

Estatuto das empresas estatais

As empresas estatais obrigadas a licitar e contratar segundo a Lei nº 13.303/2016

MAURÍCIO ZOCKUN

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN

Resumo: O artigo propõe identificar as empresas estatais obrigadas a licitar e contratar nos termos da Lei nº 13.303/2016. Para isso, examinam-se os argumentos que afirmam a legitimidade de aplicação de suas disposições tanto às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas quanto às que prestam serviços públicos. Nesse sentido, analisa-se o conceito constitucional de serviço público e atividade econômica segundo a doutrina e a jurisprudência, identificando-se os elementos capazes de confirmar ou infirmar a lisura dessa lei a fim de – com base no art. 22, XXVII, ou no art. 173, § 1º, da Constituição da República – dispor sobre licitações e contratações para todas as empresas estatais. Com apoio em pensamento doutrinário, desqualifica-se aquela lei como norma geral, pois suas disposições relativas à licitação e à contratação são aplicáveis apenas às empresas estatais que exploram atividade econômica.

Palavras-chave: Estatuto das empresas estatais. Âmbito de aplicação. Licitação e contratação. Exploração de atividade econômica. Prestação de serviços públicos.

Statute for state-owned companies: state-owned companies required to bid and contract under Federal Law 13303/2016

Abstract: The article proposes to identify which state companies are required to bid and contract under the terms of Federal Law 13303/2016. Therefore, we examine the arguments that affirm the legitimacy of applying the provisions of this law both to state-owned companies that exploit economic activities, and in relation to those that provide public services. In this sense, the constitutional concept of public service and economic activity is examined according to the doctrine and jurisprudence, building the elements capable of confirming or disproving the fairness of Federal

Recebido em 27/2/20
Aprovado em 11/6/20

Law 13303/2016 for, with support in art. 22, XXVII, or in art. 173, § 1º, all of the Brazilian Constitution, provide for bids and contracts for all state-owned companies. Supported by doctrinal, Federal Law 13303/2016 is disqualified as a general rule, which is why its provisions regarding bidding and contracting are applicable only to state-owned companies that explore economic activity.

Keywords: Statute of state-owned companies. Scope of application. Bidding and contracting. Exploration of economic activity. Provision of public services.

Introdução

Com a nova redação dada ao art. 173, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]), previu-se que lei estabeleceria o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Esse estatuto, por seu turno, prescreveria (i) regras relativas às licitações e contratações públicas; (ii) a sua submissão ao mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas; (iii) a constituição e o funcionamento dos seus conselhos; e, por fim, (iv) o mandato, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

No período em que o Congresso Nacional se manteve omissivo na apreciação e aprovação da lei veiculadora do estatuto, as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas eram submetidas a um regime jurídico híbrido. Em decorrência disso, por exemplo, deviam fiel observância ao regime de licitação e contratação fixado na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, [2019b]), salvo nos casos em que as relações jurídicas patrimoniais estavam associadas direta ou indiretamente à exploração da atividade econômica (GASPARINI, 2008, p. 456; ARAÚJO, 2014, p. 255-256; MELLO, 2013, p. 212-222). Sem embargo, aplicava-se integralmente o regime publicista de contratação do seu pessoal técnico, o concurso público. Por meio desse estatuto, procurava-se edificar a regulamentação infraconstitucional das atividades excepcionalmente desempenhadas por essas empresas.

A publicação da Lei nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016) rompeu a inércia, introduzindo no sistema normativo o denominado “Estatuto jurídico das empresas estatais”. Porém, ao fazê-lo, o art. 1º, *caput*, dessa lei dispõe sobre a disciplina das relações jurídicas que tenham por sujeito tanto as

empresas estatais exploradoras de atividades econômicas quanto as que prestam serviços públicos.

