

O controle externo das oportunidades de negócio das empresas estatais que competem no mercado*

External control of the business opportunities of state-owned companies competing on the market

*Rafael Hamze Issa***

RESUMO

Este texto tem por finalidade analisar o controle externo das oportunidades de negócio das empresas estatais que competem no mercado. Essas formas de parcerias entre companhias públicas e privadas possuem características diversas dos tradicionais contratos de prestação de serviços ou execução de obras, pois envolvem a busca por parceiros privados para o desempenho de atividade de risco e que tenham por finalidade o desenvolvimento conjunto de soluções para desafios das empresas estatais

* Artigo recebido em 10 de junho de 2023 e aprovado em 14 de agosto de 2024. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v283.2024.89404>.

** Doutor e mestre em direito administrativo pela Universidade de São Paulo (USP), instituição na qual realiza pesquisa de pós-doutorado. Especialista em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisador-visitante na Université Paris II — Panthéon-Assas (2018-2019). E-mail: rafael.hissa@gmail.com. Agradeço a Henrique Motta Pinto pela leitura e debate da primeira versão deste trabalho, e a Juliana Bonacorsi de Palma pela atenta leitura e comentários à versão ora publicada.

como agentes de mercado. Nesse ponto, este artigo propõe parâmetros para o exercício do controle externo de tais parcerias, considerando sua natureza e suas especificidades, defendendo a contenção do controlador, com a possibilidade do controle procedimental da formação do vínculo comercial, além dos parâmetros da *business judgment rule*.

PALAVRAS-CHAVE

empresas estatais — controle externo — *business judgment rule* — risco empresarial — parcerias empresariais

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the external control of business opportunities for state-owned companies that operate in competitive markets. These forms of partnerships between public and private companies have different characteristics than the traditional contracts for the provision of services or execution of works, because they involve the search for private partners to perform risky activities and have the purpose of joint development of solutions to the challenges of state-owned enterprises as market agents. At this point, this article proposes some parameters for the exercise of external control of such partnerships, considering their nature and specificities, defending the restraint of the controller, with the control focusing on the formation of the commercial link, in addition to the standards of the business judgment rule.

KEYWORDS

state-owned companies — external control — business judgment rule — business risk — business partnerships

Se se pretende sair da desordem atual, sem dúvida, é necessário nos anos futuros aprofundar a análise; a noção de controle é uma das mais inconsistentes do nosso sistema administrativo; das medidas que engloba, umas deixam por inteiro o poder do órgão controlado, e tendem somente a fazer aparecer, em vista de eventual sanção, seus erros e suas irregularidades; outras conduzem uma verdadeira transferência, ou ao menos uma divisão do poder de direção, em benefícios do *soi-disant* controlador [Alberto Venâncio Filho].¹

¹ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 505 (fac-símile da edição de 1968).

1. Introdução: delimitação do tema e colocação do problema

Um dos traços característicos das empresas estatais no Brasil diz respeito às suas duas faces: ao mesmo tempo que integram a administração pública indireta, elas são agentes do Estado no mercado com características empresariais, o que as submete a regime jurídico complexo. Parte de suas atividades é regida por “normas de direito público”,² o que as aproxima das regras aplicáveis aos órgãos públicos, às autarquias e às fundações públicas.³ Outra parte segue regras típicas das empresas privadas não integrantes da administração pública — as chamadas “normas de direito privado”.

Essas duas faces não são inconciliáveis e podem perfeitamente conviver dentro da mesma pessoa jurídica, assim como a finalidade lucrativa se integra com os objetivos públicos dos quais foram incumbidos tais entidades.⁴

² A nosso ver, a divisão do regime aplicável à administração pública em normas de direito público e normas de direito privado, categorias tão destacadas pela tradicional literatura brasileira da matéria, é artificial e não reflete a complexidade a que está sujeita a ação administrativa do Estado na atualidade. De um lado, ela inexistente no direito positivo, salvo uma ou outra referência a preceitos de direito público e de direito privado na função integrativa da interpretação dos contratos administrativos (art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93 e art. 89, *caput*, da Lei nº 14.133/2021) e dos contratos das empresas estatais (art. 68 da Lei nº 13.303/2016). Isso, no entanto, nos parece longe de autorizar o intérprete a falar em regras de direito público ou de direito privado como categorias estanques e opostas, como é comum na produção teórica do direito administrativo nacional. O que existe, a nosso ver, é o direito positivo, produzido pelos órgãos legislativos e administrativos, de acordo com suas competências e com o processo de produção normativa própria, sem que haja qualquer diferença qualitativa entre as ditas “normas de direito público” e “de direito privado”. De outro lado, parece-nos que essa categorização acaba por gerar a aplicação de princípios de modo estanque e fora dos parâmetros legalmente previstos para os casos concretos, servindo de base para que o intérprete substitua a solução legal pela sua própria concepção das “regras e princípios de direito público” aplicáveis à situação por ele analisada. Por fim, ela não possui utilidade prática, diante da inexistência da dualidade de jurisdição no Brasil, ou mesmo a de um processo civil especial para o controle dos atos administrativos praticados pela administração sob “normas de direito público”. Assim, por entendermos artificial essa classificação, as referências a “normas de direito público” e “normas de direito privado” neste texto serão realizadas entre aspas. Para uma crítica a essa tendência de oposição do direito público e do direito privado no direito administrativo brasileiro, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Crítica à doutrina antiliberal e estatista do direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 113-144.

³ Falamos neste texto das fundações públicas de direito público, por serem as mais próximas do regime autárquico. A esse respeito, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 190-191.

⁴ O que demonstra que a tese sustentada por Bilac Pinto em meados do século XX — de impossibilidade de conciliação das duas finalidades nas sociedades de economia mista — não encontrou amparo na realidade nacional. Cf. PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 32, p. 1-15, 1953.

No entanto, essa realidade bifacial demanda dos intérpretes dos atos de tais entidades a contextualização decorrente das peculiaridades de seu regime híbrido.

Também marca o cenário das empresas estatais na atualidade a diversidade de relações jurídicas que travam com os agentes do mercado, seja como adquirentes de bens e serviços fornecidos por empresas privadas, seja como concorrentes de empresas privadas, ou mesmo como parceiros em determinados empreendimentos de interesse comum, constituindo contratações estratégicas para a ampliação ou aprimoramento de sua atividade empresarial.

Cada uma dessas formas de interação revela complexidades inerentes ao ambiente de atuação dessas entidades, o que, a nosso ver, demanda a análise que se aproxima da casuística, que leve em consideração o tipo de atuação da empresa estatal, a forma de interação com o mercado, bem como o tipo de mercado envolvido.

Fórmulas prontas para a fixação de regimes jurídicos e a consequente análise das atividades desempenhadas por tais entidades — como a tradicional e vetusta classificação em “atividades-meio” e “atividades-fim” — não são suficientes nem para explicar a gama de funções desempenhadas por elas, nem para servir de baliza para o controle. A simplificação das empresas em categorias estanques, por mais que gere facilidades didáticas, não é capaz de representar a complexidade de tais entidades híbridas.

Mais do que soluções, essas categorizações — muitas vezes criadas pela literatura sem respaldo em lei — não permitem compreender a complexidade dos fenômenos administrativos que são colocados diante dos intérpretes e controladores, o que acaba por prejudicar seu aspecto empresarial.

É justamente a respeito de uma dessas complexidades que o presente trabalho versa, qual seja, a do controle externo das contratações estratégicas das companhias estatais para o seu desempenho empresarial, tema cuja importância foi reforçada após a edição da Lei nº 13.303/2016.

Neste texto, nosso foco ficará restrito às empresas estatais que competem no mercado, pois consideramos serem elas as mais afetadas em sua razão de ser pelo controle, quando desmesurado. Além disso, a aplicação generalizada de “normas de direito público” pode levar ao engessamento do regime jurídico ao qual estão sujeitas, em comparação com suas concorrentes privadas.

Ademais, parece-nos que é nas empresas estatais que competem no mercado com empresas privadas que as oportunidades de negócio tendem a ser mais utilizadas, uma vez que tais entidades possuem incentivos

concorrenciais para se socorrerem da inovação e de estratégias de atuação que venham a incrementar sua ação na execução de suas atividades.

Para a análise do tema, dividimos este texto em três partes, além desta introdução e das conclusões. Na primeira, faremos a sugestão de uma nova classificação das atividades das empresas estatais para além da tradicional separação em “atividades-meio” e “atividades-fim”, bem como verificaremos os impactos dela para a atividade de controle externo dessas entidades.

Na segunda parte, analisaremos o regime das oportunidades de negócio das empresas públicas e sociedades de economia mista, de acordo com o regramento da Lei das Estatais e da literatura especializada na matéria.

Após, traçaremos propostas para o controle externo das oportunidades de negócio, considerando as especificidades dessas parcerias entre empresas estatais e suas congêneres privadas, além das finalidades buscadas pelas entidades administrativas com sua celebração.

Por fim, apresentaremos as conclusões deste estudo.

