



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

JANAINA CASTRO DE FARIA

**CARTÃO BRB S.A.:
A CONSONÂNCIA DO REGULAMENTO DE COMPRAS E
CONTRATAÇÕES COM A LEI DAS ESTATAIS
(LEI 13.303/2016)**

**Brasília
2017**

JANAINA CASTRO DE FARIA

CARTÃO BRB S.A.:
A CONSONÂNCIA DO REGULAMENTO DE COMPRAS E
CONTRATAÇÕES COM A LEI DAS ESTATAIS
(LEI 13.303/2016)

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD
para aprovação final no curso de Pós
Graduação em Direito de Empresa e
Contratos.

Orientador: Prof. Dr. Rui Piscitelli

Brasília

2017

JANAINA CASTRO DE FARIA

CARTÃO BRB S.A.:
A CONSONÂNCIA DO REGULAMENTO DE COMPRAS E
CONTRATAÇÕES COM A LEI DAS ESTATAIS
(LEI 13.303/2016)

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
para aprovação final no curso de Pós
Graduação em Direito de Empresa e
Contratos.

Brasília-DF, 22 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Pedro

Universidade UniCEUB

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Universidade UniCEUB

“O Direito não é um dado, mas um construído”.

Hannah Arendt

Dedico
este trabalho aos meus pais
e meu marido.

Agradeço
A Deus;
Ao meu professor Rui Piscinelli;
ao meu marido;
aos meus pais;
aos amigos, que sempre me incentivaram
e me ajudaram a desenvolver este trabalho.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é reforçar a legalidade do Regulamento de Compras e Contratações da BRBCARD por meio da análise do surgimento das empresas estatais e sua caracterização com a reforma administrativa do regime burocrático ao gerencial e após a Emenda 19/97. O estudo apresenta conceitos de atividade econômica em sentido estrito, realizada pelo Estado, e sobre subsidiárias estatais, assim como aborda também o reflexo do entendimento aqui exposto nas jurisprudências das Cortes de Contas, STJ e STF. Como resultados entende-se que a ausência de definição precisa das hipóteses de atuação do Estado na atividade econômica, previstas no artigo 173 da CF/88 foi proposital e que, ao permitir o surgimento de estatais e suas subsidiárias, o legislador almejava seu distanciamento do regime burocrático administrativo e aproximação do regime privado, objetivo este, inclusive, reforçado e fortalecido pela promulgação da Lei 13.303/2016 e Decreto 8.945/2016.

Palavras-chave: Direito Administrativo. BRBCARD. Reforma Administrativa. Emenda 19/97. Artigo 173 da CF/88. Lei 13.303/2016.

ABSTRACT

The objective of this work is to reinforce the legality of the BRBCARD Procurement and Contracting Regulation by analyzing the emergence of state-owned enterprises and their characterization with the administrative reform of the bureaucratic regime to managerial and after Amendment 19/97. The study presents concepts of economic activity in a strict sense, carried out by the State, and on state subsidiaries, as well as the reflection of the understanding presented here in the jurisprudence of the Cortes de Counts, STJ and STF. As a result, it is understood that the absence of a precise definition of the State's hypotheses for economic activity, provided for in article 173 of CF/88, was intentional and that, by allowing the emergence of state-owned companies and their subsidiaries, the legislator sought its Administrative bureaucratic regime and approximation of the private regime, an objective that was even reinforced and strengthened by the promulgation of Law 13303/2016 and Decree 8.945/2016.

Keywords: Administrative Law. BRBCARD. Administrative Reform. Amendment 19/97. Article 173 of CF/88. Law 13.303/2016.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA TRANSIÇÃO DO REGIME BUROCRÁTICO PARA O GERENCIAL	11
1.1 Breves conceitos sobre administração pública, regime burocrático e gerencial	11
1.2 Contexto histórico do surgimento do regime gerencial	13
2 EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO PELO ESTADO E SUAS ESTATAIS	19
2.1 O Exercício da atividade econômica pelo Estado	19
2.2 Caracterização das empresas estatais e suas subsidiárias	24
3 REGIME JURÍDICO DE EMPRESAS ESTATAIS E SUBSIDIÁRIAS: na legislação, doutrina, jurisprudência e novas disposições legais	34
3.1 Na legislação	34
3.2 Na Doutrina	37
3.3 Na jurisprudência	40
3.4 Novas Disposições Legais	49
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O Banco de Brasília S.A. - BRB é sociedade de economia mista, cujo acionista majoritário é o Governo do Distrito Federal (96,85%), tendo sido criado por meio da Lei Federal n. 4.545/64 e obteve autorização para funcionar concedida pelo Banco Central do Brasil, em 12 de julho de 1966.

Já a Cartão BRB, atualmente denominada BRBCARD, foi constituída em 23 de julho de 1997, com o objetivo de comercializar e administrar o portfólio de produtos e serviços dos cartões do BRB, somente após a publicação da Lei Distrital nº 1.560/97, que permitiu a participação do BRB em sociedade de economia mista, incluindo o mercado de cartões e serviços.

Com a reorganização societária da BRBCARD ocorrida em maio de 2009, o BRB – sociedade de economia mista, cujo acionista majoritário é o Governo do Distrito Federal – passou a deter 69,74% de participação no capital social da Cartão BRB S.A.

A partir dessa alteração no capital social, iniciou-se forte divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do enquadramento ou não da BRBCARD como sociedade de economia mista, mormente pelo fato de não haver lei específica que autorizasse a criação desta Companhia como ente público e de sua composição acionária, fatos que impediriam sua caracterização como empresa integrante da Administração indireta até pouco tempo atrás.

Nesse sentido, a pergunta-problema a ser respondida ao final da pesquisa é: “Qual a correlação que há entre o Regulamento de Compras e Contratações da empresa Cartão BRB S.A. com a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) ?”.

Ocorre que, em razão da referida alteração, a Corte de Contas do Distrito Federal, entendeu, recentemente, que a Cartão integra a administração indireta do DF, na qualidade de subsidiária autônoma do BRB, com regime jurídico híbrido.

Com esta pesquisa propõe-se, então, fortalecer a adoção de Regulamento de Compras e Contratações da BRBCARD, diante da ausência de legislação específica antes da promulgação da Lei 13.303/16, demonstrando que, mesmo antes dessa lei, o objetivo do legislador, assim como reafirmado por inúmeros doutrinadores e

jurisprudências, era aproximar o regime jurídico de empresas estatais ao do direito privado.

A metodologia utilizada para as análises e pareceres desenvolvidos no trabalho final baseou-se no método indutivo de análise qualitativa, classificando-a como qualitativa e bibliográfica, apresentado por Marconi e Lakatos¹ e teve por meta buscar por meio desta, elementos que subsidiassem de forma qualitativa os pressupostos básicos e essenciais, a interpretação e reflexão do problema da pesquisa.

Segundo Gil², nas análises qualitativas, a preocupação maior deve ser com o significado das palavras, ideias e mensagens que aparecem nas “falas” das pessoas ou nas mensagens, onde são confirmadas e, em seguida, apontar o que teria de oculto nos conteúdos apresentados, sugerindo o autor que se proceda à análise nos dois níveis, seja quantitativa, seja qualitativa.

Este trabalho está composto das seguintes partes:

- a) No Capítulo 1 aborda-se a reforma da Administração Pública burocrática para gerencial e as principais mudanças na caracterização das estatais com o Decreto-Lei 200/67 e a Emenda Constitucional nº 19/97.
- b) No Capítulo 2 analisam-se os conceitos e surgimento de subsidiárias estatais e o exercício de atividade econômica pelo Estado, prevista no artigo 173 da Constituição da República, bem como a existência ou não dos limites desta atuação.
- c) No Capítulo 3 são colacionados e observados julgados das Cortes de Contas, STJ e STF, refletindo o assunto abordado, em caso de similares e, quando possível, também referente à BRBCARD ou conglomerado BRB. Apresenta-se como a Lei 13.303/2016 fortalece o presente trabalho e o atual regulamento de compras e contratações da BRBCARD, bem como apresentando breve estudo acerca de eventuais adaptações do referido regulamento a nova legislação.

¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade, **Fundamentos de Metodologia Científica**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2003

² GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de Pesquisa**. 4. ed., São Paulo : Atlas, 2002

1 DA TRANSIÇÃO DO REGIME BUROCRÁTICO PARA O GERENCIAL

Com o objetivo de melhor fundamentar a adoção do regulamento próprio da BRBCARD, reforçado, inclusive, pela nova Lei das Estatais – lei 13.303/20016, é imprescindível um prévio estudo sobre a transição do modelo de administração pública burocrático para o gerencial.

Isto porque, é justo e principalmente esta transição que dá razão e força para o surgimento da mencionada lei e do regulamento da BRBCARD. Portanto, é necessário se apresentar as definições acerca do conceito de administração pública, de regime burocrático e, em seguida, o gerencial.

1.1 Breves conceitos sobre administração pública, regime burocrático e gerencial

Tem-se, primeiramente, que a administração Pública é uma atividade pela qual os agentes públicos gerem recursos com o objetivo de satisfazer determinados interesses e objetivos, previamente definidos pela administração.

O conceito pode ser dividido em dois sentidos, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ e Alexandre de Moraes⁴, ou seja, o objetivo e o subjetivo. A administração Pública em sentido material, ou objetivo, é administrar os interesses da coletividade e, em sentido formal, ou subjetivo, é o conjunto de entidade, órgãos e agentes que executam a função administrativa do Estado.

No tocante ao conceito do regime burocrático da administração pública, Rui Piscitelli⁵, orientador deste trabalho, leciona que:

Na sua gênese, a burocracia visa a dotar o Estado-Administração Pública de racionalidade. Nesse viés, não há como dispensar de seguir alguns de seus princípios, quais sejam, o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade, o da hierarquia, o da especialização de funções, com a alta capacitação da Administração Pública, que passa a ser profissional, e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não-transparência da coisa pública.

³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 54

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 91.

⁵ PISCITELLI, Rui Magalhães. A evolução do estado através da história dos direitos fundamentais, o novo direito administrativo e o regime diferenciado de contratações públicas brasileiro – RDC. **Revista Eletrônica do TCE-RS**, n1, v. 1, set. 2014.

No entanto, **até os dias de hoje, quando se quer falar de uma máquina administrativa emperrada, a primeira crítica que se faz é que isso se deve à burocracia.** Muitas críticas são feitas, dentre elas, a quantidade de procedimentos e de controle estatais bem como o desrespeito à legitimidade popular; todavia, não devemos, em absoluto, tomar o sistema burocrático como prejudicial à sociedade, senão como um passo no seu desenvolvimento, aproveitando-se da burocracia todas as suas virtudes, e são muitas!

O modelo burocrático, mencionado acima, encontra-se presente na Constituição de 1988 e em todo o sistema do direito administrativo brasileiro, baseia-se, principalmente, no formalismo, excesso de normas e rigidez de procedimentos, o que, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira⁶, são respostas da sociedade à inaceitabilidade do modelo patrimonialista, onde não havia separação clara entre o público e o privado. Veja-se:

Com o surgimento do capitalismo e da democracia, estabeleceu-se uma distinção clara entre *res publica* e bens privados. A democracia e a administração pública burocrática emergiram como as principais instituições que visavam a proteger o patrimônio público contra a privatização do Estado. Democracia é o instrumento político que protege os direitos civis contra a tirania, que assegura os direitos sociais contra a exploração e que afirma os direitos públicos em oposição ao rent-seeking. Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção – dois traços inerentes à administração patrimonialista –, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional.

As raízes de uma administração pública baseada em critérios racionais e legais, como se constata o regime burocrático, encontram-se descritas nas lições de Max Weber⁷, o qual ensina que:

O Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada no meio de coação legítima (quer dizer, considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado. Quando e por que fazem isto, somente podemos compreender conhecendo os fundamentos justificativos internos e os meios externos nos quais se apoia a dominação.