Contudo, essa lei poderia veicular comandos normativos aplicáveis às empresas estatais que prestam serviço público? O questionamento justifica-se pelo fato de o art. 173, § 1º, da CRFB ter atribuído ao Congresso Nacional a competência para produzir lei veiculadora do estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, silenciando-se, entretanto, em relação às prestadoras de serviços públicos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que esse silêncio do art. 173, § 1º, da CRFB não encerra, reflexamente, a proibição de o Congresso Nacional estender os efeitos desse estatuto às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Afinal, poder-se-ia afirmar que outro preceito constitucional, que não o art. 173, conferiria ao Congresso Nacional competência para editar normas gerais sobre o regime jurídico das empresas estatais federais, estaduais e municipais, independentemente do seu campo de atuação. Ou, ainda, que esse diploma veicula múltiplas disposições normativas, algumas fundadas no art. 173, § 1º, da CRFB e outras alicerçadas em outras competências constitucionais. Pode-se sustentar também o reconhecimento da inconstitucionalidade formal de algumas passagens da Lei nº 13.303/2016, razão da sua aplicabilidade apenas em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica – caso em que seria declarada a inconstitucionalidade dos preceitos dessa lei extensíveis às prestadoras de serviços públicos – e, excepcionalmente, em relação às prestadoras de serviço público, salvo se baseadas no art. 173, § 1º, da CRFB. Ou, por fim, pode-se reconhecer a legitimidade da Lei nº 13.303/2016 para veicular disposições desse jaez, mitigando-se, porém, o seu alcance – caso em que haveria

declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto.

Não há dúvida sobre a atualidade do tema examinado, seja pelo ângulo teórico, seja pelo viés prático. Basta ter em conta que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624 (BRASIL, 2019e), sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, por meio da qual se procura a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.303/2016 na parte em que determinou a aplicação de suas disposições às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Vejamos o que pensam os defensores da legitimidade *formal* dessa lei.

1 A defesa da aplicabilidade da Lei nº 13.303/2016 em relação a todas as espécies de estatais

Há quem tenha afirmado que essa lei andou bem ao unificar os regimes jurídicos das empresas estatais, sejam elas exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos (ARAGÃO, 2017).

Outros se limitam a examinar a sua aplicação ao procedimento de licitação e contratação, e defendem sua extensão a todas as empresas estatais. Chegam a essa conclusão por entenderem que o art. 22, XXVII, da CRFB (e não o art. 173, § 1º) confere competência ao Congresso Nacional para legislar sobre o tema, viabilizando a fixação de um regime especial de licitação e contratação para as empresas estatais (GUIMARÃES; SANTOS, 2017, p. 21; MAFFINI, 2018, p. 40-41; DI PIETRO, 2017, p. 556).

Defende-se ainda que as relações internas dessas empresas, por estarem regidas pelo Direito Civil e Comercial, são privativamente disciplinadas por lei nacional, conforme prevê

o art. 22, I, da CRFB (MAFFINI, 2018, p. 34). Afirmam, além disso, que o suposto regime jurídico que divide as empresas estatais entre exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos é fruto tão somente de construção doutrinária (NOHARA, 2012, p. 589-591) – portanto, legislativamente superável. Por fim, defendem que a locução “atividade econômica” veiculada no art. 173 da CRFB deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo qualquer atividade economicamente mensurável, inclusive a prestação de serviços públicos (GUIMARÃES; RIBEIRO; RIBEIRO; GIUBLIN; PALMA, 2019, p. 46-47). Desse modo, a lei editada com esse propósito estaria constitucionalmente vocacionada a dispor sobre as relações jurídicas a serem entabuladas pelas empresas estatais.

Outros também afirmam que esse Estatuto apenas não se aplica às empresas estatais municipais, estaduais e do Distrito Federal em relação às normas de organização e estruturação, pois esses temas não estão no plexo de matérias disciplináveis pelo Direito Comercial ou Empresarial (MAFFINI, 2018, p. 41).

Vejamos se, no que se refere às licitações e contratações públicas, a Lei nº 13.303/2016 se aplica às espécies de estatais: as prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividades econômicas.

2 As empresas estatais prestadoras de serviço público não desempenham atividades econômicas

Como se afirmou anteriormente, o art. 173, § 1º, da CRFB previu que lei criaria o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas (DI PIETRO, 2017, p. 354; MELLO, 2019, p. 203). Esse estatuto também fixaria normas especiais sobre licitações e contratações.

Alguns defendem a tese de que o conceito de atividade econômica prevista no art. 173 deve ser interpretado em sentido amplo, compreendendo tanto as atividades econômicas como os serviços públicos (SILVA, 2015, p. 227-241). Em virtude disso, a Lei nº 13.303/2016 seria instrumento idôneo para fixar novo regime de licitação às estatais.