2. Um aspecto inicial: a tentativa de classificação das atividades das empresas estatais para além da tradicional separação em atividades-meio vs. atividades-fim e seu impacto para o controle externo das empresas estatais

2.1 Uma proposta de classificação das atividades das empresas estatais: atividades de natureza administrativa e atividades de natureza tipicamente empresarial

Conforme mencionamos, as empresas estatais possuem um aspecto bifacial, que as coloca no hibridismo de regras jurídicas, com a mescla de normas que se aproximam daquelas aplicáveis à administração pública em geral (as famigeradas “normas de direito público”) e normas que as afastam dessa realidade estatizante (as chamadas “normas de direito privado”). O desafio que se coloca a partir dessa realidade é o de definir quais normas são aplicáveis às diversas atividades desempenhadas pelas empresas estatais.

Os estudiosos da matéria buscaram classificar o regime jurídico incidente sobre as atividades de tais entidades em dois grandes grupos: as “atividades-meio” e as “atividades-fim”. Estas seriam as ações ligadas à finalidade comercial das empresas estatais, ou seja, à comercialização dos

bens e serviços que justificaram a sua criação, sendo-lhes aplicado o regime de direito privado. As “atividades-meio”, por sua vez, estariam ligadas aos meios para o atingimento daquela finalidade (seleção de pessoal, contratação de fornecedores de bens e serviços etc.), o que atrairia o “regime de direito público”, considerado o regime apto a tutelar o interesse público.⁵⁻⁶

No entanto, entendemos que esse critério padece de cinco inconsistências. Em primeiro plano, ele não encontra respaldo no direito positivo, uma vez que as regras previstas na Constituição Federal e na Lei nº 13.303/2016 não fazem distinções entre “direito público” e “direito privado” ou mesmo entre “atividades-meio” e “atividades-fim” de tais entidades.

Em segundo lugar, ele cria uma oposição entre atividades que, em alguns casos, são de difícil classificação. Pensemos, por exemplo, em um banco público que resolva contratar um sistema de informática para tornar mais seguro o trânsito interno de informações pessoais de seus clientes. Trata-se de *atividade-meio* ou *atividade-fim*? É possível que a apresentação dessa questão a diferentes pessoas leve a respostas diversas, o que, pela tradicional classificação, conduzirá a discrepantes regras incidentes (“de direito público” ou “de direito privado”), com importantes consequências para a contratação em apreço.

Em terceiro plano, ele não é suficiente para captar a diversidade dos regimes que incidem sobre as várias atividades executadas pelas empresas estatais, tanto na comercialização dos seus bens e serviços quanto na sua própria gestão para atingir a sua finalidade estatutária. Mais do que uma classificação em “normas de direito público” e “normas de direito privado”, a gestão dessas entidades é repleta de regras que ora se aproximam daquelas que regem a administração direta e autárquica, ora se afastam dessa realidade. Ao invés de dois tons, preto e branco, enxergamos nas normas incidentes sobre as empresas estatais diversos tons de cinza.

⁵ Exemplo desta corrente pode ser verificada em: Mello, *Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 208 e ss.; NIEBUHR, Joel de Menezes. O regime jurídico das oportunidades de negócio para as estatais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães. *Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 575-591.

⁶ Esta classificação, na realidade, desbordou do debate acadêmico e passou a pautar a jurisprudência tanto do Poder Judiciário quanto dos Tribunais de Contas, sendo critério utilizado para a definição, por exemplo, da necessidade ou não de realização de licitação pela empresa estatal para a aquisição de determinado bem ou serviço, além da penhorabilidade ou não dos bens das estatais. A esse respeito, cf. PINTO, Henrique Motta. *Empresa estatal: modelo jurídico em crise? Dissertação (mestrado em direito) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010.*

Ademais, esse critério não se volta para a aferição da capacidade de competição das empresas estatais no mercado. A análise é feita não de acordo com a inserção da entidade na lógica concorrencial, mas sim com critérios estanques, não previstos em lei e que, no mais das vezes, retiram a flexibilidade de gestão que marca as empresas privadas com as quais as estatais competem,⁷ frustrando a própria razão de ser de tais entidades e o interesse público que lhes é subjacente.⁸

Por fim, ele não nos parece útil para diferenciar a forma de controle externo incidente sobre as duas faces das empresas estatais e das diversas atividades realizadas por ela, seja na face mais próxima da administração pública, seja naquela mais próxima do mercado em que estão inseridas, no mais das vezes concorrencial com empresas privadas. Esse tema será aprofundado neste estudo, com especial atenção para o controle externo das contratações estratégicas dessas entidades.

Assim, parece-nos necessário propor um critério que, ao mesmo tempo que encontre base na legislação, seja mais útil para classificar as diversificadas atividades desempenhadas pelas empresas estatais e sua maior ou menor aderência a uma das duas faces que caracterizam tais entidades.

Para tanto, propomos a classificação em dois grupos: (i) o das *atividades de natureza administrativa* (no sentido de integrante da administração pública indireta), o que as aproxima do regime jurídico e do controle realizado sobre a administração direta e autárquica; e (ii) o das *atividades de natureza tipicamente empresarial*, o que as afasta do regime jurídico e dos parâmetros de controle antes mencionados, e demanda a busca por outras bases normativas, com a finalidade de evitar que sofram prejuízo concorrencial se comparado às empresas privadas.

No primeiro grupo, estão as atividades que revelam a *face pública* das empresas estatais, ou seja, a característica de pertencerem à administração

⁷ A esse respeito, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 588; SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 92.

⁸ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto: "Se o pressuposto da intervenção estatal direta em atividades econômicas sujeitas ao regime de competição é a existência de interesse público (soberania ou relevante interesse coletivo) a justificá-la, as restrições à atuação da estatal, como agente competitivo, também ferirão o interesse público". Marques Neto, *As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado*, *op. cit.*, p. 584.

pública, dotadas de personalidade de direito privado e autonomia orçamentária e gerencial.

Estão nesse grupo, por exemplo, as atividades de *aquisição corriqueira e ordinária* de bens e serviços das empresas estatais, submetidas às regras de licitação, dispensa e inexigibilidade presentes nos artigos 28, *caput*, 29 e 30 da Lei nº 13.303/2016, com as regras procedimentais previstas nos artigos 31 a 67 do mesmo diploma. Ainda que seja possível às empresas estatais editarem regulamentos próprios de licitações, contratos e convênios, com a finalidade de adaptarem as regras da Lei das Estatais às respectivas realidades, as balizas para tais atos estão postas no normativo federal, uma vez que o *caput* do artigo 40 determina que o conteúdo desse ato deve ser “compatível com o disposto nesta Lei”.

Também nesse grupo estão as atividades ligadas à *seleção de pessoal*, que possuem regras mais rígidas que aquelas aplicáveis à iniciativa privada, tais como a necessidade de realização de concurso público para os cargos em geral, exceto os de chefia e de assessoramento, que são de livre provimento (art. 37, II, da CF). Na mesma linha, a Lei nº 13.303/2016, nos artigos 17 e 26, criou requisitos a serem observados para as nomeações aos cargos de dirigentes e membros dos conselhos de administração e fiscal, com regras diversas daquelas aplicáveis às empresas privadas, que devem observar especialmente as do art. 147 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.).

Esses dois exemplos demonstram atividades das empresas estatais sujeitas a regramentos aplicáveis indistintamente a todas elas e que se assemelham às regras da administração direta autárquica, ainda que com variações introduzidas pela legislação para melhor adaptá-las ao seu figurino empresarial.

No segundo grupo, estão as atividades das empresas estatais que envolvem os *aspectos tipicamente empresariais de sua atuação*, o que as diferencia dos órgãos e entidades da administração direta e autárquica, que não exploram comercialmente e em regime concorrencial atividades econômicas, sejam elas serviços públicos ou não. Nesse grupo estão as atividades de gestão tipicamente empresarial, pautadas pela discricionariedade a ela inerente,⁹ respeitadas as finalidades e os limites fixados na lei de criação, no estatuto social

⁹ A discricionariedade da gestão empresarial está diretamente ligada à abertura do conceito de interesse social da companhia, que varia conforme as situações e desafios que são colocados aos administradores das empresas estatais e privadas. A esse respeito, cf. PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 441.

da companhia e nas deliberações sociais que possuem por finalidade apontar o norte para a gestão da empresa (decisões assembleares, planejamento estratégico, carta anual dos objetivos da sociedade etc.).

Há, aqui, a atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista como agente produtor de bens e serviços no mercado, de acordo com as regras legais e regulatórias que o informam. Além disso, em ambientes concorrenciais, esse agir tipicamente empresarial possui por finalidade criar condições competitivas para as empresas estatais em face das suas congêneres privadas, de modo a retirar os entraves que a face pública cria para elas.

Com efeito, ao mesmo tempo que a Constituição Federal veda que às empresas estatais sejam concedidos privilégios fiscais não extensíveis às empresas do setor privado (art. 173, §2º), o que configura elemento crucial para a devida competição com as empresas privadas, ela determina que tais entidades da administração indireta sejam submetidas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas (art. 173, §1º, inciso II), o que também é essencial para a devida concorrência com suas congêneres privadas. Assim, para cumprir o princípio da livre concorrência entre empresas públicas e privadas, é imperativo que não sejam criadas vantagens ou impostas barreiras que venham a criar a desequilíbrio entre ambas as competidoras em suas *atividades de natureza tipicamente empresarial*.