Depreende-se da citada lição que os pilares da administração pública burocrática seriam racionalidade (fundamentos), legalidade (coação legítima) e Estado (autoridade), pois só mediante estes princípios o Estado teria formas objetivas de garantir seu próprio poder.

⁶ BRESSER, Luiz Carlos. **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 26.

⁷ WEBER, Max. **Sociologia**. 6. ed. São Paulo: Editora Ática, 1997, p. 526.

Dentre as críticas do regime burocrático está a separação do Estado e Sociedade, visto que a rigidez e excesso de normas torna o Estado ineficiente e incapaz de prestar o serviço público satisfatório aos cidadãos, considerando-os como clientes que são.

Já o modelo de regime gerencial caracteriza-se por ser construído sobre bases que consideram o Estado uma grande empresa cujos serviços são destinados aos seus clientes (cidadãos), voltado para maior eficiência e para o controle de resultados.

A novidade do regime gerencial, portanto, é o foco nas necessidades dos cidadãos, reais beneficiários e usuários dos serviços prestados, ensejando a busca de incremento de eficiência e aumento de eficácia para resolver os problemas e necessidades destes.

Posto isso, vamos as razões que levaram a transição do regime adotado para o exercício da administração pública.

1.2 Contexto histórico do surgimento do regime gerencial

A administração pública burocrática clássica foi implantada nos países europeus por volta do final do século XIX; nos Estados Unidos no começo do século XX e no Brasil em 1936, com o objetivo, bem sucedido, de conter os abusos patrimonialistas. Porém, o modelo controlava a corrupção, mas era ineficiente e incapaz de atender adequadamente aos cidadãos. A esse respeito, é bastante pertinente a lição de Bresser Pereira⁸:

A administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

⁸ BRESSER, Pereira Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n.1, 1996.

Especificamente no Brasil, a primeira reforma da administração pública é a burocrática em 1936, através da criação do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público, que representou a afirmação da forma burocrática de administração, tendo como princípios básicos a centralização e hierarquização.

À medida que o Estado foi assumindo maiores obrigações, naturalmente foi crescendo o número de pessoas que realizavam seu trabalho e a influência da administração de empresas, então, começa a se fazer sentir na administração pública. Esta redefinição no papel do aparelho do Estado como um todo, forçou a emergência de um novo modelo de administração pública, o “gerencial”, inspirado nos avanços realizados pela administração de empresas, segundo Bresser⁹, onde a descentralização e flexibilização administrativas ganha espaço e força.

Mudanças estas concretizadas com a segunda reforma da administração pública, por meio do bem conhecido Decreto-Lei 200/67, responsável pela implantação do regime gerencial. O referido Decreto tem papel extremamente marcante no progresso de um regime administrativo eficiente e eficaz. Isto porque ele é responsável, dentre outras coisas, por:

- a) descentralizar a administração por instaurar a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista;
- b) Instituir como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores;
- c) tentar reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle;
- d) orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de “flexibilizar a administração” com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado.

O objetivo era “*obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional*,”¹⁰ sendo, um dos seus resultados, a maior presença estatal para desenvolver o país. A partir de então, a Administração Indireta passa

⁹ BRESSER, Pereira Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n.1, 1996.

¹⁰ BRESSER, Pereira Luiz Carlos. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. 1995.

assumir um papel mais relevante na atividade econômica do Estado.

O mencionado instrumento normativo é responsável, ainda, por dar uma estrutura jurídica formal às empresas públicas, as quais, até então, se constituíam por meio de leis particulares e “sem um estilo uniforme”, como por exemplo, por meio de assembleias do corpo diretor da companhia, segundo Cotrim Neto.¹¹

Ainda no âmbito do regime do Decreto, foi trazida à baila questão referente à necessidade de submissão ao princípio da licitação para contratar, por parte de empresas públicas e sociedades de economia mista.

[...] prevalecendo o entendimento de que se submetiam ao princípio da licitação, mas não às normas do decreto-lei, porquanto eram dotadas de personalidade jurídica de direito privado e deviam atuar como empresas privadas (Súmula 158. do Tribunal de Contas da União).¹²

Este assunto – submissão ao princípio da licitação simultaneamente a atuação como empresa privada - será abordado mais à frente, por se tratar do cerne da questão deste ensaio, ora apresentado.

Sobreveio, então, a terceira reforma administrativa, ocorrida no governo de Fernando Henrique Cardoso, por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, publicado em 1995, idealizado por Bresser, já citado, em que se constrói um modelo de administração pública que distingue quatro setores do aparelho do Estado: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não-exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado.¹³

Após, existe, ainda, segundo Carlos Alberto Menezes Direito¹⁴, mais um instrumento referencial na reforma da administração pública, que é a Emenda

¹¹ COTRIM NETO, A. B.. Teoria da empresa pública de sentido estrito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 122, p. 21-56, dez. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41366>. Acesso em: 20 Jan. 2017.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 91-103, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47416/45315>. Acesso em: 19 Jan. 2017.

¹³ Idem.

¹⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma Administrativa: a Emenda nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 133-140, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47203>. Acesso em: 18 Jan. 2017

Constitucional nº 19/97, a qual, alcançou, entre outros assuntos, o Capítulo VII da Constituição Federal, afastando limitações que travavam a agilidade da máquina estatal e melhorar a qualidade de seus serviços.

O Autor destaca, ainda, alguns dos pontos mais cruciais da reforma trazida pela EC 19/97, dentre eles¹⁵:

- a) introduziu comando para a elaboração de uma lei disciplinando as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente, (i) reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor; (ii) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de Governo, observado o disposto no art. 52, X e XXXIII; e (iii) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.
- b) estabeleceu uma possível autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, que "poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público";
- c) abordou a previsão de estatutos jurídico para empresas públicas, alterando a redação do art. 37, §9 e do art. 173, §1º.

Caio Tácito¹⁶ explana que a Emenda Constitucional nº 19/98 valorizou a produtividade dos servidores públicos, estimulou a participação popular e visou a plenitude de resultados no funcionamento da máquina administrativa.

Acrescenta, ainda, que criou, como parte da política descentralizadora, as autarquias especiais ou fundação, como as Agências Reguladoras, que operam com poderes de supervisão, fiscalização e normatização das empresas às quais foram delegados os serviços.¹⁷

¹⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma Administrativa: a Emenda nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 133-140, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47203>. Acesso em: 18 Jan. 2017

¹⁶ TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 159-166, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42979>. Acesso em: 18 Jan. 2017.

¹⁷ Ibidem

Sobre o assunto, Moreira Neto¹⁸ dá especial destaque às exceções inauguradas pela Emenda em relação ao regime de licitações e contratações para as sociedades de economia mista, estando submetidas a regime especial, veja-se:

Outra exceção está no regime de licitações e contratações. As sociedades de economia mista foram nominadamente excluídas do alcance das normas gerais. De competência da União, previstas no art. 22, XXVII, da Constituição e, em consequência, do regime geral instituído pela Lei nº 8.666/93, mas o mesmo dispositivo constitucional, in fine, as sujeita a um específico regime para as suas licitações e contratações, disposto no já referido estatuto jurídico (art. 173, § 1, III).

Por estarem submetidas a esse regime legal especial, excepcionalmente limitador da livre contratação, fica afastado não só o regime legal geral de licitações e contratações administrativas, fundado no art. 22, XVII, CF, como também a sua aplicação subsidiária, pois nenhum regime público, pouco importa se geral ou especial, poderá ser aplicado para ampliar ou agravar uma estrita derrogação do regime próprio estabelecido no art. 173, § 1, II da Constituição.

Para Moreira Neto¹⁹ tal regime tem como objetivo principal aliviar as referidas entidades “dos encargos e dos ônus burocráticos, que lhes eram impostos no regime constitucional originário.” Por outro lado, segundo José Torres Pereira Junior²⁰, “parece guardar correlação com o sombrio diagnóstico sobre as deformações geradas por essas entidades, desde que introduzidas, na administração pública brasileira, pelo Dec.-Lei nº 200/67”. Isto porque:

Se, atreladas ao regime jurídico da administração pública em geral, as empresas públicas e sociedades de economia mista perdem competitividade e mostram-se ineficientes, deficitárias e defasadas em termos tecnológicos, a Emenda presume que, sujeitas a estatuto jurídico diferenciado, possam licitar e contratar com a fluência necessária para superar a distância que as separa da economia de mercado e de seus desafios de eficiência e eficácia.

O Autor acrescenta sobre o assunto²¹:

A Emenda 19 veio distinguir o que antes era comum a esses órgãos e entidades: de um lado, os órgãos subordinados da administração direta, bem como as autarquias e fundações vinculadas de sua administração indireta continuam sujeitos às normas gerais veiculadas por lei federal, de abrangência nacional em matéria de licitações e contratos; de outro, as empresas públicas e as sociedades de economia mista observarão estatuto

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 91-103, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47416/45315>. Acesso em: 19 Jan. 2017.

¹⁹ Ibidem

²⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Repercussões da Emenda Constitucional nº 19 sobre o regime jurídico das licitações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 1-10, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47194/45389>. Acesso em: 19 Jan. 2017.

²¹ Ibidem .

jurídico próprio, que lei federal estabelecerá, e cujas normas acerca de licitações e contratos cumprirão os princípios da administração pública, porém desobrigadas da adoção das normas gerais impositivas para os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional. É o que se extrai do articuladamente disposto nos arts. 22, XXVII, e 173, § 1º, m, com as alterações da Emenda 19.

Afirma, ainda, que:

A Emenda 19 não rompe o compromisso, que vem desde o Dec.-lei nº 200/67, como assinalou MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO ao comentar as disposições do art. 28 daquele diploma da primeira reforma administrativa brasileira (entre as quais as de submeter as entidades da administração indireta a prestar contas da sua gestão e a evidenciar os resultados positivos ou negativos de seus trabalhos, "verificando suas causas e justificando as medidas postas em prática ou cuja adoção se impuser, no interesse do Serviço Público"), in verbis: "a tônica do interesse público está presente no texto e contexto do art. 28. [...]" (Comentários à Reforma Administrativa Federal, pág. 122. Ed. Saraiva, 1975).

Sendo assim, tanto Moreira Neto quanto Pereira Junior, concluem que o regime instaurado pela Emenda Constitucional 19/97, assim se resume, em relação às empresas estatais e seus processos de compras e contratações:

- a) as empresas públicas e sociedades de economia mista estão excluídas da incidência das normas gerais referidas no art. 22, XXVII, mantendo-as submissas apenas aos princípios que informam as licitações e contratações da administração pública;
- b) autoriza, por meio dos parágrafos do art. 173, que lei venha estabelecer "o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços";
- c) o estatuto regerá, também, sobre "licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública".

Assuntos estes abordados mais à frente, objetivamente aplicados a casos concretos como o da BRBCARD e similares, mas antes é necessário ponderamos, ainda, sobre o exercício de atividade econômica pelo Estado.

2 EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO PELO ESTADO E SUAS ESTATAIS

2.1 O Exercício da atividade econômica pelo Estado

Como exposto no capítulo anterior, com a consequente Reforma do Estado brasileiro e em função do fenômeno da globalização, o Estado passa a chamar para si diversas funções que antes lhe eram estranhas, como a atividade econômica. Sobre o assunto, Eros Grau²² e Celso Bastos²³ explanam que foram as Constituições do século XX que passaram conter dispositivos delineando a estrutura da ordem econômica do Estado, em razão dos abalos da ordem econômica causados, sobretudo, por guerras e outras crises na economia.

Eros Grau aprofunda seu posicionamento ao afirmar que a previsão de normas referentes a uma ordem econômica no texto constitucional representa uma grande transformação no Direito, pois, com isso, este deixa de ser apenas uma ferramenta de harmonização de conflitos e legitimação de poder para passar a funcionar como um instrumento de implementação de políticas públicas²⁴.