Essa ideia parece-nos equivocada, pois todas as atividades estatais são econômicas, já que economicamente mensuráveis – afinal, onde há atividade estatal, há dispêndio de recursos públicos, cuja dotação é veiculada em lei orçamentária (SOUZA, 1975, p. 29-35; DORIA, 1986, p. 37-41; OLIVEIRA, 2013, p. 77-80; BORGES, 1998, p. 24). O tema é singelamente tratado no campo do Direito Tributário e Financeiro em razão dessa nota comum das atividades públicas (ATALIBA, 1995, p. 28-29), tanto que no

campo do Direito Tributário se procura segregar as atividades estatais segundo a possibilidade de o dispêndio econômico incorrido pelo Estado ser ou não passível de imputação direta ao particular (o que extrema os serviços públicos entre *uti universi* e *uti singuli*) (JARACH, 2004, p. 109; ATALIBA, 1995, p. 129-182). Assim, partindo-se desse conceito, se todas as atividades estatais seriam atividades econômicas, dado que pecuniarmente mensuráveis, esse critério revela-se juridicamente imprestável, já que incapaz de segregar as atividades estatais pelo seu regime jurídico (FREIRE, 2014, p. 246).

Por isso, filiamo-nos à tese de que as atividades econômicas são apartadas dos serviços públicos pelo seu regime jurídico (DAL POZZO, 2012, p. 113-120). Em relação àquelas, impera a livre concorrência; e a estes, a competição (SILVA, 2015, p. 197-221). As primeiras têm sua prestação e desempenho precipuamente circunscrito pelo Direito privado, o que não ocorre em relação a estes. A vontade das partes dispõe sobre o regime de prestação daquelas, caso os particulares decidam desempenhar essa atividade, o que não se cogita em relação a estes, inclusive em razão da figura de sujeição especial. Os que desempenham atividades econômicas remuneram-se pela cobrança de preço, ao passo que os serviços públicos são subvencionados por dotação orçamentária ou, alternativamente, remunerados pela cobrança de taxa ou de tarifa. Aquelas têm titularidade privada, e estes pertencem à alçada estatal. As pessoas jurídicas que desempenham as atividades econômicas são tributadas, mas as que desempenham serviços públicos podem ter a imunidade tributária reconhecida em seu favor.

Logo, pretender amalgamar as duas categorias jurídicas sob o conceito de “atividade econômica” soa-nos um despropósito, pois os institutos têm morfologias jurídicas bastante distintas; em comum, só mesmo a noção – vulgar – de atividade econômica. E justamente por essa razão, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 407.099 (BRASIL, 2004), o STF separou as empresas estatais prestadoras de serviços públicos das que desempenham atividade econômica, para reconhecer em favor das primeiras o benefício da imunidade tributária em razão dessa distinção. Nesse caso, o STF foi ainda mais além: afirmou que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos são juridicamente equiparáveis às autarquias, pois elas desempenham seus misteres públicos sob o mesmo regime jurídico.

Todavia, mutações legislativas ocorridas no curso dos anos fizeram surgir situação não antevista pelo constituinte. Com efeito, empresas estatais e concessionárias e permissionárias passaram a competir na prestação de serviços públicos (FREIRE, 2014, p. 248). Nesse caso, se fossem reconhecidos em favor de todas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos o gozo da imunidade tributária e o usufruto dos

privilégios próprios da Fazenda Pública, elas teriam vantagens competitivas inextensíveis às empresas privadas concessionárias e delegatárias de serviços públicos, situação caracterizadora de quebra da igualdade. Contudo, qual isonomia teria sido rompida? A cláusula geral (art. 5º, *caput*, da CRFB) ou a especial (art. 173, § 2º, da CRFB)?

O equacionamento dessa questão supõe o conhecimento do regime das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, inclusive das hipóteses nas quais atuam em competição.

3 As empresas estatais prestadoras de serviço público em competição com particulares não estão submetidas aos ditames da “Ordem Econômica”

Das atividades economicamente mensuráveis cujo desempenho lícito é autorizado na ordem jurídica, parte foi atribuída ao Estado pela CRFB, que franqueou aos particulares o desempenho da fração remanescente.