É no segundo grupo de atividades que se encontram, por exemplo, as operações de venda dos produtos ou serviços para os quais foram criadas, além das contratações estratégicas das empresas estatais com empresas privadas para o aprimoramento de suas atividades empresariais, alcance de novos clientes e mercados, busca por padrões de eficiência diferenciados em relação aos por ela já praticados, com reflexo na sua maior competitividade em face dos concorrentes do mercado.¹⁰

¹⁰ De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma: “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”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, v. 272, p. 85, maio/ago. 2016).

Parece-nos ser neste sentido que devam ser compreendidas as hipóteses de licitação dispensada do artigo 28, §3º, incisos I e II, da Lei das Estatais, conforme analisaremos com maior profundidade mais adiante neste texto.

Essa classificação das atividades das empresas estatais nos parece mais adequada do que a tradicional apartação entre “atividades-meio” e “atividades-fim”, pois ela encontra amparo na Lei das Estatais, que fixa regimes diferentes para as atividades aqui consideradas como *de natureza administrativa* e para aquelas de *natureza tipicamente empresarial*.

Mais do que cravar se são “atividades-meio” ou “atividades-fim”, sujeitas, portanto, ao “regime de direito público” ou ao “regime de direito privado”, respectivamente, parece-nos mais útil compreender, a partir da Lei das Estatais, que há atividades mais próximas da natureza administrativa de tais entidades e outras que são mais ligadas à natureza tipicamente empresarial dessas empresas, independentemente de serem atreladas ou não àquilo que a classificação tradicional considera “atividade-fim” das estatais.

O aspecto relevante para separar as atividades, portanto, parece estar na forma como a Lei das Estatais as separou, considerando o aspecto bifacial de tais entidades. Assim, para determinadas hipóteses, a referida norma estipulou a necessidade de licitação ou permitiu a celebração de contratações diretas, da mesma forma como faz em relação às entidades da administração direta e autárquica, ainda que com previsão de regras específicas, constituindo a sua face pública. Para outras situações, a Lei afastou todas essas regras,¹¹ como fez com a exploração de seu objeto social e as oportunidades de negócios, em virtude de sua face concorrencial e de mercado, sejam essas oportunidades ligadas ou não à exploração de seu objeto social, conforme analisaremos com maior detalhe mais adiante.

Ademais, essa classificação permite explorar as nuances aplicadas às empresas estatais pelo regime de competição com as congêneres privadas, sem recorrer a categorias estanques de “atividade-meio” e “atividade-fim”. Pelo contrário, ela permite que mesmo atividades afastadas da finalidade social da companhia pública possam ser objeto de contratações estratégicas, com o regime das oportunidades de negócios, ante a sua importância para a concorrência realizada com as empresas privadas.

¹¹ O §3º dos art. 28 da Lei nº 13.303/2016 expressamente afasta todas as regras de licitações e de contratação direta para as hipóteses nele previstas. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 245; Niebuhr, O regime jurídico das oportunidades de negócio para as estatais, *op. cit.*, p. 581.

Por fim, a classificação aqui proposta parece ser a que melhor capta as diversas nuances do regime aplicável às empresas estatais, que possui regras próprias, ora mais próximas das aplicáveis à administração direta e autárquica, ora mais afastado delas, mas sempre submetido às diretrizes fixadas constitucionalmente para a administração pública em geral, ainda que com adaptações.¹² Assim, não há “normas de direito público” ou “de direito privado” aplicáveis às empresas estatais como categorias estanques, ou mesmo “normas de direito privado derogadas pelos preceitos de direito público” como uma espécie indefinida. Há o direito posto pelo legislador que nos parece ser intencionalmente maleável de acordo com as duas faces das empresas estatais.

2.2 O controle externo a partir da classificação proposta

O tema do controle externo¹³ das empresas estatais¹⁴ pode ser considerado, na atual realidade brasileira, um dos principais desafios para o pleno exercício

¹² Afinal, estamos a tratar de uma entidade biface, não de duas entidades distintas. A respeito das adaptações dos princípios da administração pública às empresas estatais, cf. Aragão, *Empresas estatais, op. cit.*, p. 182 e segs.; Marques Neto e Palma, *Empresas estatais e parcerias institucionais, op. cit.*, p. 71-74.

¹³ Tratamos de controle no sentido de fiscalização, verificação da conformidade de determinada ação a regras previamente estipuladas, na mesma linha da concepção ampla de Odete Medauar: “Em acepção ampla, o controle significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente”. (MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30).

¹⁴ O cabimento ou não de controle externo das empresas estatais, especialmente aquele realizado pelos Tribunais de Contas, já foi debatido no direito brasileiro. Nesse sentido, o STF, já sob a vigência da CF/88, chegou a afirmar a impossibilidade de tal controle, sob o argumento de que tais entidades de direito privado não estariam incluídas na competência atribuída às Cortes de Contas pelos artigos 70, *caput*, e 71, II e VIII, da CF, mas sim ao art. 173, §1º, II, de tal diploma (cf. MS nº 23.627/DF e MS nº 23.875/DF), ambos de relatoria do ministro Carlos Velloso e julgados em 7.3.2002. Posteriormente, porém, o STF reconheceu a possibilidade de controle das estatais pelo TCU, quando do julgamento do MS nº 25.092/DF e MS nº 25.181/DF, de relatoria dos ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, respectivamente, julgados em 10.11.2005. Para a análise de tais julgados, cf. 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*, n. 59, p. 65-69, jul./set. 2017; e FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 328 e ss. A partir destes julgados e dos posicionamentos da literatura jurídica a respeito da matéria (em especial: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais e o controle pelos Tribunais de Contas*. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, n. 23, p. 9-40, jul./set. 2008; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do*

de suas atividades empresariais e, portanto, para a própria razão de ser de tais entidades administrativas, com especial impacto para aquelas que competem no mercado.

Tal aspecto demanda análise específica dos estudiosos em relação ao controle da administração pública direta e autárquica, considerando que a ideia original que inspira a criação de tais entidades é a de colocá-las sob regime jurídico diverso daquele a que estão sujeitos os demais órgãos e entidades da administração pública¹⁵ em relação às suas *atividades de natureza tipicamente empresarial*, permitindo que elas possam desenvolver atividades econômicas (serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito) em igualdade de condições com as congêneres privadas.

É justamente neste aspecto que a literatura especializada, nacional¹⁶ e estrangeira,¹⁷ aponta para a necessidade de se buscar um sistema de controle externo que seja adequado para essas entidades, em vista da estrutura

Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 246-247; e MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. *Autonomia e controle das empresas estatais no Brasil*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 132 e ss), entendemos que inexistente razão para se afastar o controle das estatais pelos Tribunais de Contas, nem pelos demais órgãos competentes (Judiciário e Ministério Público). A questão que se coloca está no modo de realizar o controle de tais entidades, especialmente das oportunidades de negócio, tema deste trabalho.

¹⁵ Segundo Caio Tácito, ao escrever a respeito das sociedades de economia mista e empresas públicas na década de 1970: “Certo é que, em ambos os casos, a personalidade jurídica de direito privado tem como objetivo precípua a liberação dos processos burocráticos de gestão administrativa e financeira. É, em suma, o repúdio aos sistemas clássicos de controle da administração direta, de forma a propiciar maior flexibilidade operacional e permitir a abstenção dos processos de contabilidade pública”. TÁCITO, Caio. *O controle das empresas do Estado — públicas e mistas*. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 713.

¹⁶ Conforme Vitor Rhein Schirato: “A natureza jurídica de Direito privado dessas entidades, somada a suas atuações em campos muitas vezes concorrenciais, demanda maior agilidade. Contudo, a maior agilidade não significa falta de controle, e sim um controle focado em resultados, e não em meios. Deve-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. Contudo, o equilíbrio entre liberdade de ação e controle de resultados ainda é algo a ser alcançado na realidade brasileira”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 146.

¹⁷ De acordo com Francesco Vito, tratando da realidade italiana de meados do século passado: “è facile vedere come il problema del controllo rappresenti il punto cruciale di tutta la materia. Per quanto paradossale ciò possa sembrare, la vera essenza della questione è qui: l’impresa pubblica nasce dall’esigenza di eliminare i controlli che appesantiscono ogni attività statale; ma tuttavia dei controlli non si può fare a meno, non foss’altro che per essere sicuri di raggiungere le finalità perseguite; e allora tutto sta nell’ardua ricerca di controlli che siano compatibili con la condotta del privato imprenditore”. (VITO, Francesco. *Il controllo dell’impresa pubblica*. In: VITO, Francesco. *Il controllo dell’impresa pubblica*. Pubblicazioni dell’Associazione Italiana di Scienze Politiche e Sociali. Milão: Società Editrice Vita e Pensiero, 1960 p. 15).

empresarial privada de tais entidades e do papel instrumental na organização estatal e econômica que lhes foi atribuído.

Assim, tanto no Brasil quanto no exterior aponta-se para a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio que permita a essas entidades o exercício de suas atividades empresariais, nas mesmas condições de suas congêneres privadas, com as quais concorrem, sem descurar do controle,¹⁸ que é importante para que elas não desbordem de suas funções estatutárias e atinjam o interesse público para o qual foram criadas, o que justifica a autonomia de que dispõem.¹⁹

Mostra-se premente, portanto, calibrar a atividade controladora especialmente para as atividades de cunho empresarial de tais entidades, em atenção ao quanto previsto no artigo 90 da Lei das Estatais.²⁰

A classificação por nós proposta parece ser adequada para a calibragem do controle externo, pois ela incide sobre os requisitos a serem observados pelos respectivos órgãos a respeito das ações das empresas estatais. Ao invés de um sistema monolítico de controle, pautado pelo que se considera o “direito público”, ela permite sua contextualização de acordo com a atividade realizada, em respeito à gestão tipicamente empresarial de tais entidades.

