assembleias e dos demais órgãos de direção, em

conformidade com a legislação societária. Certo é que não poderão descumprir lei alguma. Porém, não creio que neste ambiente se possa dizer que o dirigente da estatal só possa agir “quando a lei assim expressamente o determinar”.

No tocante à *impessoalidade*, também deverá ela pautar a atuação de uma estatal e de seus dirigentes. Porém, isso não poderá interditar que um banco estatal desenvolva produtos centrados na individualidade de cada cliente (seguindo a tendência de customização das atividades de serviços) ou que uma seguradora ofereça descontos em função do perfil pessoal de sinistralidade dos seus segurados.

Quanto à *moralidade*, também se impõe a adequação do princípio ao ambiente da atividade econômica competitiva. Certo está que não se poderá transpor os limites da probidade ou dos padrões de conduta socialmente aceitáveis. Porém, não parece razoável igualar a conduta ética que se exige na administração direta com a ética que há de se exigir no mundo dos negócios competitivos. Certamente seria censurável que um dirigente de um órgão de trânsito oferecesse benefícios ao subordinado seu que aplicasse mais multas aos infratores de trânsito (e, conseqüentemente, ensejasse maior arrecadação aos cofres públicos). Doutro lado, não feriria a ética das relações concorrenciais que a diretoria de um banco estatal promovesse um gerente de agência que conseguiu trazer para a instituição financeira estatal clientes que eram correntistas do banco privado vizinho. Afinal, se a lei determinou que a estatal atuasse em regime de competição, não há por que essa atuação ser privada de instrumentos próprios ao mercado.

No tocante ao princípio da *publicidade* a diferença é ainda mais gritante. Se no âmbito da administração pública centralizada a publicidade de todos os atos e procedimentos deve ser ampla, no campo da atividade empresarial desenvolvida sob a égide da competição, em alguns casos, a publicidade deverá ceder lugar para o sigilo empresarial, sob pena de frustrar a própria atividade da companhia. A esse tema retomo logo mais.

Por derradeiro, no concernente ao princípio da *eficiência* as nuances são claras. É certo que todo ente público deve perseguir padrões de eficiência como forma de melhor atender ao interesse público. Porém, não de ser distintos os padrões de eficiência exigíveis de uma empresa estatal competitiva e de um órgão público. Na administração centralizada o princípio da eficiência se identifica com o princípio da proporcionalidade (adequação entre fins e meios e manejo das competências administrativas na medida do estritamente necessário). Já na atividade de uma empresa estatal submetida ao regime

de competição, o princípio da eficiência haverá de ser buscado estritamente pelos resultados: i) resultados econômicos (rentabilidade); ii) resultados das concorrências (ocupação de fatias de mercado); e, principalmente, iii) resultados de interesse público (cumprimento das finalidades que justificam a existência da estatal).

Firmamos, portanto, nosso entendimento quanto a esse tópico no sentido de que: a) é indesviável a submissão das empresas estatais (como entes da administração indireta que são) aos princípios da administração pública; b) porém, a aplicação desses princípios a essas empresas não há de ser idêntica ao que ocorre com o restante da administração; c) o equilíbrio entre os princípios e os contornos destes deve ser tal que permita a adequação às finalidades da estatal, mormente aquela que atua sob regime de competição; d) negar esse sopesamento importaria em ferir a um só tempo princípios sobremodo relevantes como a legalidade e o interesse público.

2.3.2 O caso paradigmático das licitações nas estatais

O direito administrativo brasileiro pode ser hoje lido como o resultado conflitivo entre tradicionais construções teóricas e reformas institucionais compassadas com leituras doutrinárias contextualizadas em dinâmicas práticas da administração pública. Debates são intensos no direito administrativo brasileiro e traduzem, com muita frequência, posicionamentos ideológicos e formais de compreensão do papel do Estado no desenvolvimento econômico-social. Notadamente, o regime jurídico sofre influxo desse panorama e pode ser apontado como um dos principais temas de discussão prática e acadêmica.

No âmbito das empresas estatais, a questão do regime jurídico ganha contornos peculiares. A assertiva amplamente aceita de que as empresas estatais são submetidas ao regime de direito privado parcialmente derogado pelo de direito público se mostra um tanto mais dificultosa quando levada à prática empresarial pública. Afinal, quais seriam essas derrogações de ordem pública? Qual seria a extensão do regime de direito privado na atuação empresarial estatal? Concretamente considerados, tais questionamentos abrem flancos de debates com impacto direto na organização e funcionamento das empresas estatais no Brasil.

Some-se ao exposto o fato de as empresas estatais terem passado por significativa mudança de disciplina jurídica com a Reforma do Estado, que tem na Emenda Constitucional nº 19/1998 seu principal símbolo jurídico.

Paralelamente ao processo de desestatizações conduzido ao longo da década de 1990, as regras constitucionais sobre as empresas estatais modificaram-se, o que intensificou as controvérsias relacionadas com o regime jurídico das estatais.

O caso das *licitações nas empresas estatais* é emblemático. Trata-se de um dos pontos de maior controvérsia em torno do funcionamento das estatais, cuja análise passa por preocupações teóricas, mas especialmente por aquelas de ordem eminentemente prática, tendo em vista ser o procedimento licitatório uma variável considerável na eficiência da atuação empresarial pública. A sensibilidade desse tema faz com que a esfera de diálogo se amplie e não raro sejam reconhecidas discussões na quase totalidade das instituições com que a administração pública se relaciona, com destaque para o Tribunal de Contas da União (TCU) e para o Supremo Tribunal Federal (STF). Também o caso das licitações nas empresas estatais é representativo do panorama exposto, razão pela qual serve de interessante porta de entrada para um cenário maior.