Afirmam os autores, ainda, que o Estado possui, então, o fim declarado de conduzir o sistema, a fim de evitar crises que colocam em risco a existência do próprio Estado e sua integração social porque a sociedade capitalista por si só era incapaz de realizar “liberdade, igualdade e fraternidade”²⁵. Seguem defendendo que que não existiria capitalismo sem que o Estado cumprisse sua parte, desenvolvendo o papel de agente regulador da economia.

Isto porque, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a evolução das relações econômicas demonstrou a tendência concentradora do capitalismo, revelando práticas monopolistas, ao invés da desejável concorrência entre diversos agentes econômicos, razão pela qual, conforme se depreende a seguir:

²² GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988. 14ª ED. Malheiros Editores. São Paulo:2010.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20. ed, São Paulo : Saraiva, 1999.

²⁴ GRAU, op. Cit.

²⁵ Ibidem

detectou-se [...] a necessidade de uma ordem jurídica mais abrangente, que, ademais, contivesse regras específicas para a regulação das relações econômicas, o que propiciou, desse modo, a chamada constitucionalização da economia²⁶.

Ainda sobre o assunto, Paulo Henrique Rocha Scott²⁷ explica:

Este poder, poder econômico, detido somente por alguns agentes econômicos, foi exercido abusivamente e acabou inviabilizando a modalidade das próprias forças produtivas, aniquilando os valores da competição e estabelecendo uma evidente contradição no quadro de dogmas econômicos provenientes da visão liberal setecentista. O princípio da livre iniciativa, correspondente ao estado original e revolucionário das forças industriais, não mais enquadrava as condições dos agentes econômicos no mercado. A associação dos interesses das grandes empresas substituiu o livre jogo econômico – organização, produção, distribuição e repartição de mercados – negando o limitado acesso ao mercado e acentuando uma vocação ao protecionismo privado de caráter associativo e monopolístico. Foi o saturamento do campo competitivo. A concentração de capitais se impôs como estratégia primordial, desvirtuando por completo a desejada dinâmica da livre concorrência.

No mesmo sentido, Eros Grau menciona Francesco Galgano²⁸:

Há evidente conexão entre a tendência à acumulação de capital e a extensão das funções do Estado; a ação pública, desta sorte, é condição necessária do desenvolvimento econômico.

Fernanda Cury de Faria e Marcia Weber Lotto de Ribeiro²⁹, explicam que se trata da “chamada intervenção indireta, na qual o Estado atua como agente normativo e regulador da economia, disciplinando a atividade econômica por meio de medidas que visam equilibrar os sistemas da livre iniciativa e da livre concorrência”. E segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes³⁰, a intervenção teria dois propósitos: (i) “preservar o mercado dos vícios do modelo econômico (concentração econômica, condutas concertadas etc.)” e (ii) “assegurar a realização dos fins últimos da ordem

²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 449

²⁷ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 45-6.

²⁸ Francesco Galgano, *Storia dei diritto commerciale*, 2. ed., Bologna, Il Mulino, 1980, p. 142-143, apud GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 14. ed. Malheiros, São Paulo: 2010.

²⁹ DE FARIA, Fernanda Cury; RIBEIRO, Marcia Weber Lotto. **Intervenção do Estado do Domínio Econômico**. Disponível <semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo-intervencao-do-estado-no-dominio-economico.pdf>. Acesso em 10 Jan. 2017.

³⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 459.

econômica, quais sejam, propiciar vida digna a todos e realizar a justiça social”.

Este último posicionamento acerca dos propósitos é reafirmado por José dos Santos Carvalho Filho³¹:

A intervenção do Estado o capacitou a regular a economia, permitindo a inauguração da fase do dirigismo econômico, em que o Poder Público produz uma estratégia sistemática de forma a participar ativamente dos fatos econômicos. Na verdade, o intervencionismo compreende um sistema em que o interesse público sobreleva em relação ao regime econômico capitalista. O governo recebe certas funções distributivas e alocativas, isto é, busca proporcionar uma equânime distribuição de riqueza e fornecer a certas categorias sociais alguns elementos de proteção contra as regras exclusivamente capitalistas.

O texto constitucional estabelece, então, que a referida atividade, independente da espécie, será realizada por empresas estatais (gênero), como empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias (espécies)³². Sobre o exercício de atividade econômica pelo Estado, diz Eros Grau³³:

Por certo que, no art. 173 e seu § 1, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado — isto é, da União, do Estado-membro e do Município — como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que *atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo. **Da mesma forma, na redação originária do § 1º do art. 173, alterada pela Emenda Constitucional n. 19/98, a expressão conotava *atividade econômica em sentido estrito*: determinava ficassem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que atuassem no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; o preceito, à toda evidência, não alcançava empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestassem *serviço público*.**

Importante ressaltar que, quando se atribui ao exercício de atividade econômica em sentido estrito conotação potencialmente produtora de lucro, não se pretende afirmar que a intervenção do Estado na economia vise o lucro. Visa sim valores

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 986.

³² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³³ *Ibidem*

constitucionalmente estabelecidos e a construção de uma sociedade pautada na efetivação dos direitos fundamentais, que se traduzem na efetivação da dignidade da pessoa humana, e nos objetivos do artigo 3º da Constituição Federal.

Sobre o assunto, Dalmo Dallari³⁴, ao dissertar sobre os valores perseguidos pela sociedade, ressalta que “nessa ideia de integral desenvolvimento da personalidade está compreendido tudo, inclusive valores materiais e espirituais, que cada homem julgue necessário à expansão de sua personalidade”.

Carvalho Filho tem, novamente, o mesmo posicionamento acima exposto:

Com esse tipo de atuação, o Estado procura garantir melhores condições de vida aos mais fracos, sem considerar seu status no mercado de trabalho, e ainda corrige o funcionamento cego das forças de mercado, estabelecendo parâmetros a serem observados na ordem econômica. De todos esses fatores, importa que, intervindo na economia, o Estado, por via de consequência, atende aos reclamos da ordem social com vistas a reduzir as desigualdades entre os indivíduos³⁵.

É possível, então, concluir que, aquilo que a Constituição Federal chama de atividade econômica explorada pelo Estado, é para ela uma espécie de serviço público, com regime próprio, seja para proteger o particular, principalmente quanto ao aspecto concorrencial, seja para proteger o erário, evitando desvio de recursos públicos.

Esta pesquisa se aterá ao exercício de atividade econômica em sentido estrito por sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Neste sentido, continua-se a conceituação de atividade econômica em sentido estrito, a qual “envolve a produção, circulação e comercialização de bens e serviços regulada pelos princípios do direito privado e da ordem econômica.”³⁶

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 987.

³⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. O regime constitucional de serviço postal e os "monopólios" da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p.47-56, janeiro/março – 2008.

Por oportuno, é necessário esclarecer os limites do exercício de atividade econômica pelo Estado, para o que se vale de Fernando Herren³⁷:

Estado pode desempenhar atividades econômicas em sentido estrito em duas hipóteses: quando houver autorização constitucional e quando assim o permitir a lei fundada em motivo de segurança nacional ou relevante interesse público. E o Estado pode desempenhar serviços públicos, desde que previstos constitucionalmente.

Veja-se que a afirmação acima decorre do próprio texto constitucional, art. 173 já citado nesta dissertação, onde o Estado só estará legitimado a atuar no mercado concorrencial quando expressamente autorizado e ainda sim de forma excepcional, se presentes os imperativos de segurança nacional e relevante interesse público. Ocorre que os dois pressupostos tratam de conceitos jurídicos indeterminados, que não trazem de forma precisa as suas necessárias delimitações para uma plena e eficaz aplicação em casos concretos. Porém, ao se analisar os preceitos, nota-se que a indeterminabilidade dos conceitos jurídicos contidos na norma é, de certa forma, necessária, pelo fato de tratar-se de uma questão que envolve um leque enorme de situações³⁸.

De fato, a ordem econômica é um setor em que a evolução da sociedade influi rápida e diretamente, sendo necessária a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, a fim de conferir maior flexibilidade e longevidade às normas que objetivam a realização dos anseios sociais e a plenitude da dignidade humana³⁹. Até então, não foi produzida norma que apresentasse as hipóteses de incidência dos mencionados pressupostos – imperativos de segurança nacional e relevante interesse público. Porém, existem outras leis que podem auxiliar o gestor público e o aplicador do direito na tarefa de mensurar quais seriam as hipóteses mais oportunas em que o Estado deveria intervir diretamente no domínio econômico.

Como exemplo das mesmas, temos a Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, a Lei Delegada nº 4/62, que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, e a Lei nº 8.176/91, que

³⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 291.

³⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 178.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988.

dispõe os crimes contra a ordem econômica.

Ainda sobre os limites da atuação econômica do Estado, José dos Santos Carvalho Filho⁴⁰ entende que, além dos dois pressupostos já mencionados, há um terceiro permissivo que estaria implícito no texto constitucional. O autor entende que, quando o texto constitucional fala sobre ressalvas que existam ao longo da sua própria redação, já autoriza a exploração da atividade econômica pelo Estado, independentemente de ter hipótese de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante. Isto é, haveria, de fato, interesse coletivo relevante presumido, porque constante da Constituição, muito embora não tenha sido ele definido em lei.

2.2 Caracterização das empresas estatais e suas subsidiárias

Segundo Eros Grau⁴¹ empresa estatal é uma noção ampla, “que engloba não apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as demais que – embora controladas pelo Estado e por isso estatais – como aquelas não se confundem”. Isto é, o que definiria a qualificação de uma empresa como sendo empresa estatal seria o seu controle pelo Poder Público.

No mesmo sentido, Marcos Juruena Villela Souto⁴² defende que a expressão empresas estatais reúne não somente as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas, mas também “outras sociedades nas quais o Estado tenha participação no quadro social e, em razão da origem pública dos recursos a elas destinados, podem sofrer alguma espécie de controle governamental”. Para Souto, existem três tipos de empresas estatais:

I – as de primeiro grau: empresas públicas e sociedades de economia mista criadas por autorização legislativa específica, diretamente pela entidade da Administração direta, tendo por fundamento o inc. XIX, do art. 37, da Constituição Federal;

II – as de segundo grau: subsidiárias e controladas das empresas públicas e sociedades de economia mista de primeiro grau, cuja criação é decorrente do direito societário, com prévia autorização legislativa, porém, genérica e com

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 1009.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1981.

⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

fundamento no inc. XX, do art. 37; e

III – as controladas por entidades da administração pública, criadas sem autorização legislativa⁴³.

É válido destacar que o controle societário não decorre necessariamente da posição dominante no capital votante de uma sociedade e, por outro lado, esta posição dominante não leva, necessariamente, à titularidade do controle societário. Desse modo, à luz do direito privado, a noção de controle se fixa na efetiva direção da atividade social, por meio da indicação da maioria dos administradores da sociedade e da preponderância nas deliberações dos sócios, conforme estabelecidos pela Lei nº 6.404/76 e reproduzidos pelo atual Código Civil.

Neste sentido, no que se refere aos conceitos de empresa pública, este não existe no ordenamento jurídico, devendo ser de Hilel Cardoso⁴⁴, por meio do qual se depreende tratar-se de “organização cujo objetivo principal é a exploração da atividade econômica para a produção ou a circulação de bens e serviços que visem, obviamente, ao lucro”. Daí se constatar o surgimento de empresa híbrida quando o Poder Público ingressa no âmbito empresarial, denominada comumente de empresas estatais, subdividindo-se em sociedades de economia mista e empresas públicas.

Ambas são criadas por meio de autorização legislativa e são dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, segundo Bandeira de Melo⁴⁵. No entanto, a empresa pública pode se revestir de quaisquer formas societárias admitidas no direito, diferentemente do ocorre com as de economia mista, que só pode ter forma de sociedade anônima, como ocorre com a BRBCARD.

