



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito – FD

Rodrigo Ribeiro Bittes

**DISPENSA DE LICITAÇÃO E CONTROLE COMPARTILHADO: A
HIPÓTESE DO ART. 24, INC. XXIII, DA LEI 8.666/93.**

Brasília
2014

**DISPENSA DE LICITAÇÃO E CONTROLE COMPARTILHADO: A HIPÓTESE DO
ART. 24, INC. XXIII, DA LEI 8.666/93**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Fernando José Gonçalves Acunha

Brasília

2014

**DISPENSA DE LICITAÇÃO E CONTROLE
COMPARTILHADO: A HIPÓTESE DO ART. 24, INC. XXIII,
DA LEI 8.666/93.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Fernando José Gonçalves Acunha (Orientador)
Universidade de Brasília

Prof. Me. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Membro da Banca)
Universidade de Brasília

Prof. Me. Ricardo Barretto de Andrade (Membro da Banca)
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes (Suplente)
Universidade de Brasília

Brasília, 05 de dezembro de 2014

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93, que permite a empresas estatais a contratação direta de suas controladas. Há, no entanto, diversas formas de exercício do poder de controle permitidas pela legislação societária brasileira, dentre as quais o controle compartilhado, caracterizado pela formação de um bloco de acionistas minoritários, não detentores do poder de controle de forma isolada, e que, em conjunto, passam a controlar a sociedade atuando como um acionista majoritário. Visa-se, ao final do trabalho, concluir pela inadmissibilidade do controle compartilhado como forma de dispensar a licitação pelo art. 24, inc. XXIII, da Lei 8.666/93.

Palavras-chave: Lei de Licitações, dispensa de licitação, poder de controle, empresa controlada, controle compartilhado, controle conjunto, isonomia, interesse público.

À Neide, José Márcio, Renata, Clarissa, Hozana e
Maria de Lourdes, pelas palavras de afeto e
carinho. E ao Felipe, por tudo.

Agradeço ao professor orientador, que teve papel fundamental na redação deste trabalho, e aos professores que demonstraram comprometimento com o ensino jurídico brasileiro. Agradeço também à Jackie, Jecão, Bel, Pati e Amandinha, porque sem vocês eu acho que não teria concluído o curso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.	2
CAPÍTULO I – Interesse Público e Contratação Direta pela Administração Pública.	4
I.1 – Interesse Público e Licitação.	4
I.2 – Dispensa e Inexigibilidade de Licitação.	10
CAPÍTULO II: Administração Pública e Controle de Empresas.....	15
II.1 – Organização da Administração Pública Indireta.	15
II.2 – Sociedades Empresárias e Poder de Controle.....	24
II.2.a – Sociedades Empresárias.....	24
II.2.b – Poder de Controle.	27
CAPÍTULO III: Dispensa de licitação e controle compartilhado, a hipótese do art. 24, inc. XXIII, da Lei 8.666/93.	34
III.1 – Exercício do Poder de Controle pelas Empresas Estatais.	34
III.2 – Jurisprudência do STF.....	35
III.3 – Jurisprudência do STJ.	37
III.4 – Jurisprudência do TCU.....	38
III.4.a – Caso CEF, IBM e MGHSPE.	43
III.5 – Dispensa de Licitação e Controle Compartilhado.	47
CONCLUSÃO.	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

INTRODUÇÃO.

A Lei 8.666/93 estabelece a licitação como regra para as contratações da Administração Pública. Esse diploma legal baseia-se na disposição contida no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que enuncia a necessidade de que sejam asseguradas condições igualitárias a todos os concorrentes durante o procedimento licitatório. Almeja-se, portanto, que por meio da licitação, sejam observados o princípio da isonomia e resguardados os direitos subjetivos dos licitantes (JUSTEN FILHO, 2009, p. 376 a 378).

Por outro lado, deve-se também garantir à Administração Pública a contratação com o interessado que apresentar o melhor custo-benefício, o que requer que os critérios de seleção da melhor proposta sejam relevantes para o objeto licitado e estejam de acordo com a legislação pertinente e com as prescrições legais que regem a licitação (MEIRELLES, 2005, p. 272). Uma vez cumpridos os requisitos legais para a contratação, tem-se por satisfeito o procedimento eleito pelo legislador como o adequado para o atendimento do interesse público nas contratações feitas pela Administração.