Podemos analisar o tema das licitações nas estatais com a dupla finalidade de exemplificar o que foi discutido até então, bem como para demonstrar, por meio de um caso concreto, a complexidade em torno da definição do regime jurídico das empresas estatais.

No contexto da Reforma do Estado, a EC nº 19/1998 trouxe significativas modificações à disciplina constitucional das empresas estatais. Buscou-se, especialmente, reafirmar a submissão das estatais ao regime de direito privado, ainda que parcialmente derogado pelo direito administrativo mínimo. Com essa medida, inverteu-se o sentido até então dado ao termo, para afastar equiparações de regime das empresas estatais às autarquias, como ímpeto pretenderá o constituinte originário aí estabelecer regime administrativo único à administração pública direta e indireta como estratégia de moralização da gestão pública.

A primeira significativa mudança trazida pela EC nº 19/1998 corresponde à alteração da competência legislativa privativa da União para editar normas gerais sobre licitação e contratação, segregando a competência para estabelecer o regime de contratações das empresas submetidas ao regime do artigo 173. Dispôs assim o texto emendado:

Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII — normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações pública diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, §1º, III.

O novo texto deixa claro haver dois corpos de normas gerais a serem editados no exercício da referida competência da União: i) as normas gerais para a administração direta, autárquica e fundacional (esta adstrita aos ditames do art. 37, XXI, CF) e ii) normas gerais para empresas estatais e sociedades de economia mista, estas à luz do disposto no artigo 173, §1º, III, CF. O novo art. 22, XXVII, permite identificarmos agora dois regimes de contratação: i) um aplicável à administração centralizada, pautado pelo artigo 37, XXI, e concretizado pela Lei nº 8.666/1993;¹² ii) outro, a que se sujeitam as empresas estatais, referido no artigo 173, §1º, III e expressamente adstrito apenas “aos princípios da administração pública”.

Assim, mesmo que ainda não tenha sido editada a lei definindo o “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”, contemplando inclusive o regime de licitações que lhe é peculiar, as alterações perpetradas pela EC nº 19 já produzem efeitos na ordem jurídica. Deveras, com a Emenda Constitucional em apreço alguns dispositivos da Lei nº 8.666/1993 ou não foram recepcionados pela Constituição emendada, ou estão a merecer interpretação conforme¹³ a nova locução constitucional.

O primeiro é o artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Licitações no que concerne à afirmação peremptória de que estão subordinadas plena e integralmente às suas disposições “as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente” pelas pessoas jurídicas de direito público interno. Ora, se a Constituição dividiu a competência privativa da União em duas (para editar normas gerais aos entes estatais centralizados e outra para reger as licitações das estatais), só vinculando a primeira delas ao regime do artigo 37 não parece conformar-se com o texto constitucional disposição que faz as normas gerais de uma serem obrigatoriamente aplicáveis àquelas outras. Ainda que se entenda

¹² Que desde sua ementa reconhece o objetivo de regulamentar o artigo 37, XXI, da Carta.

¹³ Sobre interpretação conforme à Constituição ver, por todos, MENDES, Gilmar Ferreira. *Interpretação conforme à Constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 193, p. 47-57, 1993.

recepção do dispositivo em apreço, se há de dar a ele interpretação conforme para dele emergir uma aplicação menos rigorosa e vinculante das normas da Lei nº 8.666/1993 às estatais submetidas ao disposto no artigo 173.

Outro é o artigo 119, na sua parte final. Com efeito, a locução “ficando sujeitas às disposições desta lei” no tocante às sociedades de economia mista, empresas públicas e demais empresas controladas direta ou indiretamente pelos entes federados não pode ser considerada recepcionada pela Constituição pós-EC nº 19. Destarte, desde o advento da sobredita Emenda, é inconstitucional a regra do artigo 119, *in fine*. Segue daí que, até que seja editada a lei referida no artigo 173, §1º, *caput*, as empresas estatais poderão adotar procedimentos de contratação, mais flexíveis e ágeis, baseados nos seus regulamentos próprios, os quais deverão apenas estar amoldados aos princípios da administração pública.¹⁴

Mesmo que tenham todos os dispositivos do Estatuto das Licitações sido integralmente recepcionados pela Constituição pós-Emenda, ainda assim permanece plena a possibilidade de não aplicação da obrigação de prévia licitação para as contratações de empresas estatais competitivas quando isso se mostrar incompatível com sua atividade de disputante no e pelo respectivo mercado. Tal mostra-se verdadeiro especialmente nas hipóteses em que a realização de licitação esvazia a própria finalidade da contratação alvitada pela empresa.

O respaldo para a contratação direta está no artigo 25, *caput*, da lei, que prevê a hipótese de inexigibilidade de licitação nos casos de “inviabilidade de competição”. Certo deve estar, porém, que essa inviabilidade pode advir: a) da exclusividade do particular a ser contratado (hipótese do inciso I); b) da singularidade do objeto (hipótese do inciso II); c) da imprescindibilidade subjetiva do prestador pelo caráter personalíssimo da prestação (hipótese do inciso III); ou d) de outras tantas situações concretas em que o certame competitivo não se mostre viável (o que advém do rol aberto determinado pela expressão “em especial” constante do *caput* do artigo). Entre essas outras hipóteses de inexigibilidade estará a desnecessidade de licitação por