No campo público – e, portanto, submetido ao regime jurídico de Direito público –, alocam-se o serviço público, o exercício de poder de polícia, a atividade notarial e de registro (que também é atividade de certificação jurídica, mas não apenas), entre outras. Por sua vez, no campo privado – ou “Ordem Econômica”, na dicção constitucional –, alocam-se as atividades econômicas, cujos princípios regentes estão exemplificativamente arrolados no art. 170 da CRFB.

Nos casos em que é desempenhada por particulares, uma atividade pública não é catapultada à ordem econômica e passa, por isso, a observar os princípios lá regentes. Pelo contrário, mesmo em tais circunstâncias, o Direito público impera. Daí ser flagrantemente equivocada a ideia de que, nos termos do Decreto-lei nº 200 (BRASIL, [1998]), atuam na ordem econômica as empresas estatais prestadoras de serviços públicos. O raciocínio é falacioso, pois é a CRFB – e não o Decreto-lei – que fixa o regime jurídico ao qual estão submetidas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Sucede que os traços constitucionais que balizam a prestação dos serviços públicos – tais como universalidade, modernidade, modicidade, continuidade, entre outros – inviabilizam o desempenho dessa atividade conforme preconizado na ordem econômica. É, pois, de Direito público a disciplina jurídica traçada na fixação dos elementos qualificadores de uma atividade como serviço público e do agir dos que desempenham essas atividades, sejam eles particulares ou estatais. E, pelas mesmas razões, os direitos e deveres resultantes da relação entre o usuário do serviço público e o seu prestador estão igualmente disciplinados no campo do Direito público.

Não é por outro motivo que se aplica o Código de Proteção e Defesa do Consumidor apenas na hipótese de ele ampliar a tutela dos direitos do usuário (GROTTI, 2003, p. 340-352). Sem embargo, a incidência desse diploma não pode resultar no amesquinamento das prerrogativas confiadas ao poder concedente para preservar a escoreita persecução do interesse público por meio do desempenho dessa atividade pública. Por isso, na prestação do serviço público por particulares, prepondera a incidência de normas de Direito privado nas relações internas ao próprio prestador. E nessa categoria perfilam situações, tais como alterações estatutárias, contratações destinadas a prover os meios materiais e humanos para o desempenho da atividade pública concedida etc. Nada aquém e nada além disso. O resultado é a inviabilidade de se arguir a possibilidade de os prestadores desses serviços terem conduta atentatória à livre concorrência (art. 170, IV, da CRFB). Afinal, só há livre concorrência na ordem econômica, campo estranho à prestação de serviço público.

Assim, qual regime jurídico deve ser observado nos casos em que empresas públicas e empresas delegatárias de serviços públicos estão juridicamente legitimadas a prestar serviços públicos em favor de um mesmo rol de usuários, disputando, pois, a sua preferência? Nesses casos há a “liberdade vigiada” desses prestadores, que podem eventualmente competir entre si – não em regime de livre concorrência, mas em competição circunscrita aos confins competitivos fixados pelo poder concedente, de modo a viabilizar o oferecimento desses serviços com a melhor qualidade e a menor contraprestação possível.

Vê-se, pois, que o fato de as empresas estatais prestadoras de serviço público atuarem no campo que lhes é próprio – em concomitância com concessionárias ou permissionárias de serviços públicos – não deflagra o desequilíbrio na livre concorrência, pois a atividade por elas exercida é submetida ao regime jurídico edificado em prol do interesse público e que não guarda relação alguma com atividade econômica.

Assim, as empresas estatais que prestam serviços públicos: (i) selecionam e contratam seus empregados por meio de concurso público, de prova ou de prova e títulos; (ii) exoneram esses empregados apenas em hipóteses previamente determinadas, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa; (iii) devem licitar; (iv) podem ter suas despesas custeadas pelo erário, caso em que aos seus empregados se aplica o teto remuneratório prescrito no art. 37, XI, da CRFB – entre tantas outras características.

Nenhuma dessas exigências é cominada às empresas concessionárias e permissionárias de serviço público.

A rigor, o art. 175 está topologicamente alocado em espaço que lhe é estranho na CRFB. Serviço público, por sua morfologia constitucional, não se identifica com a atividade econômica e, por conseguinte,

os institutos da concessão e da permissão de serviço público não deveriam ter sido estabelecidos em passagem reservada pela CRFB às atividades desempenhadas em regime de livre concorrência.