No caso das *atividades de natureza administrativa*, há a exposição da face de integrante da administração pública das empresas estatais, o que nos parece fazer incidir um controle em bases mais tradicionais pelos órgãos de

¹⁸ Sobre a importância do controle das empresas estatais, afirmou Tomas Ramon Fernandez Rodriguez, em meados do século passado: “*La asunción de empresas económicas por la Administración para satisfacer las exigencias del interés público supone la culminación de todo un proceso evolutivo de las ideas políticas y económicas que há cristalizado en un ‘modus vivendi’, que caracteriza la sociedad occidental: el sistema de economía mixta. Esta invasión por la Administración del campo económico y la coexistencia de sus empresas con las empresas privadas provoca un estado continuo de tensión que exige una justificación también continua de la existencia y actuación de las empresas públicas. Todo ello determina que el problema más importante de cuantos plante a la actividad pública de empresa sea precisamente el de su control, esto es, el de comprobación de su eficacia em base al interés público al que, por principio, sirven las empresas del Estado*”. (RODRIGUEZ, Tomas Ramon Fernandez. *La organización y el control del sector público industrial en España*. In: VERDERA Y TUELLIS, Evelio (ed.; pról.). *La empresa pública*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970. p. 935-936).

¹⁹ Conforme afirma Pedro Paulo de Almeida Dutra, “A busca pela identificação do ponto de equilíbrio entre o controle e a autonomia da empresa estatal passa, inevitavelmente, por considerações que visam a associar a autonomia e o papel instrumental, em razão do condicionamento exercido pelo último sobre a primeira. [...] A autonomia será, pois, condicionada por esse papel”. (DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de empresas estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 146).

²⁰ “Art. 90. As 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 públicas”.

fiscalização, ou seja, aquele que comumente é realizado sobre as atividades de mesma natureza da administração direta e autárquica. O controle externo das atividades de contratação de pessoal — seja por concurso ou não — e de contratação de bens e serviços, a nosso ver, se aproxima do controle externo realizado a respeito dos mesmos tipos de ajustes realizados pela administração direta e autárquica.

Com efeito, a aquisição de material de escritório para uma sociedade de economia mista ou para uma secretaria central deve ser analisada dentro de parâmetros que se assemelham, sem que haja, em nosso sentir, diferenças qualitativas relevantes entre eles que possam ser retiradas da legislação. O mesmo ocorre com a questão de concursos públicos para o preenchimento dos empregos públicos das empresas estatais, assim como a análise dos requisitos para a nomeação dos empregados comissionados.

Em todas essas hipóteses, há regras, decorrentes da face pública de tais entidades, que preveem como a empresa estatal deve agir, se por meio de realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, bem como os requisitos a serem obedecidos para a nomeação dos dirigentes e membros de conselho. Ainda que possa haver — e na prática há aos montes — casos de dúvidas a respeito da aplicabilidade de determinada regra em alguma situação concreta, a partir da definição da incidência da necessidade de realização de licitação ou concurso público, a lógica de controle se assemelha àquela aplicável ao controle externo de tais tipos de ações realizadas pela administração direta e autárquica.

De outro lado, no caso das *atividades de natureza tipicamente empresarial*, ligadas ou não ao objeto social da entidade, parece-nos que o controle externo deve se afastar dos parâmetros daquele tradicionalmente realizado sobre a administração direta e autárquica, para permitir que tais atividades sejam fiscalizadas de acordo com balizas mais próximas às regras aplicáveis aos demais agentes do mercado.

A questão por nós colocada liga-se aos parâmetros para a aferição do controle, uma vez que não nos afigura possível que os mesmos utilizados para as *atividades de natureza administrativa* sejam úteis para as atuações de *natureza tipicamente empresarial*. No fundo, o que está em jogo é a calibragem do controle, que não deve incidir de modo a inviabilizar ou tornar por demais custosas as atividades das companhias públicas, em detrimento das congêneres privadas com as quais concorrem, o que poderia gerar perda de competitividade, frustrando a própria razão de ser da atuação estatal direta na economia.

Assim, os parâmetros de controle devem ser devidamente adaptados para a realidade de mercado na qual está inserida a empresa estatal. A análise da publicidade, isonomia, eficiência e economicidade da contratação realizada por determinada empresa estatal que concorre no mercado não parece ser a mesma para as *atividades de natureza administrativa* e as de *natureza tipicamente empresarial*. A adaptação²¹ dos critérios de controle dos princípios da administração pública nestes casos ganha especial significado no âmbito concorrencial, que, em diversos casos, demanda inovação na gestão, bem como a assunção de riscos tipicamente empresariais, o que pode ser comprometido a depender das bases sobre as quais o controle incidir.²²

Tais peculiaridades demandam um novo olhar sobre os parâmetros de controle externo, com especial atenção para as finalidades buscadas pela empresa estatal, e para o processo de tomada da decisão de natureza empresarial. Retornaremos ao tema mais adiante, quando proporemos critérios a serem observados pela atividade de controle externo da celebração de oportunidades de negócio pelas estatais que concorrem no mercado.

3. As oportunidades de negócio das empresas estatais: caracterização e regime geral

O tema das oportunidades de negócio das empresas estatais, em si, não é exatamente uma novidade no debate nacional,²³ tendo sido analisado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no ano de 1998, em caso que envolvia a Petrobras, conforme anota Alexandre Santos de Aragão.²⁴

²¹ Essa ideia de adaptação do controle de acordo com as peculiaridades dos atos administrativos controlados não é nova no Brasil, tendo sido trabalhada por JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

²² Sobre o controle como fator inibidor da inovação na administração pública, cf. JORDÃO, Eduardo Ferreira. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 72, p. 143-144, abr./jun. 2018.

²³ A esse respeito, cf. Marques Neto. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado, *op. cit.*, p. 575-604.

²⁴ Aragão, *Empresas estatais, op. cit.*, p. 466. Anota o autor que o TCU, na Decisão 803/1998, Plenário, afirmou: “a) não existir irregularidade ou impedimento para que a Petrobras celebre ou venha a celebrar contratos de parceria ou associação com outras empresas; b) que tais contratos representem legítima ação estratégica da Companhia Estatal na ramificação e, paralelamente, verticalização de suas atividades, de modo a obter maior sinergia para seus investimentos e maior valor agregado para seus produtos, permitindo ganho de escala e maximização do resultado, além de preço final competitivo”.

O tema, no entanto, ganhou maior força com a edição da Lei nº 13.303/2016, cuja redação tem levado a debates a respeito de seu alcance e dos requisitos a serem observados pelas empresas estatais na formação de tais vínculos.²⁵

Para o desempenho de suas atividades de *natureza tipicamente empresarial*, as empresas estatais devem executar ações semelhantes às suas congêneres privadas, com a adoção de regras que permitam sua adaptação às mudanças e contingências do mercado. Nesses casos, essas entidades devem ser conduzidas com a flexibilidade típica das empresas privadas,²⁶ sem descuidar do respeito à legalidade ampla que perpassa todas as entidades da administração pública.

Em consideração a essa característica, a Lei nº 13.303/2016 estipulou hipóteses nas quais não serão incidentes nem o regime de licitações, nem o de contratação direta — dispensa ou inexigibilidade — com o respectivo procedimento previsto no artigo 30, §3º.²⁷ São hipóteses nas quais a contratação

²⁵ Vale notar que este tema foi amplamente debatido na I Jornada de Direito Administrativo, realizada no ano de 2020 pelo Conselho da Justiça. Dos 40 enunciados aprovados, três versaram sobre as oportunidades de negócio das empresas estatais. São eles: “**Enunciado 22.** A participação de empresa estatal no capital de empresa privada que não integra a Administração Pública enquadra-se dentre as hipóteses de ‘oportunidades de negócio’, prevista no art. 28, §4º, da Lei n. 13.303/2016, devendo a decisão pela referida participação observar os ditames legais e os regulamentos editados pela empresa estatal a respeito dessa possibilidade”; “**Enunciado 27.** A contratação para celebração de oportunidade de negócios, conforme prevista pelo art. 28, §3º, II, e §4º da Lei n. 13.303/2016 deverá ser avaliada de acordo com as práticas do setor de atuação da empresa estatal. A menção à inviabilidade de competição para concretização da oportunidade de negócios deve ser entendida como impossibilidade de comparação objetiva, no caso das propostas de parceria e de reestruturação societária e como desnecessidade de procedimento competitivo, quando a oportunidade puder ser ofertada a todos os interessados”; “**Enunciado 30.** A ‘inviabilidade de procedimento competitivo’ prevista no art. 28, §3º, inc. II, da Lei n. 13.303/2016 não significa que, para a configuração de uma oportunidade de negócio, somente poderá haver um interessado em estabelecer uma parceria com a empresa estatal. É possível que, mesmo diante de mais de um interessado, esteja configurada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

²⁶ Conforme afirmado por Rafael Wallbach Schwind: “A adoção do modelo empresarial pelo Estado não é um dado indiferente nem de menor importância. Pelo contrário. Quando cria uma entidade atribuindo a ela a qualificação de empresa, o Estado assume que o modelo empresarial corresponde à melhor forma de organização dos seus recursos para o cumprimento de certos objetivos aos quais se reconhece algum interesse público. Isso dignifica o reconhecimento de que a estruturação de uma atividade segundo preceitos empresariais corresponde ao modelo mais apropriado para o desenvolvimento de certos objetivos. [...] E o que caracteriza o modelo empresarial? É justamente o fato de se tratar de uma organização flexível dos fatores de produção, que tem a maleabilidade necessária e suficiente para responder às mutáveis exigências de seu entorno. Em um contexto altamente cambiável como o das atividades econômicas (em que se altera a configuração de mercado, mudam-se preços, desenvolvem-se novas tecnologias, novas demandas, entre outros fatores), são imprescindíveis dois requisitos muito importantes: liberdade e agilidade”. SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 57.