¹⁴ “Todos, os princípios da licitação, corporificados atualmente na Lei nº 8.666/93, emanam de princípios constitucionais da Administração Pública. Na medida em que o dispositivo emendado vincula a espécie aos princípios da Administração Pública, tem-se aí um norte seguro para o estabelecimento de modalidades especiais de licitação, de regras e procedimentos mais flexíveis, em regulamentos próprios.” BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 11, 1999.

atendimento possível e universal de todos os interessados.¹⁵ Estará também, e essa é a hipótese que nos interessa, a situação em que a realização de licitação possa comprometer a própria finalidade da contratação para a qual se realizaria a licitação.¹⁶

Já pudemos afirmar em outra oportunidade¹⁷ que a licitação é um meio apto a garantir o atingimento de relevantes finalidades de interesse público (especialmente a isonomia e a seleção da melhor contratação pela administração). Porém, a licitação não é fim em si mesmo. Não pode se transformar numa exigência de tal jaez que prevaleça sobre a própria finalidade de interesse público ensejadora da contratação para a qual ela, licitação, há de ser servente.

Nas situações anteriormente indicadas, quando restar caracterizado que a realização de licitação pela empresa estatal acarretaria comprometimento não só da finalidade da contratação em espécie, mas mesmo que acarretaria prejuízo ao pleno atingimento das finalidades da empresa, previstas ou autorizadas na lei que institui a estatal, nesses casos parece-me fora de dúvida a inviabilidade de competição (inviabilidade finalística), prenunciando a hipótese de inexigibilidade do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993.¹⁸

É imperioso reiterar que a hipótese de inexigibilidade aqui versada apresentar-se-á quando a inviabilidade de competição decorrer: i) de incompatibilidade entre o procedimento licitatório e a natureza do objeto

¹⁵ Para esta hipótese ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

¹⁶ Bem afirma Marçal Justen Filho que “o conceito de inviabilidade de competição não é simplesmente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem inúmeras situações em que a competição é inviável não obstante existirem inúmeros particulares habilitados a executar a atividade objeto da contratação. Isso se passa inclusive nos casos em que realizar a licitação acarretaria solução objetivamente incompatível com o interesse público. Há casos em que o interesse público se apresenta com tamanhas peculiaridades que seu atendimento não pode ser reconduzido aos casos e parâmetros comuns e usuais”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 283.

¹⁷ Ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratação direta de empresas de engenharia consultiva por inexigibilidade de licitação pública. *Boletim Licitação e Contratos*, São Paulo, v. 4, p. 24-36, 1997.

¹⁸ Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, em decisão recente, reforçou esse entendimento ao decidir que, embora a obrigação de licitar “tenha guarida constitucional, não é absoluta. Encontra restrições na sua aplicação. A primeira delas, inclusive, decorre do próprio comando que a instituiu, ao permitir que, nas hipóteses expressamente previstas em lei, seja afastada a licitação e permitida a contratação direta. Outras limitações à prévia licitação advêm do cotejo entre normas da mesma estatura. É o que pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses da licitação configurar obstáculo intransponível ao livre exercício das atividades negociais das estatais exploradoras de atividade econômica”. TC nº 008.232/1999-7, relator ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 27.8.2003, *DOU* de 5.9.2003.

da contratação (por expor ao conhecimento dos concorrentes informações sigilosas ou estratégicas); ii) da falta de sintonia entre a velocidade exigida pelo contexto empresarial e os prazos demandados por um processo licitatório; ou ainda iii) da impossibilidade de definição dos contornos da contratação ou dos critérios de sua precificação à luz da realidade comercial da atividade explorada pela empresa estatal.¹⁹

Tenho, portanto, que, por uma ou outra linha de raciocínio adotada, se chega à conclusão de que as empresas estatais que exploram atividade econômica em regime de competição não estão obrigadas a realizar licitação quando ficar demonstrado que a adoção desse procedimento i) pode comprometer o bom desempenho das atividades para o desempenho das quais foram criadas ou ii) reduz a capacidade de competir com suas congêneres privadas. Sempre, por óbvio, mediante adequada e expressa motivação.

No entanto, as conclusões alcançadas não se limitam à obrigatoriedade de realizar, ou não, licitação. Mostra-se interessante à análise verificar que também as empresas estatais se encontram autorizadas a editar estatutos licitatórios próprios para disciplinar suas contratações públicas. Parte-se do pressuposto de que a adoção de um regime único aplicável indistintamente à administração direta e autárquica e à administração pública empresarial — o regime da Lei nº 8.666/1993 — pode macular a satisfação das finalidades públicas a que se destinam. De fato, os custos relacionados com a realização do procedimento licitatório nos moldes da Lei nº 8.666/1993 assim como o tempo que a celebração final do contrato administrativo toma impactam a atuação das estatais em igualdade de competição com as demais empresas privadas. Sem se discutir a obrigatoriedade da licitação, de ordem constitucional (art. 37, XXI, CF), deve-se reconhecer que a CF impõe um desenho de procedimento licitatório que melhor se coadune com as finalidades e o tipo de atividade empresarial que as estatais desempenham.

A própria Lei nº 8.666/1993 fundamenta a edição de regulamentos próprios de licitação nos termos do seu art. 119 da Lei nº 8.666/1993. Todavia, à luz da Emenda nº 19/1998, as empresas estatais podem livremente fazê-lo, já que não mais se compatibiliza com a Constituição a obrigatoriedade de adstrição destes regulamentos às disposições da Lei de Licitações.

¹⁹ Há situações em que a inviabilidade de competição decorre dos três fatores concomitantemente. É o caso das empresas estatais que têm de contratar fornecimento de bens e serviços para participar de procedimentos de seleção (públicos ou privados) promovidos por clientes seus.