Ocorre que, em determinadas ocasiões, pode a Administração Pública contratar diretamente determinado particular: trata-se das hipóteses de licitação dispensada, dispensável ou inexigível; exceções à regra de licitar, e que devem ser interpretadas restritivamente (NIEBUHR, 2003, 150). Uma dessas hipóteses é a do art. 24, XXIII da Lei 8.666/93, que prevê a contratação direta de sociedades que sejam controladas por empresas públicas ou sociedades de economia mista sob o regime de dispensa de licitação¹.

Para a compreensão desse caso de dispensa, faz-se necessário o estudo do poder de controle exercido pela empresa estatal: só é possível a utilização dessa hipótese de dispensa caso a empresa contratada seja controlada pela empresa contratante, na forma da legislação societária em vigor. Isso se torna complexo quando o poder de controle exercido pela estatal é compartilhado ou conjunto: essa forma de controle se verifica quando diferentes acionistas minoritários, que não detêm o poder de controle de forma individual, formam um bloco de controle, atuando como se um só acionista majoritário fossem (MUNHOZ, 2002, p. 232).

¹ Lei 8.666/93:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.”

Assim, sendo admitida a dispensa de licitação para a contratação de controlada de empresa estatal cujo poder de controle seja exercido em conjunto com agentes privados, admite-se a contratação sem licitação de empresas cuja participação societária do poder público é minoritária. Além disso, surge uma questão complexa quanto ao regime jurídico de tais empresas controladas, que, segundo Marçal Justen Filho, é idêntico ao das empresas estatais que as controlam (JUSTEN FILHO, 2009, p. 213 a 215): as primeiras estariam obrigadas a licitar, a contratar mediante concurso público e seriam beneficiadas com eventuais isenções tributárias, na mesma forma das estatais que detivessem controle sobre elas, ainda que por meio de participação acionária minoritária.

Alguns casos que versam sobre essa hipótese de dispensa de licitação já foram julgados pelo TCU, que, em fevereiro de 2013, proferiu decisão cautelar suspendendo a execução de um contrato firmado entre a Caixa Econômica Federal e sua controlada MGHSPE, sobre a qual exerce o controle em conjunto com a IBM. Diversas foram as ponderações feitas pelo tribunal, conforme se verá mais adiante.

Assim, indaga-se: uma sociedade empresária controlada de forma compartilhada por estatal integrante de um bloco de controle pode ser contratada sob o regime de dispensa de licitação? E, além disso: o controle compartilhado satisfaria a hipótese de dispensa de licitação analisada? Para responder tais questionamentos, o presente trabalho está estruturado da seguinte forma: o primeiro capítulo analisará o princípio do interesse público enquanto justificativa para a obrigatoriedade do procedimento licitatório, bem como as formas de contratação direta pela Administração Pública. No segundo capítulo serão abordadas a estrutura da Administração Pública Indireta, para que se compreenda as principais características das pessoas jurídicas envolvidas na hipótese de dispensa do inc. XXIII (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas controladas), e as formas de poder de controle previstas na legislação pátria, principalmente o controle compartilhado. Por fim, no terceiro capítulo, a partir da análise de casos do STF e do TCU, será estudada a possibilidade ou impossibilidade de o controle compartilhado servir de fundamento para a contratação direta por meio do art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93.

CAPÍTULO I – Interesse Público e Contratação Direta pela Administração Pública.

I.1 – Interesse Público e Licitação.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o sistema jurídico pátrio compõe-se de regras e princípios²; estes últimos previstos, de maneira expressa ou implícita, no próprio texto constitucional. Segundo Marçal Justen Filho, os princípios refletem valores fundamentais da Nação, enquanto que as regras correspondem a mandamentos que traduzem soluções concretas e definidas para situações determinadas. Assim, ambos possuem natureza normativa e efeito vinculante, muito embora os princípios sejam dotados de maior abstração, o que permite a sua concretização em várias alternativas distintas (JUSTEN FILHO, 2009, p. 48 a 51). Essa visão não é compartilhada por Menelick de Carvalho Netto que defende, por sua vez, que o ordenamento jurídico comporta a existência concomitante de princípios e regras porque, ao menos no paradigma do Estado Democrático de Direito, aqueles condicionam a leitura das regras, contextualizando-as e possibilitando a construção de decisões adequadas em casos de difícil solução: “os princípios, ao contrário das regras, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38 a 41). Nessa esteira de pensamento entende Fernando José Gonçalves Acunha que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica, do que decorre a rejeição da identificação de princípios enquanto valores, por serem os valores objeto de grande subjetividade e transitividade. Desse modo, os princípios se tornam incapazes de promover segurança jurídica, vez que passam a ser “argumentos, iguais a valores e visões políticas, ponderáveis” (ACUNHA, 2014, p.171).