²⁷ A respeito da inaplicabilidade do procedimento de dispensa e inexigibilidade para as contratações de oportunidade de negócios, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação*

realizada pela empresa estatal liga-se diretamente ao seu aspecto empresarial, ou seja, de entidade de direito privado atuante no mercado, no mais das vezes concorrencial e com dinâmica própria, diversa daquela que informa a administração direta e autárquica, o que influenciou o legislador a fixar as regras previstas no art. 28, §§3º e 4º,²⁸ do mencionado diploma. Trata-se do que se tem chamado de *inaplicabilidade de licitação*,²⁹ que não se confunde com as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Na dispensa de licitação, o legislador afastou o referido processo competitivo, para contratação de objeto que, em tese, poderia se submeter à disputa entre concorrentes. Conforme afirma Marçal Justen Filho, “Trata-se, portanto, de restringir a amplitude de uma outra norma jurídica, que impunha a exigência de licitação. Portanto, e se não fosse a existência de dispositivo legal prevendo a dispensa, a contratação deveria subordinar-se à licitação”.³⁰

A inexigibilidade representa inviabilidade de competição pela execução do escopo do ajuste, presente “nas hipóteses em que a natureza do objeto, o interesse da Administração ou as características do mercado são incompatíveis com a realização de um certame licitatório formal”.³¹

Na *inaplicabilidade*, por sua vez, a ausência da licitação decorre de especificidades das características do contrato a ser celebrado, de modo que “até pode existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação”.³² Em outros termos, é pelas peculiaridades dos contratos oriundos

nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 299; MOREIRA, Egon Bockmann. *Empresas estatais, contratações diretas e as “oportunidades de negócio”*. In: PINTO JUNIOR, Mario Engler; MASTROBUONO, Cristina M. Wagner; MEGNA, Bruno Lopes (Coord.). *Empresas estatais: regime jurídico e experiência prática na vigência da Lei n. 13.303/2016*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 247.

²⁸ “Art. 28. [...] §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. §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”.

²⁹ Cf. Justen Filho, A contratação sem licitação nas empresas estatais, *op. cit.*, p. 298; Moreira, Empresas estatais, contratações diretas e as “oportunidades de negócio”, *op. cit.*, p. 246.

³⁰ Justen Filho, A contratação sem licitação nas empresas estatais, *op. cit.*, p. 298.

³¹ *Ibid.*, p. 299.

³² *Ibid.*, p. 299.

das hipóteses previstas nos incisos I e II do §3º do art. 28 da Lei das Estatais que se fixaram as hipóteses de inaplicabilidade, o que tem por efeito afastar o procedimento de contratação direta previsto no art. 30, §3º, aplicável para os casos de dispensa e inexigibilidade (art. 30, §3º).

É nesse quadro que Egon Bockmann Moreira afirma que “a *inaplicabilidade* não se comunica com a racionalidade do trinômio anterior (ou *licitação*, ou *dispensa* ou *inexigibilidade*), mas instala um *quartum genus*, literalmente estampados nos dois incisos do §3º do art. 28”.³³

As duas hipóteses de *inaplicabilidade de licitação* estão diretamente ligadas à dinâmica de mercado que levou o Estado a optar pelo modelo empresarial para o atingimento de determinado objetivo de interesse coletivo.³⁴ Ou seja, ao contrário das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação (arts. 29 e 30 da Lei das Estatais), no caso do §3º do artigo 28, a justificativa para a não realização do procedimento licitatório está na própria finalidade comercial das estatais e nas razões que levaram o Estado a criá-las (atuar diretamente na economia).

No primeiro caso, tem-se a comercialização dos bens, produtos ou serviços que formam a própria razão de ser da empresa, sendo essa hipótese diretamente ligada ao seu objeto social.

No segundo caso — de interesse para este estudo —, trata-se de celebração de parceria com empresa privada, para o desenvolvimento de alguma utilidade para a empresa estatal, dentro do amplo espectro de relações jurídicas, que venham a ser identificadas como oportunidades de negócio definidas e específicas, ou seja, pontuais e não corriqueiras, motivadas pelas características subjetivas da pessoa privada.³⁵

São hipóteses nas quais a entidade administrativa busca a conjugação de esforços com empresa privada para aprimorar sua gestão, captar recursos financeiros, aportar novas tecnologias ou outras utilidades consideradas importantes para gerar vantagens comerciais para a empresa estatal.³⁶ Tais

³³ Moreira, Empresas estatais, contratações diretas e as “oportunidades de negócio”, *op. cit.*, p. 247.

³⁴ A esse respeito, cf. GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* *Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 177; ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. *Oportunidades de negócio na Lei das Estatais: as parcerias e outras formas associativas entre empresas estatais e empresas privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 96-97.

³⁵ Cf. GUIMARÃES, Edgard; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentário ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 — Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 43.

³⁶ Cf. Marçal Justen Filho. *A contratação sem licitação nas empresas estatais...*, *cit.*, p. 302.

parcerias são marcadas pela atipicidade de seus contratos, para permitir maior inovação em tais ajustes, com amplas margens de liberdade ao gestor para identificar quais são as oportunidades de negócio e qual o melhor desenho contratual para o alcance da sua finalidade, obedecidos os princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade etc.³⁷

De acordo com essas características é que surge o ponto central de distinção entre o instrumento aqui estudado e a dispensa/inexigibilidade de licitação. Nestas duas hipóteses de contratação direta, trata-se de ajustes que possuem hipóteses de incidência previstas nos artigos 29 e 30 da Lei das Estatais, que tratam, respectivamente, de casos de dispensa e inexigibilidade.

Ainda que a previsão do art. 30 (inexigibilidade) seja mais aberta que a do art. 29 (dispensa de licitação), ao tratar de casos de inviabilidade de competição, ambas abrangem contratos típicos, que tenham os objetos ali descritos e sejam executados de acordo com modelos previamente determinados pela Lei nº 13.303/2016, portanto, contratos bilaterais, sinalagmáticos e comutativos,³⁸ há muito estudados e praticados pelas empresas estatais.

Essas características tornam esses ajustes menos flexíveis, dinâmicos e dotados de plasticidade que as contratações de oportunidades de negócio, que possuem aspecto de contrato associativo, por meio do qual os partícipes congregam esforços para o alcance de objetivo comum a eles. Com efeito, “mais que a mera estruturação de um contrato típico, a detecção da oportunidade de negócio exprime técnica de cooperação legislativamente autorizada entre sociedades empresariais distintas que visam a alcançar um objetivo comum por meio da cooperação, conjugação e sinergia de esforços”.³⁹

³⁷ De acordo com Egon Bockmann Moreira, “nas oportunidades de negócio a premissa fundamental é dar margem ao gestor para imaginar empreendimentos sui generis e neles adotar o modelo mais eficaz, definir figuras societárias e selecionar o parceiro específico cujos atributos viabilizem os objetivos específicos do negócio. Por serem oportunidades, incentivam o gestor a criar negócios jurídicos novos, obedientes ao direito posto, mas não tipificados por ele. As oportunidades de negócio podem ser consubstanciadas em contratos inovadores. [...] A Lei n. 13.303.2016, por meio do inciso II do §3º de seu art. 28, outorgou ao gestor público capacidade negocial com elevado grau de criatividade. Isso tanto na *detecção* da oportunidade quanto na sua *modelagem* e *concretização*. Sem abdicar, a toda evidência, dos princípios da publicidade, da impessoalidade, da modalidade, da economicidade, etc. Afinal, os outros eixos do mesmo diploma normativo — governança e compliance — impedem arroubos que se distanciem da ética, da eficiência e da legalidade. Estamos diante de novel categorização da reserva de escolha estatal nas contratações”. Moreira, *Empresas estatais, contratações diretas e as “oportunidades de negócio”*, *op. cit.*, p. 249 e 251.

³⁸ *Ibid.*, p. 248-249 e 253.

³⁹ *Ibid.*, p. 254.

Parece ser justamente neste sentido que o inciso II do §3º do art. 28 menciona a “escolha do parceiro”, e o §4º afirma que as oportunidades de negócio abrangem diversas “formas associativas, societárias ou contratuais”, o que reforça a distinção com as hipóteses de inexigibilidade de licitação de serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização (art. 30, *caput*, inciso II).