Sobre o tema já se posicionou o STF sobre a constitucionalidade do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras estabelecido por meio do Decreto nº 2.745/1998. Reconhecendo perigo de dano irreparável ante a suspensão das licitações em conformidade com o regime próprio da Petrobras, o que comprometeria a exploração e a distribuição de petróleo em todo o país com reflexos imediatos para indústria e comércio, a segunda turma do STF deferiu, por unanimidade, provimento cautelar para manter o desenvolvimento das licitações pela Petrobras de acordo com o seu Procedimento Licitatório Simplificado.²⁰ Embora seja verdade que a decisão é provisória e cautelar, e reconhecendo que o regramento de licitação da Petrobras é tímido e insuficiente (repetindo largamente regras da Lei nº 8.666/1993), a decisão da Suprema Corte encampa justamente esse raciocínio da necessária adequação do princípio da licitação com as especificidades da atividade das estatais.

3. As parcerias nas empresas estatais

As empresas estatais que atuam na ordem econômica sob regime de competição travam com os particulares três níveis de relações: das *relações de cooperação* (com fornecedores, contratados, parceiros, consortes etc.); das *relações de competição* (com os particulares que disputam o respectivo mercado); e no âmbito das *relações de consumo* (com aqueles que adquirem os bens ou serviços produzidos pela estatal).²¹

As relações de cooperação travadas entre empresas estatais e o mercado são de diversas espécies, desde a típica relação comutativa de prestação de serviços, execução de obras ou fornecimento de bens até cooperações por comunhão como os acordos de índole empresarial que paulatinamente tornam-se lugar-comum na prática das estatais, *joint ventures*, consórcios, associações comerciais e cosseguros, por exemplo. Também poderiam ser mencionadas as relações contratuais típicas de prestação de serviços pelos indivíduos de natureza trabalhista, o que, contudo, não é escopo do presente estudo.

²⁰ CF. AC 1.193-QO/RJ, rel. min. Gilmar Mendes, 9.5.2006.

²¹ Há quem sustente, como Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>. Acesso em: maio 2012. p. 217-219), que, se a atividade explorada pela estatal for considerada serviço público, não haveria que se falar em relação de consumo. De minha parte, assim não entendo. O CDC expressamente faz incidir as regras consumeristas sobre a prestação de serviços públicos, conforme dispõem seus artigos 3º, §2º; 6º, X; e artigo 22.

3.1 *A diretriz da igualdade na formalização de parcerias ante a competição empresarial*

O estabelecimento do vínculo de parceria entre empresa estatal e particulares não pode desconsiderar a igualdade como critério de formalização. Trata-se de importante diretriz de orientação da atuação empresarial estatal que não se limita à seleção do parceiro privado para atuar conjuntamente, mas, nesse campo, a igualdade suscita interessante ordem de debates envolvendo a capacidade competitiva das estatais e o atendimento da isonomia.

O dever de atendimento à isonomia tem fundamento constitucional no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. O preceito, que incide sobre toda a estrutura burocrática estatal, determina o dever de obediência a critérios de isonomia na organização administrativa, bem como no desenvolvimento das atividades de gestão pública. Mas outros fundamentos, específicos às empresas estatais, poderiam ser indicados para determinar o dever de sujeição geral à igualdade pela administração pública empresarial.

As empresas estatais manejam, de alguma forma, bens públicos. Ainda que competindo no mercado, pode-se dizer que no seu mister estão envolvidos bens públicos tanto porque desses bens derivou (no todo ou em parte) o capital social da empresa, como também porque, detendo o Estado parcela do capital, poderá o poder público ser chamado a responder, proporcionalmente, à sua participação por obrigações inadimplidas pelo ente estatal.

Segue daí que, independentemente da prescrição constitucional ou legal prescritora de procedimentos rigorosos para escolha e contratação do particular com quem entrará suas parcerias, já estaria o princípio republicano a exigir que tal procedimento, em regra, observasse os cânones da isonomia e da preservação do patrimônio público. Impõe a Constituição republicana que o bem público não pode ser apropriado, gerido ou cuidado como se fosse patrimônio individual de quem quer que seja. Se público é o bem, os direitos, as oportunidades deverão ser manejados em conformidade com a impessoalidade e com vistas exclusivamente a melhor atender o interesse coletivo.

Sob esses cânones, portanto, é que devem ser travadas as relações entre os entes públicos (braço do corpo Estado) e os particulares sempre que essas relações forem excludentes, seletivas (ou seja, só puderem ser travadas com um ou alguns particulares em detrimento dos demais interessados). Essa é a situação típica de um contrato para fornecimento de bens, serviços ou obras para o poder público. Nenhum problema haveria, portanto, para afirmarmos

que, como regra geral, as relações de parceria (compreendendo a contratação de bens, serviços ou obras) com os particulares por qualquer ente de que tenha natureza pública haveriam de se submeter a procedimentos condizentes com o princípio republicano.

Ocorre que há recorrentes casos em que se evidencia verdadeiro embate entre *igualdade* e *competitividade*.

Por vezes, a igualdade e os consequentes procedimentos burocráticos que dela decorrem apresentam-se como obstáculos à eficiência no desenvolvimento das atividades negociais, tornando demasiadamente custoso ou totalmente inviável o cumprimento pelas estatais dos objetivos (presume-se, como vimos anteriormente, de interesse público) que motivaram a sua criação. O problema se coloca quando tais procedimentos passam, então, a seguir cânones rígidos e prescrições incompatíveis com as necessidades do ente estatal pela competição no mercado.