Aliás, diversas passagens confirmam o desacerto do constituinte nesse aspecto. Com efeito, utiliza-se a locução “serviço público” para: (i) definir bens públicos especiais, empregados para a prestação de serviços públicos (art. 20, IV); (ii) qualificar serviços de competência da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (arts. 21, 24, I, 25 e 30); (iii) gizar a competência administrativa para a execução dessas atividades no Distrito Federal (art. 21, XIV); (iv) qualificar a atividade de fiscalização a ser levada a efeito pela polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 21, XXII); (v) impor o dever de vinculação de parte da dotação orçamentária à saúde (art. 35, III); (vi) autorizar sua contraprestação por meio de taxa, desde que essa atividade estatal seja experimentada pelos usuários, efetiva ou potencialmente, de modo específico e divisível (*uti singuli*, portanto), nos termos do art. 145, II.

Vê-se, pois, que nas passagens em que a CRFB se refere a serviço público sempre está presente o regime jurídico de Direito público; daí não ser crível que, apenas pelo fato de estar prevista no art. 175 da CRFB, a prestação de serviços públicos em concessão ou permissão passaria a qualificar-se como atividade econômica e atrairia a incidência do regime jurídico privado (próprio da livre iniciativa).

A propósito, esse deslocamento do art. 175 da CRFB decorre da adoção, pelos constituintes, da equivocada definição veiculada no art. 5º do Decreto-lei nº 200, segundo a qual as empresas estatais são criadas para em livre iniciativa explorar atividade econômica (MELLO, 2019, p. 194-195). Fiados nesse preceito, os constituintes inseriram o instituto da concessão e da

permissão no capítulo da “Ordem Econômica”, vertendo um equívoco legal em desacerto constitucional.

4 As empresas estatais prestadoras de serviço público concorrenciais e não-concorrenciais: solução publicista para os desequilíbrios competitivos

O desequilíbrio na competição entre as empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público não se resolve por institutos típicos da ordem econômica. Ante essa impossibilidade, o STF passou a distinguir as empresas estatais entre prestadoras de serviço público concorrenciais e não concorrenciais.

Ao fazê-lo, o STF assinalou que o regime jurídico aplicável às primeiras (concorrenciais) é mais próximo ao regime de Direito privado, ideia inextensível às empresas estatais não concorrenciais, obedientes ao regime tipicamente de Direito público em suas relações, incluindo-se as licitações realizadas e os contratos firmados. E justamente em virtude desse critério – ser a atividade pública desempenhada de modo concorrential ou não concorrential – edifica-se um regime publicista para prevenir os desequilíbrios competitivos na prestação de serviços públicos.

Com efeito, ao julgar a Repercussão Geral no RE 599.628 (BRASIL, 2011), o STF firmou esta Tese: “Sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrential não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República”. Vê-se, pois, que o distinto modo de prestação do serviço público aproximou as empresas estatais do regime aplicável às concessionárias e permissionárias. Coerentemente, o STF afirmou em relação às empresas públicas não concorrenciais que

[à] empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (RE 225.011) (BRASIL, 2000, p. 928).

E também que “[a] jurisprudência da Suprema Corte é no sentido da aplicabilidade do regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial” (Agravamento Regimental no RE 852.302) (BRASIL, 2015, p. 1).

Daí a síntese do ministro Luís Roberto Barroso nos autos do Agravamento Regimental no RE 627.242 (BRASIL, 2017, p. 1): “[é] aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro”.

A ideia é coerente. Com efeito, se as empresas concessionárias e permissionárias são regularmente tributadas ao prestarem serviço público de modo concorrencial, a isonomia impõe a submissão das empresas estatais ao mesmo regime tributário. Afinal, o oferecimento de uma mesma comodidade à população por valores distintos (ou gravados tributariamente de modo diverso) resultaria no malbaratamento do interesse público. De fato, ou (i) essa discriminação tributária inviabilizaria o prosseguimento da atividade desempenhada pelas concessionárias e permissionárias, pois os usuários tomariam o serviço das empresas estatais, ante a maior

modicidade da contrapartida; ou (ii) esse tratamento tributário discriminatório ensejaria a degradação das atividades desempenhadas pelas concessionárias e permissionárias, pois o maior esgarçamento do seu patrimônio – em face das empresas estatais competidoras – inviabilizaria a prestação de serviços públicos à população com o mesmo nível de comodidade e eficiência. Por conseguinte, não há coerência lógica capaz de justificar o tratamento distinto (a discriminação tributária) em vista do fim almejado (a prestação de serviço público adequado e eficiente).