A empresa pública difere-se, ainda, da sociedade de economia mista por ser constituída exclusivamente por “recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal”⁴⁶.

⁴³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

⁴⁴ CARDOSO, Renato Augusto Hilel. **Contratação Direta entre empresas subsidiárias/controladas**. Como preencher a lacuna?. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 54-69, ago. 2013.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁶ *Ibidem*

Sobre estas diferenças o DL 200 descreveu o controle a ser detido pelo Estado como sendo, respectivamente, do capital exclusivo da União (inciso II, art. 5º) e da maioria das ações com direito a voto (inciso III, art. 5º). Eros Grau⁴⁷ justifica a diferença pela maioria das ações no que diz respeito à economia mista:

A participação majoritária do Estado no capital votante da sociedade de economia mista instrumenta sua supremacia (dele, Estado) na gestão da empresa, gestão empreendida não por razões meramente empresariais, como vimos, mas para dar atendimento aos interesses coerentes com as causas que justificaram sua criação e organização.

A utilização obrigatória da estrutura de sociedade por ações com maioria do capital votante detido pelo Estado permite que a associação de capitais públicos e privados se faça sempre sob o predomínio do ente público acionista, situado num plano distinto dos demais acionistas [...].

A respeito de empresa pública, Cotrim⁴⁸ faz um apontamento interessante acerca de um estudo de direito comparado. Veja-se:

no colóquio de Roma e Praga pretendeu-se que a *empresa pública é uma entidade dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprio, com finalidade de executar uma atividade econômica cargo do Estado, [...]* Resultado do estudo comparativo dos sistemas administrativos representados.

[...] pelos juristas presentes nos congressos mencionados foi, em resumo, isto: a empresa pública é uma entidade autônoma de criação estatal; ela se submete, portanto, a estatuto definido pelo Estado; sua existência depende do Estado, que a instituiu; contudo, em virtude dessa instituição, o Estado carrega para o setor de economia pública uma estrutura descentralizada; a conservação dessa descentralização supõe o respeito à autonomia da empresa pública e exige que não seja colocada sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado (ministros, por exemplo); dentro dos limites de sua carta constitutiva, a empresa deve decidir livremente, e sua autonomia subsiste se o Estado definir as obrigações das unidades do setor econômico na forma de planos gerais, não sendo incompatível, tal autonomia, com uma participação do Estado na gestão da empresa, limitada e fixada pelo seu estatuto. Ademais, essa empresa atrai diferentes formas de controle estatal (administrativo, financeiro, jurisdicional, parlamentar), as quais têm como finalidade verificar se ela está sendo gerida convenientemente, além de permitirem corrigir uma administração infeliz ou irregular. [...]

São exemplos de empresas públicas no Brasil a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, o Serviço Federal de Processamento de Dados e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo : Rev. Tribunais, 1981.

⁴⁸ COTRIM NETO, A.B. Da natureza Jurídica das subsidiárias de empresas estatais. *A criação de subsidiárias. Vários problemas jurídicos*. Conclusão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1977, abr./jun

Por oportuno, em relação às sociedades de economia mista, José Edwaldo Tavares Borba⁴⁹ acrescenta:

O que demarca a existência de uma economia mista não é, porém, a simples participação do Estado, ainda que majoritária, em seu capital acionário. Uma participação transitória e eventual não transmudaria os fins ou a rotulação da entidade, que permaneceria a mesma sociedade anônima. A economia mista é uma sociedade anônima ajustada, de modo permanente, a objetivos de interesse público, sem descurar, naturalmente, as pretensões dos acionistas privados.

São exemplos de sociedades de economia mista no Brasil o Banco do Brasil, a Cemig, o Banco do Nordeste e a Eletrobras. As definições legais ficam por conta do Decreto-Lei 200/67, ao dispor sobre a organização da Administração Federal, no seu art. 5º, inciso II e III, assim conceituou a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista, respectivamente:

Empresa pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com **patrimônio** próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de Administração Indireta, criada por lei **para desempenhar atividades de natureza empresarial** que o Estado seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito [grifou-se].

Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, **criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil**, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta [grifou-se]

Posteriormente, as expressões foram introduzidas nas normas de direito econômica contidas na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional nº 1/69, o que levou a outra modificação da redação acima mencionada:

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

Quanto às empresas subsidiárias de estatal, segundo Hilel Cardoso, estas surgiram como forma de derverticalização das empresas estatais, veja-se:

⁴⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A desverticalização das empresas estatais, como foi apresentada na sequência da pesquisa, ocorre por meio da criação de *holdings* e de empresas subsidiárias, e os serviços anteriormente requeridos pela empresa que eram integrais passam a ser demandados diretamente pelas suas controladas, sendo, por vezes, criadas justamente para este fim, tornando-se imprescindíveis tecnicamente para a adequada prestação de serviços que realizam⁵⁰.

Acrescenta Hilel⁵¹ que:

[...] como bem aponta Amato Neto, o elevado número de atividades realizado internamente acarretou problemas gerenciais devido ao aumento do porte da empresa, e atividades não ligadas diretamente ao negócio principal, com consequências para a perda da eficiência e o aumento do custo de produção.

Nesse cenário, entende Hilel Cardoso que a desverticalização ou horizontalização da gestão das empresas aparece como uma alternativa para dinamizar a atividade organizacional e manter a competitividade. Acerca do mesmo assunto, Flávia Gonçalves Missiaggia, Juliana de Almeida Picinin⁵² e Luciano Ferraz⁵³ expõem que a possibilidade de constituição de subsidiárias é prevista no art. 251 da Lei das Sociedades Anônimas, pois o texto constitucional em si não as conceitua, deixando a cargo da referida lei especial, acrescentando que:

A doutrina refere-se à subsidiária integral — única modalidade legalmente prevista com esse caráter — como hipótese intermediária entre a sociedade anônima e a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, hoje contemplada pelo nosso direito positivo (Lei n 12.441/2011). A subsidiária integral possui personalidade jurídica própria, de direito privado, que não se confunde com a personalidade de sua acionista única⁵⁴.

Expõe ainda o autor, em concordância com o exposto por Renato Hilel, que:

Exigência fundamental é que as subsidiárias possuam como objeto social atividade específica dentro do leque daquelas a que a empresa mãe se dedica; a criação da subsidiária, portanto, consistiria numa técnica de

⁵⁰ CARDOSO, Renato Augusto Hilel. **Contratação Direta entre empresas subsidiárias/controladas: como preencher a lacuna?**. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, ago. 2013. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=96674>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵¹ Ibidem

⁵² MISSIAGGIA, Flávia Gonçalves; PICININ, Juliana de Almeida. A constituição de subsidiária integral nas sociedades de economia mista. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n.123, mai o 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38120>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵³ FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 266, mai./ago. 2014. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=137488>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵⁴ Ibidem.

descentralização empresarial, adotada com o intuito de proporcionar maior especialização no desempenho de áreas determinadas que integram o objeto da empresa controladora⁵⁵.

Já José Maria Pinheiro Madeira⁵⁶ entende que a previsão de constituição da subsidiária de sociedade de economia mista é prevista no art. 37, inciso XX da Constituição, concomitantemente ao mencionado art. 251 da Lei de Sociedade Anônima, expondo, ainda, que a exigência de lei para sua criação demanda efetiva participação da respectiva casa legislativa.

Segundo Luciano Ferraz⁵⁷, a maior parte da doutrina apresenta sociedade subsidiária como sinônimo para entidade controlada, como por exemplo Marçal Justen Filho⁵⁸, que conceitua subsidiária da seguinte forma:

[...] aquela cujo controle acionário se encontra em poder de sociedade de economia mista ou empresa pública, a qual tem o poder de eleger a maioria dos administradores e determinar o destino societário. Tanto pode tratar-se de subsidiária integral como não, sendo o relevante o fenômeno do controle.

De fato, há bastante lógica em se aderir a tal pensamento se considerarmos o conceito legislativo de sociedade controlada exposto nos artigos 243 da Lei das S.A. e 1.098 do Código Civil⁵⁹ vigente.

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

[...]

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. (Lei das S.A.)

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

⁵⁵ FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 266, mai./ago. 2014. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=137488>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública centralizada e descentralizada**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 91.

⁵⁷ FERRAZ, Luciano, op. Cit.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 39

⁵⁹ BRASIL, **Código Civil**, Lei 10.406, de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas (Código Civil)

Sobre o surgimento das subsidiárias, Cotrim Neto⁶⁰ explica que via de regra não tem obedecido ao procedimento recomendado pelo Decreto-Lei 200/67 para criação de órgãos da administração indireta, surgindo, por vezes, de meras deliberações de assembleia geral das empresas matrizes, expedientes que circulam nos setores internos da administração.

Acrescenta também que, sequer, as empresas-mães possuem previsão legislativa para criação e ramificação em subsidiárias, o que, naturalmente, faria surgir problemas em torno da sua natureza jurídica. Veja-se:

Todavia, quando o Estado passou a utilizar expedientes de direito privado no quadro da administração pública - aplicando normas de direito privado a órgãos do serviço estatal, conforme o que, hoje, dispõe o art. 170, § 21?, da Constituição Federal - teriam de surgir os problemas em tomo da natureza jurídica das subsidiárias constituídas na ilharga das empresas de imediata origem estatal: e isso porque, embora travestidas como entidades privadas, estas últimas empresas são, principalmente, pessoas administrativas, órgãos instrumentais da administração pública, e estarão submetidas a tratamento jurídico predominantemente público (criação por lei, vinculação ministerial, supervisão governamental, controle financeiro de natureza estatal, etc.). Esse, aliás, seria o entendimento de Trajano de Miranda Valverde, quando escrevia que "o expediente da criação das sociedades-filhas não oferece, em princípio, motivos para censura [...]. Serão porém sociedades anônimas aparentes, se delas for único acionista a sociedade-mãe."

Moreira Neto⁶¹ aponta, de válida relevância, que as subsidiárias estatais foram alçadas à categoria de administração indireta por modificação normativa introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Já o conceito formal em que se baseia a distinção entre administração direta e indireta, se encontra positivado no Decreto-lei n. 200/67, com a modificação introduzida pela Emenda Constitucional no. 19/98, que acrescentou à categoria da administração indireta as empresas subsidiárias das empresas estatais, tal como deflui da nova redação do art. 173, § 1, da Constituição. Isto, segundo Missiaggia e

⁶⁰ COTRIM NETO, A.B. Da natureza Jurídica das subsidiárias de empresas estatais. *A criação de subsidiárias. Vários problemas jurídicos. Conclusão.* **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1977, abr./jun

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 91-103, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47416/45315>>. Acesso em: 19 Jan. 2017.

Picinin⁶², foi uma inovação legislativa na Constituição, visto que anteriormente as subsidiárias haviam sido excluídas da qualificação de sociedade de economia mista e do consequente regime legal público.

Haveria aqui, então alguns pontos a serem abordados: 1. Estas entidades, incluindo suas subsidiárias, integram a administração pública? 2. Qual o regime jurídico a ser seguido por elas? 3. E em relação a compras e contratações, devem seguir a Lei n. 8.666/93 ou o regulamento previsto no parágrafo primeiro do art. 173 da Constituição? 4. As suas subsidiárias devem seguir o mesmo regime jurídico?

Justen Filho⁶³ conclui categoricamente que elas integram a Administração Pública Indireta e estão sujeitas a todos os princípios e regras correspondentes. Veja-se:

As subsidiárias de sociedade de economia mista e empresas públicas sujeitam-se ao mesmo regime jurídico das suas controladas, integram a Administração Pública indireta e estão sujeitas a todos os princípios e regras correspondentes. Não se pode admitir que uma subsidiária, constituída por entidade integrante da Administração Pública, passaria ser uma entidade privada, não integrante da órbita estatal. Aliás, essa solução comporta críticas não apenas por ausência de fundamentação lógica, mas por propiciar a inutilização da ordenação constitucional sobre a Administração Pública. Se fosse admitido esse entendimento, as empresas públicas e sociedade de economia mista passariam a ser meras “holdings”, transferindo todas as suas atividades para suas subsidiárias, as quais estariam (indevidamente) liberadas para atuar tal como se entidades privadas o fossem. Essa solução é incompatível com a ordem constitucional vigente.