Ademais, o crescimento das parcerias entre empresas estatais e particulares — o que no mais reflete uma tendência espreada no direito administrativo em geral — dita não apenas um aumento quantitativo dos vínculos de parceria firmados, mas determina a valorização do papel do parceiro privado no relacionamento com o poder público. Nesse contexto são mencionadas as *parcerias estratégicas*, bastante referenciadas na figura societária dos acordos de acionistas no âmbito das sociedades de economia mista, por exemplo.

Nesses casos estaremos, a meu ver, diante da aplicação daquela regra constitucional implícita que veda a imposição à empresa estatal de regras de regime jurídico que importem desigualdade, em seu desfavor, nas condições de competição com os entes privados.²²

²² Tal entendimento encontra respaldo no precedente do Tribunal de Contas da União TC 006.658/89-0, relator ministro Luciano Brandão Alves de Souza, *DOU* de 6.6.90, p. 10838, nos seguintes termos: "As empresas públicas ou sociedades de economia mista, particularmente aquelas concebidas para explorar atividades econômicas, são os instrumentos de que se vale o Estado para a necessária intervenção no domínio econômico, quando relevante o interesse coletivo, ou quando necessário aos imperativos da segurança nacional (artigo 173, §1º). É imperioso que reconheçamos que estas entidades, embora integrantes da Administração Indireta, se diferenciam dos demais entes que compõem este ramo da Administração, em função da particularidade de exercerem *atividades tipicamente empresariais mercantis*. [...] *Estando, assim, em nível de igualdade no setor econômico, competindo de igual para igual com as empresas privadas, é imperativo que também sejam dotadas das facilidades de que se valem aquelas, para concretização de seus objetivos. Circunstâncias que entrem a mobilidade destas entidades deverão ser eliminadas, sob pena de se condenar o Estado-empresário à ineficiência, com sérios danos para o Erário*". (grifos nossos)

Reconhece-se a possibilidade de excepcionar parcial e relativamente as normas de direito público quando puderem empecer o interesse público que justificou i) a atuação do Estado em atividade econômica explorada em regime de competição e ii) a constituição de pessoa jurídica de direito privado (e ao seu lume constituída) para esse mister.²³ Para tanto, é necessário que se tenha em vista dois parâmetros de relativização das normas de direito público, a exemplo dos procedimentos licitatórios, quais sejam: i) absoluta necessidade para não empecer a atuação da empresa estatal no ambiente competitivo (vetor da necessidade) e ii) na exata medida do necessário para permitir a atuação da empresa nas suas atividades de competidora (vetor da proporcionalidade).

3.2 As parcerias como instrumentos de inovação empresarial das estatais

A realização de parcerias entre entes públicos e entes privados é realidade corriqueira da administração pública. Sustenta-se existir no direito administrativo brasileiro, hoje, o fenômeno das parcerias na administração pública, expressão esta que traduziria a ideia de maior participação dos particulares na satisfação de competências públicas. Muito difundido é o conceito de *parceria público-privada em sentido amplo*, menos para traçar uma diferenciação da parceria público-privada em sentido estrito (as PPPs regidas pela Lei nº 11.079/2004), e mais para afirmar a extensão das práticas e finalidades que paulatinamente se abriram à parceria com os particulares.

De maneira amplíssima, as parcerias podem ser tomadas como qualquer forma de envolvimento privado na condução da coisa pública. Nessa perspectiva irremediavelmente genérica, estariam incluídas as diversas modalida-

²³ “É relativamente intuitivo que não se pode ir ao ponto de querer que tal solução signifique a aplicação à atuação sob formas de direito privado de todas as vinculações do Direito Administrativo. Na verdade, se se pretendesse aplicar o conjunto de regras jurídico-administrativas a estas situações, então seria caso para se perguntar, como Zuleeg, ‘para que serviria ainda o invólucro jurídico-privado’ (‘die privatrechtliche Hülse’). Torna-se assim urgente e fundamental encontrar o equilíbrio entre a necessidade absoluta dessas vinculações e os eventuais riscos de uma publicização excessiva.

Um dos problemas que se coloca nesta matéria é o da dificuldade de harmonizar as necessidades de ‘eficácia’ (quer dizer, celeridade, carácter expedito das formas de atuação administrativa), com as necessidades de ‘garantia’ dos particulares em face de tal atuação”. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 161.

des de participação administrativa, a exemplo das audiências e das consultas públicas. Todavia, esse não é o conceito de parceria mais usual no direito público brasileiro.

Toma-se o conceito de parceria de maneira ampla, segundo a qual a administração entabula parcerias com os particulares cada vez que os chama a dedicar seus recursos materiais, humanos e financeiros para a consecução de finalidades públicas, por meio de contratos administrativos. Contudo, nos contratos administrativos tradicionais, notadamente aqueles regidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993), embora vigore um princípio de boa-fé e cooperação na execução do contrato, não há propriamente um envolvimento do particular com as finalidades públicas. Cabe a ele executar o que a administração estipulou e contratou, em busca de sua contrapartida remuneratória. Cabe à administração, por sua vez, zelar para que a contratação atenda aos propósitos de interesse público que a originaram.

Maior nível de cooperação e comprometimento entre particulares e administração pública encontra-se nas concessões regidas pela Lei de Concessões e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.987/1995) ou ainda pela Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004). Com relação aos vínculos de parceria envolvendo entidades privadas compreendidas no terceiro setor, podem ser mencionadas a Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998) e a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/1999). Nelas, trava-se compromisso estável e intenso de cooperação entre os entes, pelos quais o poder público faz coincidir o interesse público com o interesse particular. No âmbito das concessões, busca-se tornar a concessionária uma “sócia” das políticas públicas envolvidas na contratação, uma parceira e aliada da Administração na consecução desses propósitos de interesse geral.