Não se chega a essa conclusão com o argumento de que, competindo as empresas estatais com empresas privadas prestadoras de serviços públicos delegados, o Poder Público atuará em “igualdade de condições com a iniciativa privada” (ARAGÃO, 2007, p. 142). Como se demonstrou, o equacionamento dessa questão é todo publicista. Assim, não se pode invocar o art. 173 ou 175 da CRFB para pretender submeter todas as espécies de empresas estatais ao regime de licitação e contratação fixado pela Lei nº 13.303/2016; só as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas lhe devem observância nesse particular.

Entretanto, muitos entendem que essa lei também encontraria fundamento da validade no art. 22, XXVII, da CRFB, razão da legitimidade da fixação de um regime singular de licitação para essas empresas.

5 A Lei nº 13.303/2016 não pode criar um regime diferenciado de licitação e contratação para as empresas estatais

A CRFB confere ao Congresso Nacional o dever-poder de fixar a disciplina normativa das licitações e dos contratos administrativos. A despeito desse encargo, é corrente a ideia de que o

labor daquela Casa legislativa nesse campo se limita à produção de normas gerais. Sem prejuízo destas sobre o tema de licitações e contratações públicas, a CRFB legitima a produção de uma disciplina normativa própria extensível apenas a algumas pessoas estatais.

Trata-se, como é sabido, do regime diferenciado de licitação e contratação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica (art. 22, XXVII, *in fine*, e art. 173, § 1º, III, da CRFB). Segundo a CRFB (BRASIL, [2019a]), o Parlamento detém a prerrogativa de fixar em favor dessas pessoas estatais um regime peculiar de licitação e contratação, observados os princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*). Não se exigiu observância à disciplina fixada em norma geral de licitações e contratações públicas; obediência haverá aos princípios que informaram sua produção e interpretação, e não à norma geral de licitação.

A possibilidade de um regime especial de licitação e contratação para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica é simplória: elas se veem na contingência de atuar na ordem econômica e adotar – em certa medida – o regime privado de seleção e contratação. Afinal, somente por meio desse expediente conseguem competir efetivamente com o particular e, dessa forma, alcançar os fins que justificam sua excepcional atuação na ordem econômica.

Assim, em qual plano o Congresso Nacional habitualmente laborou até os dias atuais para dispor sobre licitações e contratos? Ele produziu comandos normativos aplicáveis a todas as pessoas que pretendam travar relações jurídicas de conteúdo patrimonial com o Poder Público. Isto é, previu o conjunto normativo para todos os que pretendam contratar com o Estado, independentemente da tipificação ou especial morfologia da relação jurídica de índole patrimonial a ela subjacente.

O que fez a Lei nº 13.303/2016? Criou um peculiar regime de licitação e contratação aplicável apenas às estatais. Nesse contexto, ela se qualifica como norma geral ou norma especial? Está em harmonia, pois, com o art. 22, XXVII, da CRFB? Para responder a esse questionamento, há uma premissa a ser solvida: lei geral e lei especial são expressões sinônimas de norma geral e norma especial? Ou seja, o objeto jurídico subjacente a esses distintos rótulos é o mesmo ou não?

Segundo Mello (2007, p. 272), se uma lei diz respeito a todos os indivíduos, é uma lei geral; se, ao contrário, tem âmbito restrito a determinadas situações, qualifica-se como lei especial. Classificam-se essas espécies de lei pelo seu conteúdo; lei em sentido material, portanto, revela-se como um plexo de normas jurídicas (MELLO, 2007, p. 254).

Apesar de as leis gerais serem assim qualificadas em vista do seu conteúdo normativo, não se diferenciou a lei geral da norma geral. O que seriam, então, normas gerais? O art. 24, § 1º, da CRFB (BRASIL, [2019a]) prescreve que, havendo competência concorrente entre as pessoas políticas para legislar sobre determinado conjunto de relações intersubjetivas, a lei produzida pelo Poder Legislativo da União veiculará normas gerais sobre o tema. A expressão “normas gerais” é, portanto, empregada de forma plurissignificativa na linguagem da Ciência do Direito. Com efeito, se pretendermos classificar as normas jurídicas com base em sua estrutura (um dos possíveis critérios classificatórios), teremos normas jurídicas gerais, abstratas, concretas e individuais.