No mesmo sentido, Missiaggia e Picinin⁶⁴ dissertam acerca do fato de essas sociedades – principal e subsidiária – realizarem serviço público as submete aos princípios e regras próprios do Direito Público, acrescentando, ainda, que há transferência de restrições em relação aos bens afetados entre subsidiária e sua controladora. Hely Lopes Meirelles⁶⁵, por sua vez, disciplina que:

São entidades que integram a Administração indireta do Estado, como instrumentos de descentralização de seus serviços (em sentido amplo: serviços, obras, atividades). Conciliam-se, deste modo, a estrutura das

⁶²MISSIAGGIA, Flávia Gonçalves; PICININ, Juliana de Almeida. **A constituição de subsidiária integral nas sociedades de economia mista**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n.123, maio 2011. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2011;1000912540>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁶³JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo : Dialética, 2004, p. 26.

⁶⁴MISSIAGGIA; PICININ, op. Cit.

⁶⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002 . p. 355-356

empresas privadas com os objetivos de interesse público. Vivem, portanto, em simbiose o empreendimento particular com o amparo estatal. Esse amálgama da Administração com o administrado levou Raymond Racine a proclamar que, embora reguladas pelo Direito Privado, as sociedades de economia mista adentram também o domínio do Direito Público.

Isto é, embora se tratem de entidades de direito privado, submetem-se às regras de Direito Público, devendo reger suas atividades, acima de qualquer lei, pelos princípios de Direito Administrativo. Luciano Ferraz⁶⁶ se diferencia por entender que os dispositivos constitucionais que dispõem sobre as subsidiárias, artigos 37, inciso XX e artigo 173, parágrafo Primeiro da CF/88, seriam suficientes para constatar que as subsidiárias estão, como regra – mas não necessariamente –, ligadas a empresas públicas e a sociedade de economia mista.

Ou seja, podem ou não estar vinculadas a uma destas entidades e, não sendo, seriam apenas empresas ditas controladas pelo poder pública e que, considerando a ausência dos requisitos mínimos do art. 5 do Decreto-Lei 200/67, não fariam, portanto, parte da administração pública.

Neste sentido, o STF⁶⁷ se posicionou afirmando que as subsidiárias referidas na primeira parte do inciso XX do art. 37 da CF são empresas privadas não integrantes da administração pública, acompanhando a seguinte explanação de José Edwaldo Borba⁶⁸:

A sociedade de economia mista que constitui uma subsidiária, ainda que integral, não terá, como já se demonstrou, criado uma economia mista de segundo grau; para tanto, seria necessário legislação atributiva do caráter de economia mista à subsidiária.

Luciano Ferraz⁶⁹, nesse sentido, afirma que:

a mera detenção de ações com direito a voto, por uma sociedade de economia mista, não confere à outra companhia — subsidiária — a mesma natureza jurídica da acionista, pois lhe falta o principal requisito, o da **criação como tal por autorização legislativa específica**, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição da República.

⁶⁶ FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 266, mai./ago. 2014. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=137488>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal – STF. ADIMC 1649/DF, rel. min. Maurício Corrêa, DJU 8.9.2000

⁶⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 451

⁶⁹ FERRAZ, op. Cit.

No entanto, este não é o entendimento da maioria da corrente doutrinária, conforme bem apontado pelo próprio Autor, como professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Modesto, Sérgio de Andrea Ferreira, os quais são adeptos à integração das subsidiárias à noção de administração indireta e sujeitas ao respectivo regime jurídico da controladora.

Acompanhando a corrente doutrinária majoritária, o Tribunal de Contas da União, decidiu conforme trecho colacionado abaixo:

SUMÁRIO: RECURSO DE REVISÃO. REABERTURA DAS CONTAS. EXERCÍCIO DE 2002. SUPERVENIÊNCIA DE FATOS NOVOS. IRREGULARIDADES RELACIONADAS À CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA SUBSIDIÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E À CONTRATAÇÃO DE PESSOAL E DE SERVIÇOS. REJEIÇÃO PARCIAL DAS JUSTIFICATIVAS. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. CONTAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DE MULTA. COMUNICAÇÃO.

[...] a jurisprudência do Tribunal atual entende que, apesar de a subsidiária não ter sido criada por lei, ela é um ente estatal, pertencente à administração indireta, e a criação de outros entes vinculados a essa subsidiária representa, se não for submetida ao crivo do Congresso Nacional, expansão do Estado à revelia das normas constitucionais. (AC-0205-03/14-P. 5/2/2014. Relator Ministro José Jorge)

Desse modo, adiante seguem outros questionamentos levantados, de qual seria o regime jurídico aplicável às empresas estatais e suas subsidiárias.

3 REGIME JURÍDICO DE EMPRESAS ESTATAIS E SUBSIDIÁRIAS: na legislação, doutrina, jurisprudência e novas disposições legais

3.1 Na legislação

É imperioso observar-se que, apesar das empresas estatais possuírem personalidade jurídica de direito privado, ainda estão sujeitas a controles públicos e comprometidas com objetivos coletivos, independente de serem prestadoras de serviços ou exploradoras de atividades econômicas, estando, portanto, sujeitas ao artigo 37 da Constituição Federal, que prevê em seu *caput*:

Art. 37. A Administração Pública direta, e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].⁷⁰

No entanto, quando se trata de empresas estatais que exercessem atividade econômica em sentido estrito, é inegável o fato de que a natureza híbrida destas enseja regimes jurídicos diversos, o que encontra resguardo, em suma, no artigo 173 dispõe sobre a atuação do Estado mediante exploração direta de atividade econômica, devendo ser interpretado juntamente com o artigo 37, *caput* e incisos XIX e XX, bem como em sintonia com o exposto no Decreto-Lei 200/67 (texto recepcionado pela CF/88).

Sobre o assunto, é o válido o apontamento de Toshio Mukai⁷¹:

a Emenda Constitucional no 19/98 acabou separando as licitações e contratos da administração pública, direta, autárquica e fundacional, de um lado, com regime jurídico legal sobre o qual incidem as normas gerais sobre licitações e contratos previstos na Lei no 8.666/93 de outros, as licitações e contratos que seguirão apenas e tão-somente as leis respectivas da União (no caso das estatais federais), dos Estados (no caso das estatais estaduais) e dos municípios (no caso das estatais municipais), com fulcro no art. 37, XXI, da Constituição; neste caso estão as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos (que estão incluídas na expressão " administração indireta" contemplada no *caput* do art. 37 da Constituição Federal).

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília : Senado Federal, 1988. Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 15 Abr. 2016.

⁷¹ MUKAI, Toshio. Competências dos entes Federados na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 184, p. 86-96, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44314/47781>>. Acesso em: 25 Fev. 2017.

Reforçando o exposto, Eros Grau⁷² aponta que a redação do Parágrafo Primeiro do artigo 173, mesmo antes da alteração dada pela EC n. 19/98,

[...] determinava ficassem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que atuassem no campo da atividade econômica em sentido estrito.

Acrescenta, ainda, que a EC n. 19/98 alterou a redação para definir que a lei estabelecerá o regime jurídico das referidas empresas:

A EC n. 19, de 4.6.98, deu, contudo, outra redação a esse § 1º do art. 173: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I — sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III — licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV — a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V — os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

Com a Emenda 19/98 inseriu-se ao texto a expressão “subsidiárias”, alçadas estas, portanto, ao mesmo nível das empresas estatais, bem como regime jurídico aplicável foi restringido ao exercício da atividade econômica em sentido estrito.

Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: **(Redação da EC 19/1998)**

§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. **(Redação anterior à EC 19/1998)**

Note-se que, apesar de haver a previsão de procedimento licitatório no inc. XXI do artigo 37 da CF, tal necessidade foi reiterada no artigo 173, §1º, III, reforçando a tese de que deveria haver um regramento próprio para os casos nos quais figurem as sociedades de economia mista.

⁷² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13. Ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

A própria Lei 8.666/93, consoante determinação emanada da própria Lei Maior, fez constar em seu texto o artigo 119 o regime próprio diferenciado para empresas públicas e sociedades de economia mista.

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Observe-se que a aplicação da Lei 8.666/93, pura e simplesmente, engessaria a finalidade econômica para a qual a BRBCARD fora criada, eis que seria tolhida sua capacidade de plena e imediata atuação no mercado, gerando uma figura doutrinária denominada de “incapacidade fática de concorrência”.

Por esta razão a aplicabilidade da Lei Geral de Licitações, bem como seu campo de atuação, foram restringidos pela Carta Maior de 1988, mantendo-se incólume o preceito constitucional da isonomia, que deve estar presente, sobretudo, no âmbito da concorrência privada, permitindo igualdade de condições entre todos os participantes na economia pátria. Caso contrário, o interesse público, escopo precípua do artigo 173 da CF, que determina justamente a intervenção estatal na economia, não será atingido, criando-se mais um órgão ocioso, mais um braço amputado do Estado.

Vale dizer que o inciso XXI do artigo 37 da CF/88 foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93. Percebe-se, então, que o § 1º do artigo 173 é posterior à Lei 8.666/93. Ora, caso o legislador originário quisesse que as sociedades de economia mista se utilizassem da Lei Geral de Licitações teria ele feito remissão à Lei nº 8.666/93. Não o fez justamente para permitir a edição de regulamento próprio de licitação e, desta feita, ensejar a plena participação e franca concorrência com outras empresas, em absoluta igualdade e, ao mesmo tempo, conferindo segurança jurídica e transparência às operações que envolvam dinheiro público.

Não se olvida que o regulamento de compras e contratações de determinada empresa deva seguir as mesmas premissas balizadoras da Lei Geral de Licitações, mas não o seu integral teor. O legislador assim optou no intuito de preservar o princípio da livre concorrência, pois já que a BRBCARD tem como objeto finalístico a exploração de atividade econômica ficará a Companhia prejudicada na competitividade, na livre iniciativa, se precisar valer-se da Lei 8.666/93 para gerir seus negócios, mormente

pelo fato de que tal exigência não se aplica às empresas privadas diretamente concorrentes da Empresa, a exemplo dos grandes conglomerados bancários/financeiros (Itaú, Bradesco, entre outros).

3.2 Na Doutrina

Sobre o regime jurídico aplicável às subsidiárias e as estatais, Celso Antônio Bandeira de Melo⁷³ é categórico ao expor ser razoável admitir-se que o regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado.

Isto é, em função da natureza do objeto da companhia ou visando prevenir situações vantajosa ou desvantajosas em relação às empresas privadas, seria aceitável que estivessem, em suas atuações, submetidas à mesma disciplina que regula as empresas particulares.

Sem dúvida, afirma Celso Antônio Bandeira de Melo⁷⁴:

[...] Há [...] dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadora de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes não são, nem podem ser, idênticos
[...] a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconivente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas que lhe são próprias inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam à obtenção do negócio mais vantajoso.

Isto é, conforme exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello e o já apontado por Eros Grau⁷⁵, em ambas as hipóteses – regime jurídico criado por lei e regime jurídico diferente do previsto na L. 8666/93 -, o regime jurídico aplicável às instituições ora tratadas seria diferente daquele praticado pela administração pública em geral, especialmente as exploradoras de atividade econômica caracterizada como serviço público.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 Jan. 2017.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 91-103, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47416/45315>. Acesso em: 19 Jan. 2017.

⁷⁵ MELLO, op. Cit.