A redação da Lei das Estatais a respeito das oportunidades de negócio possibilita que elas sejam aplicadas em sentido amplo, “já que do inciso II não consta a exigência de que se relacionem com o seu objeto social”.⁴⁰ Assim, ainda que determinada atividade da empresa estatal não esteja relacionada com seu objeto social, é possível sua caracterização como oportunidade de negócio. O critério legal, portanto, não é o de “atividade-fim” ou “atividade-meio”, mas sim o que chamamos de *atividades de natureza tipicamente empresarial*.

Não se pode desconsiderar, na análise de tal dispositivo, a possibilidade de que atividades não ligadas ao objeto social se configurem como suporte ao alcance do objeto social da empresa estatal, incrementando as condições de concorrência da entidade com as suas congêneres privadas,⁴¹ bem como gerando ganhos de eficiência para a própria companhia pública. Assim, o traço essencial para a realização de tal contratação está na sua utilidade para o incremento da eficiência da empresa estatal, não na vinculação ao seu objeto social.

Ainda dentro dos contornos dessas parcerias, a seleção do parceiro privado, com ou sem procedimento competitivo, deve seguir o critério da Lei nº 13.303/2016, que não parece impor ao gestor a escolha da melhor empresa no setor, mas sim daquela que consiga executar o objeto pretendido pela empresa estatal.

⁴⁰ Aragão, *Empresas estatais*, *op. cit.*, p. 230.

⁴¹ A esse respeito, Carolina Reis Jatobá Coêlho afirma que “[t]ais hipóteses não são exatamente o que a doutrina chamava de atividade-fim, que decorre da execução direta do objeto social, mas são atividades essenciais ao desenvolvimento adequado e indireto dessa mesma atividade finalística, de importância instrumental para atuação concorrencial. Configuram-se em verdadeiro objeto de suporte àquela atividade, embora com ela não se confunda”. COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. *Empreendedorismo estatal: como e quando afastar o procedimento licitatório para viabilizar os negócios das empresas estatais* (art. 28, §3º, inc. II). In: FERNANDES, Murilo Jacoby (Coord.). *Empresas estatais: Lei nº 13.303/2016 – doutrina e jurisprudência para empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias e sociedades de propósito específico*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 192. No mesmo sentido: Marques Neto, *As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado*, *op. cit.*, p. 588; Moreira, *Empresas estatais, contratações diretas e as “oportunidades de negócio”*, *op. cit.*, p. 254.

A nosso ver, o critério da Lei das Estatais não é o de excelência do parceiro, mas sim o de suficiência, de modo que cabe ao gestor justificar a contratação do parceiro demonstrando ser ele suficientemente capaz de executar o objeto da parceria, sendo desnecessário aferir se ele é o melhor do mercado para tal finalidade. Na realidade, esse tipo de exigência, além de subjetiva e sem amparo legal, possui dois inconvenientes: de um lado, coloca ao gestor uma barreira difícil de ser superada, pois pode haver casos em que saber quem é o *melhor* no mercado seja impossível; de outro, transfere ao controlador, em última instância, a competência para apontar se a empresa contratada é a melhor ou não, de acordo com critérios pouco objetivos.

Havendo a caracterização da oportunidade de negócio, restará afastado o procedimento licitatório, que, como afirma Marçal Justen Filho,

é uma solução imprestável, porque não se trata de selecionar a proposta mais vantajosa. [...] A identificação do parceiro adequado envolve, então, um processo de conversação, discussão de projetos comuns, a verificação das habilidades e das virtudes apresentadas pelos potenciais parceiros e a identificação de pontos negativos. Ao final, a escolha será resultado de uma ponderação sobre aspectos positivos e negativos.⁴²

Da mesma forma, restará afastado o procedimento previsto no art. 30, §3º, da Lei das Estatais, destinado às contratações diretas.⁴³

No entanto, para a celebração dessas parcerias, “embora dispensada a licitação, é imprescindível que seja justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”,⁴⁴ o que nos remete a dois aspectos. Em primeiro plano, o reconhecimento legal de que a licitação não encerra todos os processos competitivos aptos a gerar contratações públicas pautadas pela moralidade, impessoalidade e isonomia,⁴⁵ podendo a empresa estatal, nesta hipótese, se

⁴² Justen Filho, A contratação sem licitação nas empresas estatais, *op. cit.*, p. 304.

⁴³ MENDONÇA, José Vicente Santos de; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, inciso II, da Lei das Estatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 18, n. 71, p. 105, jul./set. 2020.

⁴⁴ ZARDO, Francisco. O regime jurídico das empresas estatais com participação estatal minoritária. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 15, n. 58, p. 74, abr./jun. 2017.

⁴⁵ De acordo com Rafael Wallbach Schwind, ao tratar da escolha de parceiros para a formação de empresa público-privada: “Inicialmente, é necessário considerar que 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, *O Estado acionista*, *op. cit.*, p. 281).

valer de processo especificamente desenhado para tal finalidade, com regras diversas das aplicáveis às licitações em geral.

Em segundo lugar, é possível que ocorra a formação da parceria sem a realização de procedimento competitivo, a depender do caso concreto, quando restarem demonstrados, entre outros aspectos: (i) a necessidade de agilidade para assegurar a eficiência da atividade a ser desenvolvida, o que remete à ideia de “oportunidade” mencionada no dispositivo em apreço;⁴⁶ (ii) a tutela do aspecto concorrencial da empresa estatal, de modo que pode haver situações nas quais a simples instauração de um processo competitivo alerte concorrentes a respeito do movimento realizado pela entidade;⁴⁷ (iii) a impossibilidade de comparação objetiva entre propostas oferecidas por mais de um interessado; (iv) as finalidades empresariais comuns entre a empresa estatal e a empresa privada; (v) aspectos ligados à empresa privada contratada, tais como capacidade técnica específica, experiência anterior na execução do objeto da parceria, aptidão para correr riscos etc.

A desnecessidade de licitação ou de outro processo competitivo não significa que a empresa estatal não deva procedimentalizar a escolha do parceiro privado.⁴⁸ Pelo contrário, a justificativa para tal parceria, em todos os seus aspectos (fundamentação da necessidade da celebração da relação jurídica; o objeto da parceria; as obrigações a serem assumidas pelas partes; os valores a serem empregados; o parceiro escolhido etc.), deve estar devidamente expressa e motivada em processo administrativo, ainda que este tenha sua publicidade reservada para momento posterior, com a finalidade de não comprometer a concorrência da entidade estatal. Trata-se de forma de

⁴⁶ Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “O dispositivo visa a dar à estatal agilidade em sua atuação no mercado, já que muitas formalidades na realização de oportunidades de negócio podem fazer com que ela as perca, seja para concorrentes, seja até mesmo para empresas de outro setor, já que do inciso II não consta exigência de que se relacionem com o seu objeto social. O Estatuto das Estatais em boa hora com o §3º diminui a assimetria concorrencial das estatais em relação às suas congêneres privadas”. Aragão, *Empresas estatais*, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁷ Tema que se liga à publicidade das operações empresariais das estatais e à possibilidade de sigilo em atos que venham a prejudicar a concorrência delas com as empresas privadas, como previsto no art. 22 da Lei de Acesso à Informação e nos artigos 5º e 6º do Decreto federal nº 7.724/2012, além do art. 85 da Lei das Estatais e art. 45 do Decreto nº 8.945/2019. A esse respeito, cf. Aragão, *Empresas estatais*, *op. cit.*, p. 195; MONTEIRO, Vítor; SANTOS, Fábio Gomes dos. Lei de acesso à informação e sigilo nas atividades das empresas estatais. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da *et al.* *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 617-638.

⁴⁸ A respeito da necessidade de procedimentalização da escolha do parceiro privado para a celebração de parceria de caráter societário (empresa público-privada), cf. Schwind, *O Estado acionista*, *op. cit.*, p. 283-285.

compatibilizar o exercício de *atividade de natureza tipicamente empresarial* com a necessidade de atenção aos princípios que regem a administração pública.

Com efeito, a discricionariedade inerente à gestão empresarial e o relativo subjetivismo da escolha do particular com o qual será entabulada a parceria — nas hipóteses de inexistência de processo competitivo — devem ser objeto de justificação em processo para posterior aferição de sua validade pelos órgãos de controle. Neste sentido, o processo poderá servir, inclusive, como meio de garantir a deferência e a não ingerência dos órgãos de controle na gestão da empresa estatal,⁴⁹ tal qual determinado pelo art. 90 da Lei das Estatais, conforme analisaremos a seguir.

4. O controle externo das oportunidades de negócio

Analisados os aspectos gerais das oportunidades de negócio das estatais, interessa-nos neste tópico apontar quais são os parâmetros sobre os quais deve ser realizada a atividade de controle externo da formação de tais parcerias, ou seja, da seleção do parceiro privado, dos valores envolvidos e dos motivos que levaram a empresa estatal a realizar tais operações empresariais.

Conforme demonstraremos a seguir, há parâmetros que são tipicamente oriundos do direito empresarial, ao passo que há outros que são mais comuns no direito administrativo, ainda que devam ser sopesados de acordo com a característica de *atividade de natureza tipicamente empresarial* das oportunidades de negócio.