Os princípios, portanto, integram o ordenamento jurídico e orientam a atuação tanto do intérprete quanto do legislador, na medida em que possibilitam uma aplicação das normas a partir da análise da situação concreta. Requerem assim, que sejam aplicados em conjunto com outros princípios, ainda que de sentido contrário – os princípios não comportam uma aplicação no modo do tudo ou nada, em que a aplicação de uma norma exclui, necessariamente, a aplicação de outra, modelo característico das regras. Aliás, esse tipo de aplicação pode produzir “injustiças que subvertem a crença na própria juridicidade, na Constituição e no ordenamento” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 43).

² Os artigos 4º e 37, caput, da Constituição Federal, por exemplo, enumeram alguns princípios que integram o ordenamento jurídico pátrio, nas relações internacionais mantidas pela República Federativa do Brasil e na Administração Pública, respectivamente.

No que tange ao Direito Administrativo, tem-se que, além dos princípios enumerados no art. 37, caput, da Constituição da República³, o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público norteia e fundamenta a atividade da Administração Pública. Existem diferentes acepções do referido princípio na doutrina pátria, entendido, majoritariamente, como a superioridade do interesse público sobre os interesses particulares, dada a sua tarefa de orientar a “atuação concreta a ser posta em prática pela Administração Pública e pela lei em que ela se funda” (DI PIETRO, 2012, p. 242).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro filia-se à corrente majoritária sobre o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público e sustenta que ele é basilar para o Direito Público e para o Direito Administrativo (Idem, p. 229 a 261). Isso se dá porque, por ser supremo, o interesse público detém superioridade sobre os demais interesses, e, por ser indisponível, não é passível de sacrifício ou transigência (JUSTEN FILHO, 2009, p. 56). Quanto aos processos licitatórios não é diferente: o referido princípio deve nortear a conduta da Administração Pública para que, ao fim do certame, a contratação se dê da maneira que melhor atenda ao interesse público.

Compreender a ideia de interesse público não é uma tarefa simples. Trata-se, em verdade, de um conceito jurídico de difícil delimitação e que é objeto de inúmeras discussões doutrinárias. O interesse público funciona, anda segundo a maior parte da doutrina, como parâmetro para a resolução de conflitos concretos, sendo adotado de maneira implícita e, muitas vezes, explícita, na legislação pátria, sobretudo no que diz respeito ao Direito Público. Ele se encontra presente “na base de todas as funções do Estado e não só da função administrativa” (DI PIETRO, 2012, p. 246).

No Direito Administrativo, de maneira mais específica, o interesse público influencia o legislador e vincula a Administração Pública. Aquele é influenciado porque as normas de direito público devem pautar-se sobre o princípio de que há supremacia do interesse público sobre o particular; e essa é vinculada porque a sua atuação deve estar pautada na lei, e não em interesses pessoais dos Agentes Públicos (JUSTEN FILHO, 2009, p. 56 a 60).

Nesse ponto deve ser feita uma distinção relevante entre interesse público e interesse da Administração Pública. Os dois nem sempre são coincidentes, razão que justifica a indisponibilidade do interesse público: a Administração Pública não detém a sua titularidade, ela é apenas a sua guardiã e, como tal, deve trabalhar para a sua realização sem dele dispor livremente. Assim é que se diz haver desvio de finalidade do ato administrativo quando há

³ A CF, em seu art. 37, *caput*, enuncia: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

inobservância do interesse público. Quando não atendida a finalidade do ato administrativo, isto é, quando configurado desvio de finalidade, cabe ao Poder Executivo (por meio do exercício do seu poder de autotutela) ou ao Poder Judiciário anular tais atos, por incompatíveis com a principiologia adotada pela Carta Magna de 1988.

Assim, os atos da Administração Pública estão sujeitos tanto ao controle interno, que permite à Administração a anulação ou revogação de seus atos (art. 53 da Lei 9.784/99⁴ e súmula 473 do STF), quanto ao controle externo, exercido por órgãos alheios ao Poder Executivo. Atualmente, a jurisprudência pátria tem apreciado os motivos e os fins do ato administrativo “como elementos integrantes da legalidade” (ZYMLER, 2006, p. 261 a 263). Nesse sentido, têm os tribunais superiores proferido decisões que analisam a existência de desvio de finalidade do ato administrativo a partir do não atendimento do interesse público (STJ: RMS 26965/RS, REsp 1192332/RS, RMS 25512/RR, REsp 866651/SP e STF: MS 24020/DF⁵ e MS 26795 AgR/DF, por exemplo).