Em suma: a correta interpretação do art. 22, inciso XXVII, em nosso entender, é - e só pode ser - a de que a lei a que ele se refere disporá sobre o Estatuto das empresas exploradoras de atividade econômica, nada tendo a ver com as prestadoras de serviço público. [...] Como o dispositivo em causa reputou ditas normas gerais necessárias até mesmo para a administração direta dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tanto como para suas autarquias e fundações, "obedecido o disposto no art. 37, XXI" - no qual residem pautas comandantes de licitações e contratos administrativos em todo o País - não seria crível que, incoerentemente, deixasse à margem destas normas gerais justamente empresas prestadoras de serviço público que, além de desenvolverem atividades da mesma natureza das exercidas pela administração direta e autarquias, representam figura jurídica ainda mais necessitada de disciplina constritiva ante os notórios abusos em que tradicionalmente incorriam nesta matéria.

Celso Bandeira de Mello acrescenta, ainda, que antes da alteração promovida pela EC 19/98, a conclusão acima só se embasava pela doutrina, veja-se⁷⁶:

Por força disto, resulta que o inciso XXVII do art. 22, ao se reportar ao art. 173, § 1º, III, há de ser entendido como tendo se circunscrito às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, permitindo, assim, que venham a ser solvidas por via legislativa as dificuldades de sua má acomodação à integralidade do sistema licitatório previsto para a administração direta e indireta - dificuldades estas que até então tinham que ser solutas por via de esforço doutrinário.

Sobre o assunto, Eros Grau⁷⁷ explana sobre a motivação da referida aplicação:

[...] visava à flexibilização — é a palavra da moda — das licitações a que devem se sujeitar as empresas estatais e ao regime jurídico aplicável aos contratos por elas celebrados. Daí se ter imaginado dois grupos distintos de normas gerais de licitação e contratação, o primeiro fundado sobre o disposto no inc. XXI do art. 37 — aplicável às administrações diretas, autárquicas e fundacionais — o segundo, sobre o inc. III do § I do art. 173 — aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Não obstante, estariam sim obrigadas a observar os princípios da Administração Pública previsto no *Caput* do art. 37 da Carta Magna, isto porque, segundo Hillel⁷⁸:

[...] cumpre observar que, apesar de possuírem personalidade de direito privado, as empresas estatais ainda estão sujeitas a controles públicos e comprometidas com objetivos coletivos, independente de serem prestadoras de serviços ou exploradoras de atividades econômicas.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação nas estatais em face da E.C. nº 19. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador**, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2017

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁸ CARDOSO, Renato Augusto Hillel. **Contratação Direta entre empresas subsidiárias/controladas: como preencher a lacuna?**. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, ago. 2013. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96674>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Di Pietro⁷⁹, oportunamente, ressalta que “enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto no artigo 173, §1º, continuam a se aplicar as normas da Lei 8666/93, já que o dispositivo constitucional não é autoaplicável”. Bandeira de Melo⁸⁰ completa o raciocínio de Di Pietro ao permitir a afastabilidade da licitação enquanto não existir o referido estatuto:

Registra-se, apenas, que, no caso das exploradoras de atividade econômica, ter-se-á de dar como afastada a exigência licitatória perante as hipóteses em que o uso de tal instituto inviabilizaria o normal desempenho que lhes foi cometido; ou seja: na rotineira aquisição de seus insumos e na rotineira comercialização dos bens ou serviços que colocam no mercado.

Com alinhado posicionamento, Carvalho Filho⁸¹ sustenta que seria impossível exigir-se licitação para o desenvolvimento da atividade-fim das empresas estatais que estivessem atuando na iniciativa privada.

Nesse sentido, o Autor defende a inaplicabilidade da Lei de Licitações aos referidos, mesmo aqueles integrantes da Administração Indireta, por absoluta impossibilidade jurídica. Isto porque, considerando que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito submetem-se a regime de livre concorrência, ser-lhes-ia prejudicial a submissão integral ao regime jurídico previsto pela Lei 8.666/93, tendo em vista que as empresas concorrentes não têm que se sujeitar a regras de licitação, quebrando a isonomia que deve reger a concorrência na iniciativa privada.

Na mesma linha de raciocínio, segue Toshio Mukai⁸², veja-se:

Se aqui apenas se trata das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, quando o inciso XXVII do art. 22 se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 111, 111, essa referência está adstrita apenas àquelas empresas estatais que explorem atividades econômicas, dela excluídas aquelas que prestem serviços públicos.

Estas últimas, porque compõem a Administração indireta, estão abrangidas pelo disposto no art. 37, XXI, da CF.

[...]

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 515

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. Cit.

⁸¹ FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 241.

⁸² MUKAI, Toshio. Competências dos entes Federados na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 184, p. 86-96, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44314/47781>>. Acesso em: 25 Fev. 2017.

Como dissemos no referido artigo, quando o inc. XXVII do art. 22 (Emenda no 19/98) faz remissão ao art. 173, § 111,111, está se referindo exclusivamente às empresas estatais que explorem atividades econômicas, posto que esta última disposição diz que somente aquelas que "explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços" (§ 111 do art. 173) terão suas licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações regulados pelo Estatuto Jurídico da Empresa Pública (inc. 111).

O Autor acrescenta que o disposto no art. 22, inciso XXVII da CF, está direcionado a generalidade das empresas estatais seria "autêntico disparate", tratando-se, portanto, de uma interpretação pouco inteligente do Direito⁸³.

Portanto, o inciso III do § 1o do art. 173, em consonância com o mandamento do art. 22, XXVII, da C.F., deveria ser o fundamento para que o "estatuto jurídico" das estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, o qual contemplaria normas gerais sobre licitações e contratos mais flexíveis do que as incidentes sobre a administração pública em geral – administração direta, autárquica, fundacional e empresas estatais prestadoras de serviço público.

3.3 Na jurisprudência

O texto constitucional contido no artigo 173 comprova que a BRBCARD vem agindo dentro da mais estrita legalidade, principalmente se observar-se que a *Lex Mater*, em nenhum momento determina que as sociedades de economia mista ou suas subsidiárias, que exerçam atividade econômica em sentido estrito, devem se sujeitar à Lei 8.666/93, mas sim que devem observar os princípios da administração pública em suas contratações.

Por isso, em atendimento às normas constitucionais de cunho empírico, a BRBCARD instituiu um estatuto próprio, a exemplo da Petrobrás, voltado à aquisição de bens e/ou serviços, prevendo em seu teor, inclusive, a realização de licitações, assim como casos de dispensa e de inexigibilidade, entre outros.

⁸³ MUKAI, Toshio. Competências dos entes Federados na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 184, p. 86-96, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44314/47781>>. Acesso em: 25 Fev. 2017.

Sobre o regime jurídico das empresas estatais que prestam atividade econômica em sentido estrito e sua equivalência ao regime jurídico das empresas privadas, sobressai-se o caso paradigma da Petrobrás que, com natureza de sociedade de economia mista, submete-se a um regime simplificado previsto no art. 67 da Lei 9.478/97, regulamentado por decreto da Presidência da República, cujo qual foi questionado por meio da ADI 3273.

Em seu voto, o Relator Celso de Mello entendeu que o próprio constituinte já previu a necessidade de um regime diferenciado para as sociedades de economia mista. A agilidade necessária e a intensa concorrência das empresas que atuam no mercado é incompatível com o sistema de licitação. Reconheceu, então, que a Petrobrás explora atividade econômica em sentido estrito, e deve se sujeitar ao regime previsto para empresas privadas.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, acompanhou o entendimento esposado pelo Relator, considerando que o processo simplificado de compras e contratações atende exatamente a sociedades de economia mista que atuam no mercado, para que possam ter chance no mundo globalizado, altamente competitivo.

Conforme acima demonstrado, o Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição Federal (art. 102, caput, CF), firmou entendimento a respeito da constitucionalidade do art. 67 da Lei do Petróleo, bem como do Decreto 2.745/98. Para corroborar o aludido veja-se:

De fato, a partir da Emenda Constitucional nº. 09/95, o monopólio do petróleo foi flexibilizado, o que permitiu a União contratar (art. 177, § 1º, da Constituição Federal) empresas estatais ou privadas para explorar as atividades previstas no art. 177, I a IV, da Magna Carta.

Assim, a Petrobras passou a concorrer em igualdade de condições (Art. 170, IV) com outras empresas do ramo e, para ter êxito, está submetida ao direito privado, por força do art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, cujos procedimentos de seleção e contratação não se vinculam às normas da Lei 8.666/93, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, a sociedade de economia mista que explora atividade econômica, como a Petrobras, se submete ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis.

Por conseguinte, com a publicação da Lei 9.478/97 (Art. 67), a Petrobrás passou a contratar seus prestadores de serviços mediante procedimento licitatório

simplificado, definido no Decreto nº. 2.745, de 24 de agosto de 1998, que aprovou o seu Regulamento.

A propósito, Gilmar Mendes, no Mandado de Segurança nº. 25.888-8/DF, impetrado pela Petrobras, assim se manifestou acerca do Regulamento, aprovado pelo Decreto nº. 2.745/98:

A Lei nº. 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que “os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, a ser definido em decreto do presidente da República. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o Regulamento licitatório simplificado da Petrobras.

A submissão legal da Petrobras a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93.

Frise-se que o STF vem seguindo sistematicamente os mandamentos constitucionais insculpidos no art. 173, caput, §1º e incisos, em especial o III, assim como a própria Lei n. 8.666/93 em seu artigo 119, ao determinar que o regulamento próprio de compras da Petrobrás é a via legal e perfeitamente apta a incidir na espécie e permitir a aquisição de bens e/ou serviços de maneira mais célere, garantindo a franca e direta competição com outras empresas do setor privado.

Ainda a respeito do assunto, veja-se os seguintes julgados do STF:

CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões "às empresas públicas e às sociedades de economia mista", sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. III. - Cautelar deferida⁸⁴.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. (STF - ADI-MC: 1552 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 17/04/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 17-04-1998 PP-00002 EMENT VOL-01906-01 PP-00088)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA d DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito. 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea d do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas⁸⁵.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PRAZO PRESCRICIONAL. ARTIGO 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA INDIRETA. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de mal ferimento de dispositivos infraconstitucionais torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Março Aurélio, Dje de 08/09/10. 2. A discussão a respeito da prescrição trabalhista situa-se no âmbito da legislação infraconstitucional. Precedentes: AI 817.484-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 1º.2.2011 e AI 486.246-AgR, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe 6.8.2010. 3. As empresas públicas que exercem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Precedentes: RE 552.217-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 22.10.2009, e RE 599.628-AgR, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 17.10.2011. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: "RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. Nos termos da jurisprudência atual desta Corte, o prazo prescricional a que alude o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, também alcança a pretensão do empregador atinente a créditos que lhe

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. (STF - ADI: 1642 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 03/04/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00194)

sejam porventura devidos em decorrência da relação de emprego com ele mantida. Incidência das Súmulas 297 e 333, do TST, e do art. 896, § 4º, da CLT⁸⁶.

Esse é, também, o entendimento do Tribunal de Contas do Distrito Federal, em conformidade com a decisão no 4.364/2013, proferida nos autos da Consulta nº 15.572/2013, em que conclui que é perfeitamente legal e aplicável à esta Companhia o Regulamento próprio de Compras e Contratações adotado por esta Empresa, com a devida observância dos preceitos insculpidos na Lei Geral de Licitações, imposição que, desde sempre, vem sendo cumprida em sua plenitude pela BRBCARD.

Eis trecho da decisão final da Consulta mencionada:

[...] é possível às sociedades de economia mista a elaboração de regulamento próprio de licitação e contratos, devidamente publicado, que deverá observar os princípios constitucionais que regem a matéria e as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores), até que venha a ser aprovada a norma mencionada no §1º do art. 173 da Constituição Federal; [...]

A mencionada Consulta foi proposta pelo BRB - Banco de Brasília S/A, em 26/04/2013, com o objetivo de questionar, dentre outras, a aplicabilidade da Lei nº. 8.666/93 às empresas privadas controladas, ainda que indiretamente, por sociedades de economia mista, bem como a possibilidade dessas empresas de editar regulamento próprio à luz do que determina o artigo 119 da referida Lei.