Todavia, esse juízo é imprestável para apartar as normas gerais das demais espécies veiculadas no ordenamento jurídico, pois qualquer uma delas poderá ser norma geral à luz da classificação estrutural apontada acima. Desse modo, a dessemelhança entre elas prevista constitucionalmente não reside nesse elemento classificatório. Daí porque usualmente se qualificam

como normas gerais as normas jurídicas que veiculam em seu conteúdo mandamentos: (i) genéricos a serem observados inexoravelmente por posteriores atos normativos que pretendam dispor, total ou parcialmente, a respeito do plexo de direitos e obrigações de sujeitos de direitos advindo das possíveis relações jurídicas que tenham por objeto certo bem juridicamente tutelado; (ii) que podem ser aplicados de maneira uniforme e indistinta nas localidades em que se verifique o surgimento de relações jurídicas decorrentes de suas disposições obrigatórias (ATALIBA, 1969); e (iii) fixadores de um padrão mínimo de conduta a ser observado por todos os entes políticos, fixando um mínimo de garantias (MELLO, 2011).

Sob essas perspectivas, gerais são as normas de produção normativa ou normas de estrutura que, adicionalmente, disciplinam o mínimo essencial do tema por elas legislado. Qualificam-se como especiais os comandos prescritivos que pretendem disciplinar o comportamento humano em vista dos padrões ditados nas normas gerais. Por isso, toda norma geral é veiculada em lei geral, mas nem toda lei geral veicula norma geral. De outro lado, pode haver norma especial veiculada em lei geral, mas não lei especial veiculada em norma geral. Com isso, conclui-se o óbvio: lei especial não veicula norma geral.

Em vista disso, somente lei geral que veicule norma geral em seu conteúdo poderá apreçoar a existência de um regime nacional de licitação e contratação (art. 22, XXVII, da CRFB). Assim, o texto constitucional obriga que o estatuto nacional das licitações e contratações públicas seja, a um só tempo, lei geral e norma geral. Por isso, mesmo as normas especiais sobre o tema têm campo e curso apenas nas esferas estadual e municipal.

Assim, como se qualifica a Lei nº 13.303/2016 quanto ao regime diferenciado de licitação e contratação das estatais? É lei especial e norma especial. É lei especial porque restringe sua aplicação apenas às empresas estatais, afastando-se a aplicação da Lei nº 8.666/1993. Logo, seu campo de incidência está restrito a um específico plexo de relações jurídicas a serem entabuladas por pessoas integrantes da Administração indireta do Estado.

Ora, a Lei nº 8.666/1993 já fixa o regime geral para as contratações de obras e serviços de engenharia, além de outros que lhes sejam correlatos. A Lei nº 13.303/2016 prevê disciplina jurídica bastante diversa, tanto para a licitação dessas relações patrimoniais quanto para o seu regime de contratação. Criou, pois, um campo especial de incidência para suas disposições.

Pode-se defender a lisura da Lei nº 13.303/2016 assinalando a existência de outros regimes de licitação e contratação à margem da Lei nº 8.666/1993: a Lei da Anatel (Lei nº 9.472/1997) (BRASIL, [2019c]) e a Lei da ANP (Lei nº 9.478/1997) (BRASIL, [2019d]). Essa disciplina jurídica foi fixada dadas as peculiaridades de certas licitações e contra-

tações públicas empreendidas em relação àquelas atividades estatais. Essas leis veiculam, pois, normas especiais. O que não se pode fazer é afastar – explícita ou implicitamente – a disciplina geral estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, a fim de dispor sobre tratamento peculiar a certas licitações e contratações das estatais.

A Lei nº 13.303/2016 pretendeu dar tratamento peculiar às licitações e contratações de todas as empresas estatais. Criou um mundo novo no tema das licitações e contratações no qual procurou reunir as licitações e contratações públicas levadas a efeito por essas pessoas. Contudo, essa disciplina não encontra espaço em nossas instituições republicanas.