Uma visão diversa quanto à supremacia do interesse público sobre os particulares é apresentada por Marçal Justen Filho, que ressalta pontos de fragilidade na concepção tradicional do interesse público, dentre eles, a sua utilização para justificar práticas incompatíveis com a ordem constitucional democrática, e a existência de direitos fundamentais, que estão situados antes e acima do interesse público – há, em verdade, impossibilidade de se sacrificar um direito subjetivo atribuído a um particular por conta do interesse público, a não ser em hipóteses previamente determinadas em lei (JUSTEN FILHO, 2009, p. 66).

Dada a dificuldade de determinação desse princípio, ainda segundo esse autor, surge certa margem para arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais, o que gera maior dificuldade para o controle ou desfazimento de atos defeituosos. Nesse sentido, a grande indeterminação do conceito de interesse público requer que se utilize uma conceituação negativa, que o diferencia do interesse do Estado. O interesse público é atribuído

⁴ Lei 9.784/99:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

⁵ Segue a ementa desse acórdão, a título exemplificativo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE DIÁRIAS DE VIAGEM. CONAB. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO SERVIÇO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Constatação, pelo Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência constitucional, de relevante prejuízo ao erário público, em face do desvio de finalidade na concessão de passagens e diárias a ex-diretores da CONAB, em benefício pessoal desses agentes e em prejuízo do interesse público. Inexistência, nos autos, de documentos que comprovem a necessidade e a justificativa das viagens, usualmente semanais, que incluíam a cidade de origem do agravante. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade do mandado de segurança. Agravo regimental desprovido. (MS 26795 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 19-04-2012 PUBLIC 20-04-2012)

ao Estado não por derivar dele, mas sim porque somente ao Estado é possível assegurar a sua concretização – aos particulares há verdadeira inviabilidade de realização de tais interesses, para a sua realização segundo o regime de direito privado. O Estado é, portanto, instrumento para a realização de interesses públicos.

Além disso, frisa-se a proteção especial dada pelo ordenamento jurídico pátrio aos direitos subjetivos individuais em face de interesses contrastantes, ainda que públicos:

“Uma conquista jurídica do século XX foi o reconhecimento de que todas as posições jurídicas são delimitadas e ordenadas de acordo com os direitos fundamentais. (...) Como decorrência, não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida em favor de algum titular de posição jurídica. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica absolutamente privilegiada em face de outrem. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 119)

Assim, um direito subjetivo reconhecido a um particular não pode ser eliminado, pura e simplesmente, pela existência do interesse público. Segundo o autor, um interesse não pode prevalecer sobre um direito subjetivo porque recai sobre o segundo uma proteção intensa para uma determinada situação jurídica. Em outras palavras, a garantia constitucional ao direito subjetivo é oponível não apenas à lei, mas também aos atos administrativos. Nesse sentido, não se pode falar em prevalência absoluta do interesse público nem quando ele colidir com *interesses* (e não direitos subjetivos, alvos de maior proteção) privados: permanecerá aquele que estiver em maior conformidade com a ordem jurídica constitucional democrática.

Há, ainda, necessária relação entre os interesses públicos de titularidade do Estado e os direitos fundamentais. O Estado só pode ser titular de interesses públicos se essa relação estiver presente; caso contrário haverá perigosa separação entre a dimensão individual e o interesse público que, segundo o autor, “contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supraindividuais, de natureza totalitária” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 126). Assim já decidiu o STF, ao reconhecer a prevalência do direito fundamental à dignidade individual em contraposição ao interesse público orçamentário, obrigando o Estado a custear o pagamento de tratamento de saúde a vítima de violência, decorrente da omissão estatal (STA 223 AgR/PE – STF).

Outra crítica relevante assinalada é a da inexistência de um único interesse público. Existem, ao contrário, vários interesses públicos dotados de indisponibilidade e que colidem muitas vezes entre si. À Administração Pública caberá, em todo caso, a composição de interesses, de modo a zelar pela promoção dos direitos fundamentais que recebem tutela específica e que se configuram como alicerce de todo o ordenamento jurídico.