De início, convém destacar que a Lei das Estatais permite que o controle recaia sobre aspectos amplos das atividades das empresas estatais, relacionados à “legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus

⁴⁹ Sobre a importância do processo administrativo como meio de controle e contenção do controlador dos atos discricionários, afirma Marcos Augusto Perez: “pode-se dizer que, no direito atual, o controle jurisdicional da discricionariedade está absolutamente ligado à noção de processo administrativo: à efetiva utilização do processo enquanto veículo decisório; à correta e completa instrução do processo; à imparcialidade da decisão; e à previsibilidade e segurança jurídicas. Dito de outra maneira, o modo pelo qual se estrutura a decisão administrativa ou o processo de tomada de decisão é que deve oferecer ao controlador da discricionariedade a medida das fronteiras que separam o controle de sua legalidade do excesso ou abuso de jurisdição. [...] O foco principal do controlador da discricionariedade, insista-se, passa a ser o processo, ou seja, transforma-se na compreensão de como e por que a Administração tomou a decisão jurisdicionalmente questionada, para que, da observação dessa gênese, seja extraída uma conclusão sobre a sua legalidade”. PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 238-239.

recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial” (art. 85, *caput*), indo além, portanto, do controle restrito de legalidade.

Além disso, o artigo 90 da referida Lei expressamente determina que as “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 públicas”.

O desafio que se coloca é o de criar parâmetros de análise dos aspectos anteriores em relação às oportunidades de negócio — *atividades tipicamente empresariais* —, com vistas a calibrar a incidência de um controle externo que, ao mesmo tempo que coíba irregularidades, não gere interferência na gestão de tais entidades.

Assim, o controle externo deve ser adaptado em relação a alguns critérios tradicionalmente analisados nas contratações públicas realizadas pela administração direta e autárquica.

Em primeiro lugar, as oportunidades de negócio não devem ser controladas como se fossem licitações ou mesmo processos de dispensa ou inexigibilidade. A Lei das Estatais expressamente afastou aquela operação comercial das regras do Capítulo I do Título II do mencionado diploma.⁵⁰ Trata-se de situações diversas, com lógicas diferentes e finalidades que não são comuns, o que afasta o racional de controle de uma hipótese para a outra.

Decorre dessa observação que a forma de incidência da publicidade, da isonomia e da economicidade típicas das contratações das empresas estatais no exercício das *atividades de natureza administrativa* não é a mesma que aquela aplicável às oportunidades de negócio. A publicidade da contratação poderá ser diferida, com vistas à preservação das condições de concorrência da empresa estatal. A isonomia não possui o mesmo conteúdo que aquele exigido nas licitações, pois pode ser impossível a comparação entre propostas, além de desejável a escolha do parceiro com base em critérios subjetivos, tipicamente empresariais. Por fim, o próprio preço praticado no contrato não segue parâmetros objetivos de cotação de preços, podendo ser, inclusive, difícil se estabelecer qual o valor de mercado do objeto da parceria.

Estes aspectos, no entanto, não afastam os gestores das estatais do dever de motivar tanto a necessidade da parceria a ser realizada quanto os seus

⁵⁰ Mendonça e Borges, *Parcerias estratégicas das estatais*, *op. cit.*, p. 106-107.

elementos (valor, prazo, obrigações, o parceiro escolhido etc.), o que deverá ocorrer dentro de um processo administrativo. À maior flexibilidade de celebração de contratos voltados às oportunidades de negócio deve corresponder o aumento da qualidade do processo decisório da empresa, com vistas ao regramento da discricionariedade inerente à gestão de tais entidades.⁵¹

Em segundo lugar, parece-nos que o controle das oportunidades de negócio deve seguir os parâmetros oriundos da *business judgment rule*, regra aplicada no direito norte-americano, que possui por finalidade proteger o administrador de companhias privadas da responsabilização pessoal pelos atos praticados de boa-fé e nos limites da competência a ele atribuída. Seu valor está em se mostrar meio de preservar a discricionariedade do gestor, ao mesmo tempo que busca coibir o abuso de poder do administrador da pessoa jurídica.⁵²

Ainda que tal regra seja predominantemente utilizada para aferir a responsabilidade pessoal do gestor, de acordo com o §6º do art. 159 da Lei nº 6.404/1976,⁵³ interessa-nos a compreensão de seus contornos e sua aplicação ao controle externo das oportunidades de negócio das empresas estatais.

De modo sintético, quatro são os elementos a serem analisados na incidência dessa regra.⁵⁴

Em primeiro lugar, a ocorrência de uma *decisão negocial*, o que nos afigura como decisão de natureza tipicamente empresarial, pautada pela discricionariedade de gestão empresarial, no melhor interesse da companhia.

⁵¹ De acordo com Luiz Eduardo Altenburg de Assis, na formação dessas relações contratuais “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, inclusive no que diz respeito à legalidade e legitimidade dos direitos e obrigações estipulados nessa relação obrigacional de cunho associativo”. Assis, *Oportunidades de negócio na Lei das Estatais*, op. cit., p. 308.

⁵² Segundo Pedro Henrique Castello Brigagão: “A *business judgment rule* é dos temas mais importantes que permeiam o regime de responsabilidade dos administradores das companhias. Como se viu, um dos principais desafios enfrentados pelo legislador ao estabelecer este regime é encontrar o equilíbrio ideal entre (i) a necessária prevenção de eventuais abusos da posição de confiança detida por diretores e conselheiros perante as companhias e (ii) a também necessária liberdade e discricionariedade que eles devem ter para gerir os negócios sociais”. BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 107.

⁵³ “§6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”

⁵⁴ Para análise aprofundada de seus elementos, cf. Brigagão, *A administração de companhias e a business judgment rule*, op. cit., p. 129 e segs.

Em segundo plano, essa decisão deve ser tomada com *desinteresse e independência*. Independente é a decisão “baseada nos méritos e interesses da companhia, sem qualquer influência sobre a sua capacidade de decidir discricionariamente”.⁵⁵ Desinteressada, por sua vez, configura-se a decisão “que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele”.⁵⁶

Além disso, a regra em comento impõe ao gestor o *dever de diligência*, de modo que a decisão negocial deve ter sido tomada de modo informado, ou seja, com base em dados a respeito da operação a ser realizada. A quantidade de informações varia caso a caso, mas o fator relevante que esta regra traz para o controle é que o foco da análise recai não sobre a decisão em si, mas sobre o processo decisório que levou a empresa estatal a realizar a parceria. “Dito de outro modo, a preocupação do julgador deve ser com a conduta que o administrador adotou para chegar à decisão tomada, verificando-se se ele reuniu informações suficientes para embasar o seu comportamento.”⁵⁷

Neste ponto, ganham relevo os estudos realizados pela empresa estatal para a formalização da parceria, o que inclui a identificação da sua necessidade, a finalidade a ser obtida com o novo ajuste, os riscos a serem assumidos e mitigados,⁵⁸ a formatação da parceria a ser firmada, as *expertises* do parceiro privado que será escolhido etc.

Tais elementos devem estar presentes no processo administrativo de escolha, tenha ele caráter competitivo ou não, como meio de balizar a opção do gestor público e de demonstrar aos órgãos de controle, aos acionistas privados (no caso de sociedades de economia mista) e à sociedade em geral a legitimidade do exercício da discricionariedade administrativa pela companhia estatal.

Por fim, a regra se dirige ao *gestor de boa-fé*, não protegendo aquele que age de má-fé. Anota Pedro Henrique Castello Brigagão que a jurisprudência norte-americana já considerou a existência de má-fé nas decisões negociais

⁵⁵ SADDY, André. Deveres dos administradores, responsabilidades e *business judgment rule* nas sociedades anônimas estatais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, n. 1, p. 99, jan./jun. 2016.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Brigagão, *A administração de companhias e a business judgment rule*, *op. cit.*, p. 138-139.

⁵⁸ A respeito da relação entre assunção de riscos e discricionariedade nas empresas estatais, cf. CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 175-180.

nas quais restou evidenciada a presença de “(i) dolo; (ii) falha escandalosa no processo decisório; ou (iii) indiferença consciente quanto aos negócios da companhia”.⁵⁹

Entendemos que esses elementos servem de parâmetro para a atividade de controle externo das oportunidades de negócio, uma vez que eles se concentram no processo decisório, não na decisão em si. Cria-se, assim, um campo de proteção da gestão empresarial à incidência do controle sobre o mérito da negociação empresarial. O foco do controle recai sobre os elementos que informaram a decisão.⁶⁰

Assim, os critérios da *business judgment rule* se amoldam a duas regras centrais para o controle das atividades de natureza tipicamente empresarial das empresas estatais: o artigo 90 da Lei nº 13.303/2016 e o artigo 22, §1º, da LINDB.⁶¹

Pelo primeiro, cria-se uma zona de não interferência do controle sobre a gestão da empresa estatal, com a imposição da deferência do controlador às decisões regularmente tomadas pela entidade controlada, ou seja, que tenham respeitado as regras procedimentais aqui analisadas.⁶² Há, aqui, a

⁵⁹ Brigagão, *A administração de companhias e a business judgment rule*, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁰ De acordo com Alexandre Santos de Aragão, “Em outras palavras, diante de uma decisão de boa-fé, plausível e fundamentada, não cabe à autoridade judicial, arbitral ou administrativa imiscuir-se nas escolhas empresariais, hipótese em que o gestor fica isento de responsabilidade caso tenha seguido esses padrões, ainda que da decisão decorram eventuais prejuízos”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Business judgment rule* e os limites sobre o controle das empresas estatais. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). *Direito administrativo e corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 300-301).