É importante compreender que o motivo pelo qual as parcerias são hoje espraiadas na administração pública brasileira corresponde à da fundamentação da vinculação público-privada.²⁴ Afinal, por que o poder público firma parcerias? Quais são as benesses da associação público-privada que determinam a aproximação entre parceiros públicos e parceiros privados?

A questão é provocativa e sofisticada, pois não admite respostas categóricas. A depender do tipo de atividade e da estrutura burocrática estatal,

²⁴ Excluímos as parcerias firmadas entre entidades estatais, tendo em vista o escopo de análise no presente artigo.

o ímpeto de busca pelas parcerias pode variar significativamente. Muitas vezes, as parcerias com o terceiro setor são firmadas com a finalidade de otimizar a eficácia de uma determinada política pública, pois, por pressuposto, as organizações que se beneficiarão de fomento para promover a atividade de interesse público estão mais próximas aos destinatários da política e, assim, são mais conhecedoras das necessidades e das melhores práticas para a prestação da utilidade de modo mais eficiente. Certamente uma motivação diferente das parcerias envolvendo as empresas estatais.

De um modo geral, as empresas estatais brasileiras buscam desenvolver parcerias com o empresariado privado tendo em vista duas grandes motivações: (i) viabilizar 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. Obviamente, nem sempre as duas motivações estarão concomitantemente presentes quando do estabelecimento de parcerias envolvendo as empresas estatais e em outras oportunidades ainda existirão outras variáveis explicativas do vínculo de associação. No entanto, tendo em vista o funcionamento geral das empresas estatais, esses dois elementos são os mais recorrentes.

Firmar parcerias com o empresariado privado pode ser altamente vantajoso às empresas estatais. Especialmente em um contexto de crise fiscal, um dos fatores que conduziram à Reforma do Estado, as parcerias serviram à indução de recursos privados nas sociedades de economia mista, o que é especialmente caro viabilizar empreendimentos e projetos estratégicos. O caso da Cemig é exemplar: mediante a incorporação de um parceiro estratégico em sua estrutura societária, devidamente disciplinada por acordo de acionistas, a Cemig dispôs de recursos em caixa para custear investimentos com infraestrutura energética no estado de Minas Gerais. Os resultados, tanto no seu crescimento como nos ganhos de eficácia, parecem demonstrar o acerto da iniciativa.

Igualmente relevante é o dado de que as parcerias com o setor privado automaticamente aproximam as empresas estatais da dinâmica empresarial privada, afastando-se um pouco do modo de gestão pública da máquina estatal. Notadamente, as empresas estatais passam a utilizar com maior ênfase instrumentos privados para desenvolver suas atividades públicas, seja porque o próprio vínculo de parceria demanda o emprego desses instrumentos, seja porque o parceiro privado pode influenciar no planejamento estratégico

da empresa. Como consequência, as empresas estatais terminam por se tornar mais competitivas nos mercados em que atuam.

Podemos então afirmar que a ideia de parceria entre entes privados e entes públicos envolve um aprofundamento ainda maior do conceito de cooperação e de parceria entre a administração e a iniciativa privada, por meio do qual se celebra efetiva sociedade — de fato ou de direito — de interesses, benefícios e prejuízos. A entabulação de parceria estratégica corresponderia, assim, à associação entre uma empresa pública com uma empresa privada para a execução de determinado empreendimento, ou seja, para a realização de todo o planejamento e investimentos necessários ao desenvolvimento de determinado ramo de negócios ou atividade.

3.3 Atuais modelos de parceria envolvendo as empresas estatais: a parceria estratégica

Afirmar que a administração pública se encontra em um contexto de parceria, em que cada vez mais se utiliza da associação público-público ou público-privado para satisfação de competências de finalidade pública, tornou-se lugar-comum. Há uma pauta de debates, já bastante madura, sobre a possibilidade de o poder público firmar parcerias. Passado o estágio de defesa da viabilidade jurídica de celebração de vínculos de parcerias envolvendo a administração pública, o momento de discussão agora se volta a delimitar: *como* realizar essas parcerias?

Sem a pretensão de equacionar categoricamente o termo, analisaremos a principal modalidade de parceria na pauta de discussão no tópico das empresas estatais: a parceria estratégica. A proposta é verificar qual é a dinâmica de funcionamento desse instrumento de parceria. Em termos mais específicos, buscamos verificar como essa parceria se mostra interessante alternativa de eficiência conforme o problema ao qual ela for endereçada.

O conceito de parceria estratégica tem como origem e justificativa o desempenho de atividades empresariais pela administração pública, que justifica a absoluta coincidência de intenções que origina e lastreia a parceria. Ao desempenhar atividade de conteúdo econômico, os entes empresariais do Estado podem deparar-se com a necessidade ou conveniência de se associarem com outras empresas, por exemplo, para a busca de conhecimentos específicos, recursos humanos, materiais ou financeiros, ou ainda outra vantagem sinérgica propiciada pela associação.

Para tanto, a estatal pode constituir uma empresa em conjunto com os investidores e operadores, sobre a qual todos os envolvidos exercerão controle compartilhado, para atuar no segmento de sua atividade. A celebração de uma parceria estratégica com empresa já atuante no setor, bem como com interessados em investir no projeto, alavanca *expertise* e recursos financeiros que, sozinha, não reuniria.