Conclusões

Os serviços públicos não são qualificados como atividades econômicas e, por isso, as pessoas jurídicas que os desempenham não estão submetidas à disciplina dos arts. 170 e seguintes da CRFB. Em virtude disso, seu art. 175 está alocado em passagem que lhe é estranha, pois o regime jurídico aplicável a essa atividade é diverso do fixado na “Ordem Econômica”.

O art. 173 da CRFB admite que lei fixe um regime especial de licitação e contratação para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, faculdade não aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Assim, a Lei nº 13.303/2016 certamente é aplicável àquelas, mas não a estas. Não se sustenta a tese de que essa lei encontra fundamento de validade no art. 22, XXVII, da CRFB, pois, se assim fosse, estar-se-ia edificando um regime de licitação aplicável apenas às empresas estatais. Desse modo, a lei pretende qualificar como norma geral um objeto jurídico que, por sua circunscrição e limitação, assume feição de norma especial.

Nessa circunstância, ela não seria extensível às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, pois suas licitações e contratações são disciplinadas por norma geral (Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002) e não por norma especial (Lei nº 13.303/2016).

Sobre os autores

Maurício Zockun é doutor em Direito Administrativo e mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil;

professor de Direito Administrativo da graduação, mestrado e doutorado da PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: mzockun@pucsp.br

Carolina Zancaner Zockun é doutora e mestra em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professora de Direito Administrativo da graduação da PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; procuradora da Fazenda Nacional.

E-mail: czockun@pucsp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Estatuto das empresas estatais: as empresas estatais obrigadas a licitar e contratar segundo a Lei nº 13.303/2016. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 177-192, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p177

(APA)

Zockun, M., & Zockun, C. Z. (2020). Estatuto das empresas estatais: as empresas estatais obrigadas a licitar e contratar segundo a Lei nº 13.303/2016. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 177-192. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p177

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: PUC-SP, 2017. (Direito Administrativo e Constitucional, t. 1). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. (Coleção Estudos de Direito Tributário).

_____. Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios: limites à norma geral: Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 45-80, out./dez. 1969.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 627.242/AL*. Direito constitucional e administrativo. Companhia estadual de saneamento básico. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial. Execução pelo regime de precatórios [...]. Agravante: Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas – CASAL. Agravado: FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 2 de maio de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12940998>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 852.302/AL*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Sociedade de economia mista. Regime de precatório. Possibilidade. Prestação de serviço público próprio do Estado. Natureza não concorrencial. Precedentes [...]. Agravante: União. Agravada: Companhia de Saneamento de Alagoas – CASAL. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10361541>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 225.011/MG*. Recurso extraordinário. Constitucional. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69. Execução. Observância do regime de precatório. Aplicação do artigo 100 da Constituição Federal [...]. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Claudio Rodrigues dos Santos. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251097>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 407.099/RS*. Constitucional. Tributário. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção [...]. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Município de São Borja. Relator: Min. Carlos Velloso, 22 de junho de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261763>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 599.628/DF*. Financeiro. Sociedade de economia mista. Pagamento de valores por força de decisão

judicial. Inaplicabilidade do regime de precatório. Art. 100 da Constituição. Constitucional e processual civil. Matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida [...]. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte. Recorrida: Sondotécnica Engenharia de Solos S/A. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Joaquim Barbosa, 22 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628740>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.624/DF*. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Concessão parcial monocrática. Interpretação conforme à Constituição. Art. 29, *caput*, da Lei 13.303/2016. Venda de ações. Alienação do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias e controladas. Necessidade de prévia autorização legislativa e de licitação. Voto médio. Medida cautelar parcialmente pelo Plenário [...]. Requerente: Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – Fenace; Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – Contraf/CUT. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 6 de junho de 2019e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751504007>. Acesso em: 24 jun. 2020.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 32).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo CPC e a Lei 13.363/2016. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DORIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 34).

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 6).

GUIMARÃES, Bernardo Stobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comentários à Lei das estatais: (Lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

JARACH, Dino. *O fato imponible: teoria geral do direito tributário substantivo*. 2. ed. rev. da tradução de Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAFFINI, Rafael. Comentários: artigos 1º-27. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/16*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31-124.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 13, n. 66, p. 15-20, mar./abr. 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2. ed. atual. e rev. com as Leis n. 12.527 e 12.529. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.