⁶¹ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.”

⁶² Ao tratar do art. 90 da Lei das Estatais e sua relação com a *business judgment rule*, Alexandre Santos de Aragão afirma: “Toda atividade empresarial pressupõe um planejamento, que não pode a toda hora ser revisto e surpreendido por necessidades administrativas ou políticas que, por mais nobres que sejam, não dizem respeito à atividade econômica em si exercida pela empresa estatal. Toda essa lógica foi encampada pelo art. 90 na Lei nº 13.303/2016, impondo respeito à discricionariedade de gestão empresarial das estatais, inclusive como expressão do princípio societário da *business judgment rule*. Como não poderia deixar de ser, a Lei nº 13.303/2016 refletiu tanto a incidência adaptada do princípio da motivação administrativa quanto os deveres de diligência, boa-fé e informação da Lei das S.A., de aplicação e cumprimento conjuntos. A observância desses deveres, portanto, também atrai aos atos de gestão das estatais a proteção conferida pela *business judgment rule*, que, no caso dessas empresas, consubstancia uma potencialização peculiarizada do princípio da deferência. Assim, quando devidamente fundamentados, os atos de gestão das estatais detêm verdadeiro princípio da deferência diante de qualquer ‘órgão ou ente de controle’, que não pode se imiscuir ‘no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas’, nos termos do art. 90 do Estatuto das Estatais”. Aragão, *Business judgment rule* e os limites sobre o controle das empresas estatais, *op. cit.*, p. 317-318.

lógica da deferência que “limita a atuação do controlador, nos casos em que este é provocado a alterar os juízos de ponderação (técnicos, econômicos, sociais e jurídicos) realizados pela autoridade administrativa, que dispõe de formação adequada e está sistematicamente posicionada na organização jurídico-administrativa para tanto”.⁶³

O segundo dispositivo impõe ao controlador o dever de considerar as “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação” do gestor quando da elaboração do ato sob análise. Trata-se, portanto, de mais uma previsão que demanda a análise dos critérios da *business judgment rule* pelo controlador, ou seja, a aferição das informações detidas pelo administrador quando da tomada da decisão, do quadro fático sobre o qual decidiu etc.

Da mesma forma que ocorre com a regra do art. 90 da Lei das Estatais, o dispositivo da LINDB cria uma zona de deferência do controlador nos casos de decisões razoáveis dos gestores (não as decisões ótimas), tomadas em processos devidamente instruídos.⁶⁴

Vale destacar, ainda, que mesmo uma parceria que se mostre malsucedida na sua execução pode ser considerada regular e legítima, pois os critérios anteriores envolvem a qualidade do processo decisório de celebração do ajuste. Afinal, o sucesso ou o insucesso da associação legitimamente firmada se insere nas questões empresariais e de mercado, que não podem levar à invalidade do vínculo firmado ou à responsabilização dos gestores envolvidos, diante da presunção de legitimidade das decisões tomadas⁶⁵ e da zona de deferência criada pela validade dos aspectos processuais da formação do ajuste.

Conclusões

Ao fim deste texto, podemos concluir serem necessários critérios adequados para o exercício do controle externo, que levem em consideração a

⁶³ Guimarães *et al.*, *Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)*, *op. cit.*, p. 446.

⁶⁴ Conforme ensina Alexandre Santos de Aragão, “Seguindo esse raciocínio, desde que suficientemente fundamentadas e instruídas do ponto de vista de uma transparente gestão empresarial (*business judgment rule*), as decisões do gestor da estatal demandam dos órgãos de controle (internos ou externos, judiciais ou não) uma postura de deferência, não adentrando no mérito desses atos de gestão ou dos detalhes da forma com que foram instrumentalizados, que gozam de presunção relativa de legitimidade e boa-fé, razão pela qual só devem ser infirmadas por esses órgãos em caso de manifesta ilegalidade”. Aragão, *Business judgment rule* e os limites sobre o controle das empresas estatais, *op. cit.*, p. 320-321.

⁶⁵ Assis, *Oportunidades de negócio na Lei das Estatais*, *op. cit.*, p. 313.

natureza eminentemente empresarial das contratações das estatais nos casos de oportunidades de negócios e a inserção de tais entidades em ambiente concorrencial com empresas privadas que não estão sujeitas aos órgãos de fiscalização estatal e demais regras aplicáveis às entidades integrantes da administração pública indireta.

Não se trata de menosprezar o papel do controle externo ou mesmo de enfraquecê-lo, mas sim de amoldá-lo ao contexto da atividade sobre a qual incidirá, que é diversa — em seus fundamentos e pressupostos — das tradicionais contratações realizadas pelas empresas estatais. Assim, a contextualização da atividade controladora leva à alteração dos seus parâmetros, como forma de dar cumprimento ao art. 90 da Lei das Estatais, que veda a intromissão do controlador na gestão das companhias estatais.⁶⁶

Há, portanto, o incremento e a adaptação do controle externo incidente sobre essas atividades de natureza tipicamente empresarial das empresas estatais, como forma de legitimar a atividade fiscalizatória à luz das determinações legais aplicáveis. Afinal, o controle que venha a tolher a legítima competitividade das empresas estatais que atuam em mercados concorrenciais acaba por afronta o interesse público que motivou a criação de tais entidades.

Assim, entendemos que o aporte dos critérios da *business judgment rule* e a intensificação da processualidade administrativa necessária para a formação do vínculo de parceria, com a adaptação dos princípios da administração pública para a lógica concorrencial e de mercado, apresentam-se como a melhor forma de controle das oportunidades de negócios das empresas estatais que competem no mercado.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Business judgment rule e os limites sobre o controle das empresas estatais*. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). *Direito administrativo e corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 297-323.

⁶⁶ Aspecto que já era ressaltado pelo STF no começo dos anos 2000, ao julgar o MS 25181 já referenciado neste texto.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais e o controle pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 9-40, jul./set. 2008.

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. *Oportunidades de negócio na Lei das Estatais: as parcerias e outras formas associativas entre empresas estatais e empresas privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. Empreendedorismo estatal: como e quando afastar o procedimento licitatório para viabilizar os negócios das empresas estatais (art. 28, §3º, inc. II). In: FERNANDES, Murilo Jacoby (Coord.). *Empresas estatais: Lei nº 13.303/2016 — doutrina e jurisprudência para empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias e sociedades de propósito específico*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 181-209.

COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Mello; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. *Revista Direito GV*, v. 15, p. 2-23, jan./abr. 2019.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de empresas estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais para as sociedades privadas com participação minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* *Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUIMARÃES, Edgard; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentário ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 — Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 18, n. 72, p. 133-146, abr./jun. 2018.

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, 2016. p. 283-326.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (Coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 575-604.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Empresas estatais e parcerias institucionais. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. *In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, inciso II, da Lei das Estatais. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 18, n. 71, p. 97-109, jul./set. 2020.

MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. *Autonomia e controle das empresas estatais no Brasil*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MONTEIRO, Vítor; SANTOS, Fabio Gomes dos. Lei de acesso à informação e sigilo nas atividades das empresas estatais. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al. *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 617-638.

MOREIRA, Egon Bockmann. Empresas estatais, contratações diretas e as “oportunidades de negócio”. In: PINTO JUNIOR, Mario Engler; MASTROBUONO, Cristina M. Wagner; MEGNA, Bruno Lopes (Coord.). *Empresas estatais: regime jurídico e experiência prática na vigência da Lei n. 13.303/2016*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 241-263.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O regime jurídico das oportunidades de negócio para as estatais. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães. *Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 575-591.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

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

PINTO, Henrique Motta. *Empresa estatal: modelo jurídico em crise?* Dissertação (mestrado em direito) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRIGUEZ, Tomas Ramon Fernandez. La organización y el control del sector público industrial en España. In: VERDERA Y TUELLIS, Evelio (ed.; pról.). *La empresa pública*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970. p. 935-968.

SADDY, André. Deveres dos administradores, responsabilidades e *business judgment rule* nas sociedades anônimas estatais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, n. 1, p. 70-113, jan./jun. 2016.

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

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

SILVEIRA, Henrique Lago da. O controle externo sobre desinvestimentos de empresa estatais: uma análise dos critérios utilizados pelo Tribunal de Contas da União no caso Petrobras. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 61-93, jul./set. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Administração e justiça um novo equilíbrio? *In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 317-340.

SUNDFELD, Carlos Ari. Crítica à doutrina antiliberal e estatista do direito administrativo. *In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 113-144.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 79-101.

TÁCITO, Caio. O controle das empresas do Estado — públicas e mistas. *In: TÁCITO, Caio. Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 711-720.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 (fac-símile da edição de 1968).

VITO, Francesco. Il controllo dell'impresa pubblica. *In: VITO, Francesco. Il controllo dell'impresa pubblica*. Pubblicazioni dell'Associazione Italiana di Scienze Politiche e Sociali. Milão: Società Editrice Vita e Pensiero, 1960. p. 11-34.

ZARDO, Francisco. O regime jurídico das empresas estatais com participação estatal minoritária. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 15, n. 58, p. 61-81, abr./jun. 2017.