Ainda que de maneira excepcional, a Constituição Federal autoriza ao Estado a exploração direta de atividade econômica, quando presentes imperativos de segurança ou de relevante interesse público. Ao fazê-lo, por meio de empresas expressamente constituídas com esta finalidade, o Estado por vezes lança mão — como as empresas privadas fazem — de parcerias com outras empresas, notadamente quando se trata de diversificar atividades, oferecer novos produtos ou desenvolver novos mercados.

Nesses casos, as parcerias estratégicas apresentam grandes vantagens com relação às formas contratuais de relacionamento entre os entes públicos e a iniciativa privada. Por traduzirem-se em geral em uma relação societária, elas imprimem grande estabilidade ao vínculo que se estabelece entre os parceiros, tornando-os efetivamente sócios do negócio. Ainda, elas permitem a efetiva conjunção de qualidades e competências dos dois setores, que concorrem para a realização de uma mesma finalidade (relação ganha-ganha). Finalmente, por se tratar de assunto intrinsecamente empresarial, o administrador público tem maior latitude na escolha do parceiro privado, ainda que a escolha deva ser objetiva e justificada.

São vários os precedentes de parcerias estratégicas entabuladas pelos entes empresariais do Estado. Para não me alongar na exposição, ressalto a política de associações — nacionais e internacionais — adotada pela Petrobras, para a conquista de novos mercados ou para ampliar sua presença em outros países, por meio de *joint ventures* com empresas privadas estrangeiras ou nacionais. É o caso, por exemplo, da *joint venture* entre a Petrobras e a Brasil-Japan Ethanol para fornecimento de álcool em território japonês ou ainda da participação da estatal no controle de diversas usinas termelétricas, em conjunto com empresas do setor do petróleo ou investidoras.

Igualmente relevante é o exemplo das instituições financeiras públicas, que têm se utilizado largamente de parcerias estratégicas para ampliar seus serviços ou para adquirir conhecimentos em setores específicos da economia. Além das experiências da Caixa Econômica Federal nessa seara, o precedente de associações do Banco do Brasil é bastante ilustrativo. Para ofertar serviços equivalentes ao ticket refeição por cartão eletrônico, o Banco do

Brasil associou-se a duas instituições financeiras privadas (Bradesco e Real-AMRO) e à Visa, por meio de seu banco de investimento BB-BI (subsidiária integral), e constituiu a empresa Visa-Vale, sociedade de propósito específico para essa finalidade. Operação equivalente levou à constituição de uma série de empresas oriundas da parceria entre o Banco do Brasil e a Sulamérica na Brasilprev, para oferecimento de produtos de seguro, capitalização e previdência privada. Igualmente citável é a associação entre a Sabesp e grupo privado para atuar no mercado do fornecimento de água de reúso para fins industriais na região metropolitana de São Paulo.

Conclui-se que a celebração de parcerias estratégicas envolvendo a criação conjunta de sociedades entre entes empresariais públicos e privados para a realização de determinado empreendimento é hoje prática comum na administração pública.

Do ponto de vista prático, há numerosos precedentes de parcerias estratégicas firmadas por entidades administrativas empresariais em que a escolha do parceiro privado prescindiu de licitação. Eles pressupuseram escolha livre do ente público, à exceção daqueles casos em que a parceria se originou de leilão. Assim é que, por exemplo, as parcerias firmadas pela Petrobras e pelas instituições financeiras públicas (tais como a Caixa Econômica Federal ou o Banco do Brasil) raramente são acompanhadas de justificativa objetiva da escolha do particular, mesmo nos casos em que é evidente que várias empresas privadas estariam amplamente qualificadas para figurar como parceiras da administração. Isso porque, nesses casos, estar-se-á diante de decisões de cunho eminentemente empresarial, relacionadas com a forma com que serão conquistados novos mercados. Ressalte-se: esse tipo de decisão — a eleição do particular com quem os entes públicos empresariais celebrarão parceria estrutural, envolvendo a criação de nova empresa — distancia-se cabalmente do ambiente da administração contratante, dos contratos administrativos e da especificidade do regime de direito público. É consequência direta do caráter empresarial das empresas estatais e do caráter econômico da atividade que desempenham, nos termos da lei que as criou.

Outras cautelas poderão ser adotadas para garantir o cumprimento dos princípios norteadores da administração pública, notadamente a impessoalidade, a objetividade, a eficiência, a publicidade e a transparência.

Em primeiro lugar, deverá a administração assegurar-se que o parceiro selecionado pela administração tenha qualificações que o tornem apropriado para a parceria estratégica, verificando o efetivo atendimento das exigências de qualificação necessárias para prestar o serviço.

Em segundo lugar, convém ainda que a administração justifique a escolha do parceiro privado, de maneira a que a decisão esteja fundada nos preceitos de direito administrativo de transparência, motivação e objetividade, para que não parem dúvidas quanto às razões empresariais que guiaram tal escolha.

3.4 A questão da participação estatal em empresas privadas

As empresas estatais são divididas em (i) empresas públicas, (ii) sociedades de economia mista e (iii) outras sociedades controladas pelo poder público. Tais espécies de empresas estatais são expressamente mencionadas na Constituição Federal sem, contudo, haver qualquer conceituação do que venha a ser cada uma delas.

A terceira categoria — outras sociedades controladas pelo poder público — corresponde a sociedades que passaram a ser controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público, sem terem sido constituídas originalmente por ele — isto é, não tiveram sua constituição autorizada por lei, conforme determina o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal, e mesmo sem que seu capital seja detido majoritária ou integralmente pelo poder público. Há alguma controvérsia acerca de sua inclusão ou não na administração indireta. Contudo, considerando-se que não é questão afeta ao tema em comento, não adentraremos na questão.