Quanto à Lei de licitações, nº 8.666/93, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público deverá dialogar, portanto, com a garantia dos direitos fundamentais e com a preservação da ordem democrática. Dessa forma, tanto o procedimento licitatório quanto o contrato celebrado ao final visam o atendimento do interesse público – qual seja, o de se contratar o licitante que forneça a melhor relação custo-benefício para a Administração Pública – mas precisam, ao mesmo tempo, observar os princípios da isonomia e da impessoalidade, de forma a resguardar os direitos subjetivos dos particulares. Esses dois princípios se traduzem na vedação à discriminação arbitrária e na proibição de distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, respectivamente (JUSTEN FILHO, 2009, p. 376 a 378). Destarte, os critérios de seleção da Administração Pública devem ser relevantes para o objeto licitado e devem estar de acordo com a legislação pertinente e com as prescrições legais que regem a licitação. O desatendimento destes princípios gera irregularidades no certame licitatório e pode acarretar a sua anulação pelo Judiciário (MEIRELLES, 2005, p. 272).

Assim, em linhas gerais, a licitação tem como finalidade alcançar a contratação da proposta mais vantajosa, de forma a atender o interesse público, obrigando o particular a fornecer a melhor e mais completa prestação, observado o princípio da isonomia. Nesse sentido, a obrigatoriedade de licitação deve ser mecanismo hábil à preservação de direitos fundamentais, por ter de traduzir o princípio isonômico, inscrito no caput do art. 5º da Constituição Federal, que enuncia a igualdade de todos perante a lei. O procedimento licitatório, portanto, para que seja lícito e para que satisfaça o interesse público, deve assegurar igualdade de condições entre os licitantes, que compreende, além da já mencionada vedação à discriminação arbitrária, a impossibilidade de serem feitas exigências para a habilitação dos licitantes que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (NIEBUHR, 2003, p. 140).

Deste modo, assim como afirma Joel de Menezes Niebuhr, não só a obrigatoriedade de licitação contém estreita relação com os direitos subjetivos fundamentais, atribuindo-lhes efetividade, como também, por traduzir-se na concreção do princípio da isonomia, caracteriza-se como um direito fundamental em si (Idem, p. 126).

À obrigatoriedade de licitação existem, contudo, exceções:

“A Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos por lei (JUSTEN FILHO, 2008, p. 281).”

Ainda que existam hipóteses de contratação direta pela Administração Pública, permanecem vigentes as vinculações aos princípios acima indicados. É o que se passa a expor.

I.2 – Dispensa e Inexigibilidade de Licitação.

As hipóteses de contratação direta pela Administração Pública estão previstas na lei 8.666/93, em seus artigos 17, 24 e 25, que definem os casos de licitação dispensada, dispensável e inexigível, respectivamente. Embora parte da doutrina entenda não haver diferença real entre os conceitos de licitação dispensada e dispensável (JUSTEN FILHO, 2008, p. 427), Lucas Rocha Furtado apresenta pontos de divergência entre os dois conceitos, que precisam ser apreendidos para a correta percepção do tema (FURTADO, 2012, p. 350).

Primeiramente, a licitação dispensada, prevista no art. 17, incisos I e II⁶ da lei 8.666/93, é cabível nas ocasiões em que não há qualquer espaço para a discricionariedade do administrador para a realização da licitação. A sua não realização é imperativa, haja vista a vinculação existente entre o objeto do contrato, o qual sempre será a alienação de bens da Administração Pública, com o adquirente do bem. Isso significa que a própria lei já define a pessoa com quem o contrato será celebrado, eliminando qualquer possibilidade de escolha de outro interessado, que poderia advir de um processo licitatório.

Já no caso da licitação dispensável, a razão para que a contratação se dê de maneira direta é outra: embora possível o certame licitatório, vez que viável a competição entre particulares, a licitação apresenta-se prejudicial ao interesse público. Trata-se de situações que apresentam uma relação de custo-benefício desvantajosa para a Administração Pública, de forma que, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostra-se mais conveniente e oportuna a contratação direta (JUSTEN FILHO, 2008, p. 435). Eis a principal diferença entre os institutos da licitação dispensada e dispensável, portanto: enquanto que naquela não há qualquer margem para a discricionariedade do administrador público para a realização do certame, nesta, a decisão pela dispensa dependerá justamente de uma análise discricionária acerca da razoabilidade entre licitar ou não.