É de obviedade solar, portanto, que a orientação dada pelo legislador foi a de permitir a inserção plena das subsidiárias no mercado privado, disponibilizando investimentos públicos, mas, ao mesmo tempo, permitindo uma atuação direta e livre de suas satélites com o único mister de sobrepujar a concorrência e não ficar engessado como órgão público *strictu sensu*.

O próprio Tribunal de Contas da União já possuiu o mesmo entendimento, o qual foi editado na Súmula 158, atualmente revogada:

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Recurso de Revista não conhecido. 5. Agravo regimental a que se nega provimento⁸⁶. (STF - ARE: 689588 GO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 27/11/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2013 PUBLIC 13-02-2013)

SÚMULA Nº 158. Cancelada⁸⁷ (*)

As Fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades previstas no art. 7º da Lei nº 6.223, de 14/07/75 (Lei nº 6.525, de 11/04/78), não estão adstritas às regras de licitação para compras, obras e serviços, previstas expressamente nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, para os órgãos da Administração Direta e das Autarquias, mas devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelimitável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade." Dados de aprovação: Acórdão nº 0566 – TCU – Plenário, de 14 de março de 2012.

Atualmente, o TCU possui posicionamento no sentido de que, inexistindo o regulamento mencionado no Parágrafo Primeiro do art. 173 da Constituição Federal, os entes ora mencionados deverão obedecer e observar o disposto na Lei 8.666/93, excetuado às hipóteses relacionadas ao seu objeto social, isto é, a sua atividade fim, assim como exposto por Di Pietro, Bandeira de Mello e Carvalho Filho.

Abaixo, alguns trechos de decisão com o mencionado posicionamento:

23. Este Tribunal de Contas da União possui remansosa jurisprudência no sentido de que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem se submeter aos princípios básicos da licitação da Lei 8.666/93, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98.

24. O TCU, entretanto, admite temperamentos na aplicação da Lei 8.666/93, quando a utilização da norma legal em sua inteireza implica risco à atividade-fim da empresa estatal, em ambiente concorrencial com a iniciativa privada, circunstâncias excepcionais essas, cumpre destacar, que devem ser avaliadas em cada caso concreto.

25. Mesmo nessas hipóteses excepcionais, tais entidades não podem olvidar da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório.

26. A Jurisprudência Sistematizada, dentre os precedentes que disponibiliza no site desta Corte de Contas, apresenta, na área Licitação, tema Regulamento Próprio, subtema Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista, resenha intitulada Observância aos princípios da Administração Pública, com o seguinte teor, verbis:

As empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem se submeter aos princípios básicos da licitação da Lei 8.666/93, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. (*) Cancelada na Sessão de 14/03/2012, Acórdão Nº 566/2012 - TCU - Plenário - Ata 8, rel. Min. Valmir Campelo, TC 012.207/2009-9, DOU 19/03/2012.

da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido diploma legal constitua óbice intransponível à sua atividade comercial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório.

6. Anotou a unidade instrutiva, ainda, que a ementa acima transcrita sintetiza o pensamento expresso pelo Tribunal nos acórdãos 2.176/2007 e 908/2006 do Plenário, 131/2008 da 2ª Câmara e muitos outros. (Sessão de 14/03/2012, Acórdão N° 566/2012 - TCU - Plenário - Ata 8, rel. Min. Valmir Campelo, TC 012.207/2009-9, DOU 19/03/2012.)

"[...] 29. Além disso, torna-se oportuno comentar que, segundo entendimento deste Tribunal, conforme o exposto na Decisão 663/2002-TCU-Plenário e nos Acórdãos 405/2010, 560/2010 e 2811/2012, todos também do Plenário, o disposto no art. 25 da *Lei* 11.652/2008 e, em consequência, o completo teor do Decreto 6.505/2008, encontra-se em desacordo com o art. 173, § 1º, da Carta Magna, que dispõe o que segue.

Art. 173 [...]

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

[...]

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

30. Sobre o assunto, vale transcrever análise realizada no âmbito da Decisão 663/2002-TCU-Plenário:

[...] a simples permissão para a edição de um Regulamento Simplificado por meio de decreto não é dispor sobre as matérias da forma como o constituinte derivado pretendeu. A intenção do constituinte foi de que a *lei* prescrevesse, determinasse, estabelecesse, estatuísse; nunca que a *lei* se desfizesse, se desincumbisse ou se desonerasse da responsabilidade a ela imposta [...]

[...] consoante a EC nº 19, as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, deverão ser estabelecidas em uma *lei* específica, que será o estatuto jurídico dessas entidades. A edição dessa *lei* compete privativamente à União. [...]

[...] as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, continuam sendo definidas na *Lei* de Licitações e Contratos, publicada em 1993. Quando do advento da *lei* prevista no § 1º do art. 173, será afastada a incidência da *Lei* nº 8.666/93 sobre essas empresas. Nesse momento, essas entidades passarão a contar com estatuto próprio, estabelecido em ato normativo adequado para tanto: *lei* ordinária.

[...] O caput do § 1º do art. 173 ordena que a *lei* disporá sobre todos os incisos a ele subordinados. [...]

Enquanto não é elaborado o Estatuto, é a *Lei* nº 8.666/93 que traz as restrições.

[...] O estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas

subsidiárias exploradoras de atividade econômica ainda será editado e disporá sobre os limites de discricionariedade admitidos ao gestor.

[...] Em síntese, as entidades da Administração indireta permanecerão sujeitas ao regime da *Lei nº 8.666* até a edição de novas regras. No futuro, haverá dois regimes básicos, um destinado à Administração direta, autárquica e indireta prestadora de serviços públicos (aí incluída a atuação de suporte à Administração) e outro para as entidades privadas exercentes de atividade econômica. O regime especial para essas últimas não consistirá na liberação pura e simples para realização de contratações, sem observância de limites ou procedimentos determinados (Comentários à *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, ed. 6, São Paulo/Dialética, 1999, p. 21). (Sessão de 15/05/2013, Acórdão Nº 1150/2013 - TCU - Plenário - Ata 16, rel. Min. Aroldo Cedraz, TC 016.304/2012-8)

Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NÃO SINGULARES. ATIVIDADE MEIO. LICITAÇÃO. OBRIGATORIEDADE.

1. O disposto no art. 121 da Lei 8.666/93 não exclui os contratos firmados antes da sua vigência por sociedades de economia mista, da obrigatoriedade de serem precedidos de procedimento licitatório, o que já ocorria na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86.

2. A obrigatoriedade de observar o regime de licitações decorre do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e, antes mesmo do advento da Lei 8.666/93, as sociedades de economia mista já estavam subordinadas ao dever de licitar.

3. Malgrado sejam regidas pelo direito privado, as sociedades de economia mista, ainda que explorem atividade econômica, integram a administração pública estando jungidas aos princípios norteadores da atuação do Poder Público, notadamente a impessoalidade e a moralidade.

4. Recurso especial provido. (REsp 80.061/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 11/10/2004, p. 244)

Veja-se que, mesmo diante do posicionamento do STF em casos como o da Petrobras, o TCU vem mantendo seu posicionamento no sentido de afastar a necessidade de licitações apenas quando se tratar de atividade fim da empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, o que, ressalte-se, encontra-se previsto no regulamento da BRBCARD.

No que se refere especificamente à BRBCARD e o seu grupo econômico, tem-se o posicionamento da Corte de Contas regional no sentido de que as empresas controladas por sociedades de economia mista do Distrito Federal se sujeitam, mediante controle externo, à fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial, ensejando o seu dever de prestar contas, conforme as Decisões nº 6.304/2011 e 4.362/2012.

Essa inteligência é respaldada no fato de que as entidades controladas, direta ou indiretamente, por sociedades de economia mista se submetem ao regime jurídico da controladora.

Por oportuno, é válido apontar que o BRB, com o advento da Lei Distrital nº 1.560/1997, foi autorizado a constituir subsidiária ou a participar do capital acionário de outras empresas para, entre outros fins, administrar cartões e serviços. Essa autorização possibilitou que a empresa participe com 69,7% do capital social da Empresa BRBCARD, que por sua vez detém 100% (cem por cento) do capital acionário da empresa BRB Administradora e Corretora de Seguros, conforme informações da estrutura societária do grupo empresarial apresentada nas notas explicativas às demonstrações relativas aos exercícios de 2012 e 2013.

Pelo entendimento exposto neste ensaio, essa situação caracteriza o controle indireto do Banco de Brasília, uma vez que a empresa BRB Administradora e Corretora de Seguros é subsidiária integral da Empresa BRBCARD, que por sua vez é controlada diretamente pelo banco distrital.

E em relação ao regulamento próprio, o TCDF tem mantido o posicionamento outrora adotado pelo TCU, admitindo a possibilidade de edição de regulamento próprio com base no artigo 119 da Lei 8.666/93, veja-se trecho de manifestação do referido órgão:

25. A Lei nº 8.666/1993 regulamentou tal disposição constitucional e dispôs expressamente que as sociedades de economia mista, as empresas públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União estariam sujeitas ao regime ali estabelecido.

26. Nos termos das considerações tecidas nos parágrafos 42/44, uma vez caracterizado o controle acionário, direto ou indireto, por parte de uma sociedade de economia mista, a entidade controlada se submete ao regime jurídico da controladora.

27. Sendo assim, a Lei nº 8.666/93 é de observância obrigatória pelas empresas controladas, direta ou indiretamente, pelas sociedades de economia mista.

Possibilidade de edição de regulamento próprio

28. Quanto à possibilidade de edição de regulamento próprio, nos termos do art. 119 da Lei nº. 8.666/93, cumpre registrar que este tema não é inédito nesta Corte de Contas, tendo o Tribunal já se manifestado a respeito por meio da Decisão nº 547/2004. Naquele Decisum, o Banco de Brasília S/A foi cientificado acerca da possibilidade de, 'na forma do art. 119 da Lei nº 8.666/93, editar regulamento próprio, devidamente publicado, que deverá observar os princípios constitucionais que regem a matéria e as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93 e alterações

posteriores), até que venha a ser aprovada a Lei mencionada no § 1º do art. 173 da Constituição Federal’.

[...]

30. Sendo assim, é possível às sociedades de economia mista a elaboração de regulamento próprio, devidamente publicado, que deverá observar os princípios constitucionais que regem a matéria e as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores), até que venha a ser aprovada a Lei mencionada no § 1º do art. 173 da Constituição Federal.⁸⁸

Nesse sentido, o entendimento do STF ao apreciar as contratações realizadas pela Petrobrás não é extensível ao Banco de Brasília e suas subsidiárias, ante a inexistência de lei que estabeleça estatuto jurídico aplicável à entidade distrital. Deve-se ressaltar que se discute a possibilidade de adoção de regime especial de contratação e a possibilidade de existência de normativo que autorize o afastamento dos ditames gerais previstos na Lei nº 8.666/1993, que, em seu art. 1º, parágrafo único, estabelece sua aplicabilidade às entidades controladas direta ou indiretamente pelo Distrito Federal.

Vale lembrar que a ausência da Lei que discipline o § 1º do artigo 173 da CF/88 faz com que o dispositivo contido no inciso III do mesmo parágrafo não seja autoaplicável. No caso, o dispositivo constitucional se trata de norma de eficácia limitada, ou seja, que precisa de complementação legislativa para que produza plenamente seus efeitos.

3.4 Novas Disposições Legais

A mencionada complementação legislativa surgiu em 2016, com a promulgação da Lei 13.303/2016, reforçando ainda mais todo o exposto, como uma das consequências do estado gerencial de primar pela eficiência, agilidade, flexibilidade da atividade estatal, após décadas, em consonância, ainda, com toda a jurisprudência e doutrina exposta.