Diante do exposto, não parece problemática a afirmação, um tanto óbvia até, de que, se o poder de controle não for detido por ente estatal, então estaremos diante de uma empresa exclusivamente privada, ainda que com participação pública no seu capital.

Já quanto às empresas privadas (controladas por pessoa ou ente privado) com participação estatal, tratam-se elas de empresas sujeitas exclusivamente ao regime privado. Não há relação orgânica relevante com o poder público, vez que o controlador da sociedade é pessoa ou ente privado. É claro que a atividade a ser exercida pela empresa poderá ensejar algum feixe de normas publicistas, quanto ao regime de exploração de sua atividade. Estas, contudo, incidem sobre a atividade a ser prestada, e não sobre a gestão da sociedade. As empresas privadas são, assim, antes que, quanto à sua gestão, estarão sujeitos exclusivamente a regras de direito privado.²⁵

²⁵ Isso não impede, é claro, que essas empresas tenham que observar limitações gerais, impostas a todas as empresas atuantes no setor. Dito de outro modo, a exigência de autorizações e

Veja-se por fim que esse regime exclusivamente privado não se altera em casos em que há participação estatal na sociedade, por mais relevante que ela seja. Desde que não altere o controle — isto é, desde que o poder de determinar os rumos da sociedade pertença à pessoa ou ente privado —, a participação estatal — ainda que relevante —, quando desprovida de controle societário, não tem o condão de modificar o *status* privado da empresa e, pois, o regime privado a ela aplicável. Se, contudo, a participação estatal ensejar o controle societário, ainda que compartilhado, então haverá alteração do *status* jurídico da sociedade, que passará a ser empresa estatal — sujeita, pois, ao regime híbrido dessas sociedades.

4. Considerações finais: as parcerias como instrumento de transformação da gestão pública empresarial

O tema das empresas estatais sempre foi estudado dentro de contextos de reforma institucional da administração pública brasileira, notadamente o plano desenvolvimentista conformado pelo II PND de 1967 e, mais recentemente, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, fundamento para relevantes mudanças estruturais e de regime jurídico das estatais. Como vimos, a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 determinou um regime jurídico diferente daquele experimentado com a redação original da Constituição, que confere às estatais maior eficiência de atuação mediante a especificação do regime que lhe cabe. Eis uma pergunta imprescindível à compreensão do quadro em que as empresas estatais hoje se colocam no direito público brasileiro: a reforma das estatais ainda está em curso?

As conclusões do artigo permitem afirmar que, sim, a reforma das empresas estatais ainda está em curso. Porém, o sentido dessa atual reforma — silenciosa, pois não há um grande projeto relacionado — aponta para uma finalidade mais específica, condizente a tornar as estatais efetivamente competidoras nos mercados de atuação, em pé de igualdade com as empresas privadas.

Com relação ao regime jurídico, foi analisado que as alterações constitucionais se voltam a conferir maior flexibilidade de gestão das empresas estatais,

licenças governamentais para o exercício da atividade está relacionada com o poder de polícia estatal, não ensejando qualquer consequência quanto ao regime jurídico da empresa ou da atividade por ela exercida.

o que termina por tornar mais ágil e menos oneroso o desenvolvimento das atividades de utilidade pública que têm por função prestar. O simbólico tema da licitação nas estatais, por exemplo, é mobilizado por debates argutos a respeito do cabimento, ou não, da licitação conforme as especificidades de atuação dessas entidades, bem como sobre o melhor modelo de as mesmas realizarem suas contratações públicas. Efetivamente, a Lei nº 8.666/1993 não é capaz de dinamizar a atuação empresarial das estatais, sendo inapta para calcular eficiência e probidade na gestão.

Interessante é noticiar que o papel das empresas estatais é hoje largamente debatido nas diferentes esferas de deliberação pública. Além dos óbvios debates doutrinários, assuntos sensíveis das empresas estatais são debatidos no governo (mencione-se o Anteprojeto de Lei de Organização da Administração Pública Brasileira em análise no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), no Judiciário (em especial as decisões do STF acerca do regime jurídico das estatais) e no Parlamento e Tribunal de Contas da União (com destaque para as decisões relacionadas com o dever de licitar nas empresas estatais).

Nessa toada, as parcerias se apresentam como relevante tópico de debate sobre a eficiência na atuação das empresas estatais. Vimos que 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 consequente emprego de instrumentos jurídicos tipicamente privados. Assim, a discussão sobre a reforma das estatais passa pelas parcerias celebradas com os particulares, de modo que afirmar a viabilidade jurídica das parcerias é, sem dúvida, proceder a uma pequena revolução em termos de gestão pública empresarial na administração.

A reforma do arcabouço normativo e prático das empresas estatais em prol da competitividade das mesmas não faz com que haja, exatamente, rivalidade entre empresas estatais e empresas privadas. Pelo contrário. Para os próximos anos, faz-se necessário dar um passo adiante e verificar como concretamente as empresas estatais reagem a tais inovações jurídicas. Estudos de caso mostram-se igualmente reveladores sobre as reais necessidades das estatais para uma atuação mais eficiente nos mercados, bem como a visão do empresariado privado quanto à potencialidade de negócios com as estatais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o trunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: maio 2012.

BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, 1999.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>. Acesso em: maio 2012.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratação direta de empresas de engenharia consultiva por inexigibilidade de licitação pública. *Boletim Licitação e Contratos*, São Paulo, v. 4, 1997.

MEDAUAR, Odete. Constituição Federal de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo? *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 99, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Interpretação conforme à Constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 193, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. O fenômeno constitucional e suas três forças. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 11, 2008.