A referida legislação reforça os ideais do regime gerencial e fortalece todos os

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Processo nº: 13.249/12. Sessão Ordinária de 13/12/2012. DODF 17/12/2012 , p. 55. INÁCIO MAGALHÃES FILHO, Conselheiro-Relator.

entendimentos aptos a permitir o exercício de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado mais próximo do regime privado do que do público.

Mais evidente, portanto, que a ideia do legislador originário não é outra senão potencializar e melhorar o desempenho e a consecução dos fins para os quais determinadas empresas estatais e suas subsidiárias foram instituídas.

O novo normativo inovou em relação à Lei 8.666/93, no que diz respeito à dispensa de licitação em determinadas circunstâncias, polemizou o artigo 29 da Lei, que, em seu inciso X, dispõe ser dispensável a realização de licitação, por empresas públicas ou sociedades de economia mista, na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural, bem como de outras prestadoras de serviço público.

Modificou o limite de preços para dispensa de licitação nas contratações de pequenos valores, majorando-os para conferir maior liberdade e flexibilidade de escolha para as estatais, permitiu a aplicação do RDC, criando, ainda, a (i) contratação integrada, (ii) inversão de fases como regra, (iii) inclusão dos modos de disputa aberto, fechado e misto, (iv) os critérios de julgamento “maior retorno econômico”, “melhor conteúdo artístico” e “melhor destinação de bens alienados”, e (v) a pré-qualificação permanente de fornecedores e produtos – disposições estas contidas nos artigos 42, VI, 51, 52, 54 e 64 da Lei, respectivamente.

A Lei ainda permite que esses limites de dispensa sejam alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade (art. 29, § 3º).

Frise-se, validamente, que não há limites definidos para a alteração acima mencionada. Ou seja, é possível que o Conselho de Administração da Petrobras, por exemplo, estabeleça que a entidade possa firmar contratos por dispensa de valores até R\$ 1 milhão, desde que tal limite reflita a sua variação de custos.

Inaugurou-se a legislação também, em complementação a mencionada Lei, a publicação do Decreto n. 8.945/2016, o qual apresenta a definição de conceitos antes indefinidos, como empresa estatal, subsidiárias e conglomerados estatais:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - empresa estatal - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à

União;

II - empresa pública - empresa estatal cuja maioria do capital votante pertença diretamente à União e cujo capital social seja constituído de recursos provenientes exclusivamente do setor público;

III - sociedade de economia mista - empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença diretamente à União e cujo capital social admite a participação do setor privado;

IV - subsidiária - empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista;

V - conglomerado estatal - conjunto de empresas estatais formado por uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista e as suas respectivas subsidiárias;

VI - sociedade privada - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e cuja maioria do capital votante não pertença direta ou indiretamente à União, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

e
VII - administradores - membros do Conselho de Administração e da Diretoria da empresa estatal.

Parágrafo único. Incluem-se no inciso IV do caput as subsidiárias integrais e as demais sociedades em que a empresa estatal detenha o controle acionário majoritário, inclusive as sociedades de propósito específico.

Em função da nova legislação, aplicando a teoria ao caso concreto, considerando à reorganização societária sofrida pela BRBCARD, em que BRB é o detentor do percentual de 69,7% do capital social da Cartão BRB S.A., conclui-se que companhia é uma subsidiária do Banco e ambos sujeitos ao regime jurídico diferenciado posto pela Lei 13.303/2016.

Diga-se de passagem, conceito este estampado no conceito da subsidiária contido no mencionado Decreto, o qual, provavelmente encontrou força no ensinamento de inúmeros doutrinadores, como o de Modesto Carvalhosa, veja-se:

O conceito de controlador, portanto, é resultado da quebra da proporção entre o risco de capital investido em ações e o poder exercitado na sociedade anônima.

Nesse diapasão, **controle societário pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais.** Essa noção tem um sentido material ou substancial e não apenas forma. Assim, **o controle é o poder efeito de direção dos negócios sociais.** Não se trata de um poder potencial, eventual, simbólico ou diferido.

É **controlador aquele que exerce, na realidade, o poder.** Internamente, mediante o prevailecimento dos votos. Externamente, por outros fatores extra-societários.

Controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objeto.

[...] **O controle existe e funciona como situação cuja determinante essencial é o poder permanente e concentrado em mãos de um ou de determinado grupo de acionistas.** Trata-se de um poder individualizado.

[...] Outro **requisito é o de que o acionista tenha assegurado de modo permanente dois atributos de poder: a maioria dos votos nas deliberações da assembleia [sic] geral e o poder de eleger a maioria dos administradores.** Esses dois atributos não podem ser entendidos como

cumulativos, já que pode ter o controle interno da companhia exercendo apenas um deles.

[...]

Mas, há um **terceiro requisito**, que embora complementar dos outros dois, é fundamental para que identifique o controle. **Trata-se da efetividade na condução dos negócios sociais e, conseqüentemente, [sic] no funcionamento dos órgãos da companhia.** É claro que o primeiro tipo de poder – condução dos negócios sociais – induz ao segundo, ou seja, orientação no desempenho dos órgãos da companhia.

[...]

Com efeito, o **acordo de acionista** (art. 118) pode ter como objeto o exercício do direito de voto, para a obtenção ou manutenção do controle (acordo de comando). Por conseguinte, a avenças poderá caracterizar os acionistas controladores, mesmo que nela não se mencione especificamente o objetivo de exercer o controle.⁸⁹

Isto é, a nova legislação ampara todos os julgamentos e entendimentos já havidos antes, exceto o do TCU, inclusive reforçando a necessidade de existir regulamento próprio para empresas como a BRBCARD.

No entanto, não prevê expressamente a elaboração do regulamento pelas empresas estatais sujeitas ao seu alcance, tão pouco prevê aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 a respeito dos contratos já existentes e aqueles celebrados durante o período de adaptação previsto na lei.

Pode ser ou não a solução para uma maior flexibilidade e autonomia da persecução aos fins sociais para os quais as empresas estatais e suas subsidiárias foram e são criadas até hoje.

Será necessário, no entanto, adaptações e complementações de lacunas, conforme o direito for sendo aplicado ao caso concreto.

⁸⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 366/431.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como objetivo realizar uma revisão bibliográfica acerca do Regulamento de Compras e Contratações da Cartão BRB S.A. em consonância com a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016). Nesse sentido, a pesquisa permitiu compreender que a Reforma da Administração Pública do modelo burocrático pelo gerencial levou o Brasil a caminhar para a construção de normativos legais mais eficientes e eficazes que permitissem a consecução e implantação do prescrito e objetivado pela Constituição Federal.

Entende-se que tal prescrição aumentou a chance de se alcançar, com louvor e plenitude, a dignidade humana do cidadão, assim entendida, conforme Dalmo Dallari⁹⁰, como sendo integral desenvolvimento da personalidade, compreende, inclusive, valores materiais e espirituais “que cada homem julgue necessário à expansão de sua personalidade”. Isto porque o desenvolvimento da economia depende do desenvolvimento da sociedade que, por sua vez, depende do desenvolvimento da plenitude da dignidade humana de cada cidadão.

Vê-se, ainda, que, após todos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do exercício de atividade econômica em sentido estrito e as normas que lhe seriam aplicáveis, estes foram devidamente ratificadas e convalidadas pela promulgação da Lei 13.303 e o Decreto n. 8.945, ambos de 2016, que lhe regulamenta, os quais representam um novo e grande passo para aproximação e concretização do Estado Gerencial.

A regulamentação fortalece vigorosamente a existência e legalidade do Regulamento de Compras e Contratações da BRBCARD e empresas similares quando permite o preenchimento de lacunas e majoração de limites de dispensa de licitação, por exemplo, dentre outras hipóteses. Se falhará como Bresser Pereira leciona que o Decreto 200/67 falhou, não é possível prever, mas levando em consideração as circunstâncias sociais e mundiais, de um processo de globalização permanente, e a sede cidadã por eficiência, acredita-se que a nova legislação concretizará uma (r)evolução da administração pública.

⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34

No entanto, uma abordagem mais principiológica do que limites legislativos, que nos remetem a administração burocrática, ainda que sejam amplos, talvez fossem mais apropriados para o alcance da aproximação objetivada – das empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito do regime privado de contratações e concorrência.

Nesse mesmo caminho, a expressa previsão de regulamento próprio das estatais para preenchimento de algumas lacunas, bem como maior clareza sobre a aplicabilidade subsidiária ou não da Lei 8.666/93 e a criação ou adaptação de institutos que permitissem maior agilidade nas contratações, também são exemplos de possíveis melhorias na proposta de aproximação mencionada.

A nova legislação flexibiliza limites e processos de contratação, porém não há perspectiva de que os permita serem mais rápidos, o que ainda distancia muito, prejudicando-as, inclusive, as empresas estatais inseridas no mercado privado, em ambiente de concorrência.

Não obstante, ante a existência das referidas lacunas e até que sejam preenchidas, a adoção de regulamento próprio que embasem decisões dos administradores das empresas estatais é a forma mais indicada a preservar a transparência, publicidade, impessoalidade e diminuir a ocorrência de decisões discricionárias.

Sendo assim, em análise do regulamento da BRBCARD já existente, é possível constatar que este se encontra em plena sintonia com o disposto na referida regulamentação no que se refere a compras e contratações, sendo necessária a sua atualização para o preenchimento das brechas existentes no próprio texto legal, como já mencionado acima, resguardando decisões do corpo diretivo de empresas como a BRBCARD e preservando a observância dos princípios da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação federativa no Brasil : a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. **Rev. Sociologia Política**, v. 24, n.24, Curitiba: junho 2005.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 Abr. 2016.

_____. **Decreto 8.945/16**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm. Acesso em: 28 dez. 2016.

_____. **Decreto-Lei 200/67**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. **Lei 10.406/02**. Código Civil. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Lei 13.303/16**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Lei 6.404/76**. Lei das S.A. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. **Lei 8.666/93**. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 15 abr. 2016.

_____. Ministério da Administração e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma Administrativa no Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

BRASIL. MARE. **Cadernos do MARE da Reforma do Estado - Vol. 11- A Nova Política de Recursos Humanos**. Brasília, 1997.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial, **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 47, jan./abr. 1996.

_____. **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. **Reforma gerencial de 1995.** Disponível em www.bresserpereira.org.br/rgp.asp, acesso em: 20 nov. 2016.

_____; SPINK, Peter. Orgs. **Reforma do Estado e administração pública gerencial.** 2. ed. Rio de Janeiro; FGV, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Manual de direito administrativo.** 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à Lei de Sociedades Anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito Administrativo.** 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O regime constitucional de serviço postal e os "monopólios" da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, Janeiro/março – 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de Pesquisa,** 4. ed., São Paulo : Atlas, 2002;

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988,** 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade, **Fundamentos de Metodologia Científica,** 3. ed., São Paulo, Atlas : 2003

MEIRELLES, Hely Lopes de. **Direito Administrativo Brasileiro.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 Jan. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**; 12. Ed. Atlas; São Paulo, 2002.

MUKAI, Toshio. Competências dos entes Federados na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 184, p. 86-96, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44314/47781>>. Acesso em: 25 Fev. 2017.

OLIVEIRA, Luciano. **Evolução da Administração Pública no Brasil**. Disponível em www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/LucianoOliveira/LucianoOliveira_toque_27.pdf. Acesso em: 20 nov. 2016.

PISCITELLI, Rui Magalhães. A evolução do estado através da história dos direitos fundamentais, o novo direito administrativo e o regime diferenciado de contratações públicas brasileiro – RDC. **Revista Eletrônica do TCE-RS**, n1, v. 1, Set. 2014.

SANTOS FILHO, José dos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus interesses privados**. Rio: Lumen Juris, 2005.

WEBER, Max. **Sociologia** (Organizador: Gabriel Cohn, Coordenador: Florestan Fernandes). 6. ed. São Paulo: Editora Ática, 1997.