Nesse quesito, cumpre ressaltar que a dispensa de licitação só pode ocorrer quando houver efetivo prejuízo significativo ao interesse público, que não possa ser razoavelmente suportado. Todo procedimento licitatório acarreta prejuízos, como a demora na contratação ou os gastos que dele decorrem (NIEBUHR, 2003, p. 136 a 147). Para que haja dispensa,

⁶ Lei 8.666/93:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, **dispensada** esta nos seguintes casos:

(...)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, **dispensada** esta nos seguintes casos:

(...)

portanto, deve haver um gravame suficiente para que se permita um certo desprestígio do princípio da isonomia para a consecução de outros legítimos interesses públicos também protegidos pelo ordenamento pátrio, como a segurança nacional ou uma situação calamitosa (ZYMLER, 2006, p. 121). Isso decorre de uma interpretação restritiva das hipóteses de dispensa, vez que, de acordo com o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, a regra é que a licitação seja feita sempre que possível: “o administrador não está livre para decidir quando vai ou não dispensar a licitação” (NIEBUHR, 2003, p. 153). Dessa forma, a dispensa de licitação só é lícita se a hipótese contemplada estiver prevista em lei, pois há presunção legal de que as contratações diretas elencadas no art. 24 trarão maior proveito para a Administração. Não há que se falar em outros casos de dispensa se não aqueles previstos de maneira expressa na legislação.

Assim é que o STJ denegou pedido de habeas corpus impetrado por réu preso por ter dispensado a licitação fora das hipóteses legais. Sustentou o tribunal que, mesmo diante da aprovação das contas do réu pelo Tribunal de Contas competente, e mesmo diante da alegação de ausência de recebimento de vantagem indevida pelo acusado, permanecia a ilegalidade do crime de fraude à licitação, previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 (HC 218663/RJ).

Há, em suma, quatro categorias que englobam as hipóteses de dispensa: ela pode se dar em razão do valor – nos casos em o pequeno valor do contrato não justifique a realização da licitação, dada a sua pouca economicidade (art. 24, I e II) –, em razão de situações excepcionais – casos de emergência, calamidade pública, guerra ou grave perturbação da ordem, etc. (art. 24, III, IV, VI, IX, XIV, XVIII) –, em razão do objeto (art. 24, X, XII, XV, XVII, XIX e XXX) e em razão da pessoa (art. 24, VIII, XIII, XX, XVI, XXII e XXIII) (FURTADO, 2012, p. 353)⁷. A hipótese analisada neste trabalho, qual seja, a de *contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas*, enquadra-se neste último caso.

A inexigibilidade, por sua vez, caracteriza-se pela inviabilidade de ser realizada a licitação pública, por ser impossível “a disputa entre os particulares, dada a natureza das coisas, enquanto que a dispensa é produto da vontade legislativa” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 426). Disso se depreende que as hipóteses de inexigibilidade previstas em lei constituem um rol meramente exemplificativo, vez que a licitação será inexigível sempre que a concorrência entre os interessados se mostrar inviável, enquanto que a dispensa, ao contrário, resulta da vontade legislativa. Os casos de inexigibilidade previstos em lei são, em suma, os seguintes:

⁷ Utilizou-se a classificação de Lucas Rocha Furtado. Existem, no entanto, outras classificações das hipóteses de dispensa na doutrina.

existência de fornecedor único; ausência de mercado concorrencial, dada a alta especialização dos serviços de determinado setor; e a natureza personalíssima da prestação, que impossibilita o julgamento objetivo (Idem, p. 428).

Marçal Justen Filho considera, contudo, que algumas hipóteses de dispensa são, na verdade, inexigibilidade de licitação. É o que ocorre com os incisos X, XV, XVII, XIX e XXII⁸: nestes casos, segundo o autor, a dispensa se dá em razão da inviabilidade de competição, o que as assemelha mais com os casos de inexigibilidade do que com os de dispensa, em que, apesar de ser possível a competição, há consideráveis prejuízos para a Administração Pública que justificam a contratação sem licitação (JUSTEN FILHO, 2009, p. 437).

Em todo caso, como dito anteriormente, mesmo na contratação direta é ilícita a existência de arbitrariedades ou subjetividades que ocasionem discriminações divorciadas da razoabilidade. Os agentes administrativos, diante de qualquer tipo de contratação direta, devem pautar-se no princípio da legalidade, que lhes determina agir estritamente dentro da competência que lhes fora atribuída (NIEBUHR, 2003, p. 100). Assim, devem ser observados, de maneira obrigatória, os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa, e, além disso, ainda que de forma menos rigorosa, também a isonomia. A ausência de licitação não equivale a contratação informal (JUSTEN FILHO, 2009, p. 281).

Por isso, a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, com o objetivo de fornecer a melhor escolha de contratação para a Administração Pública, de forma a comprovar os requisitos para a hipótese de dispensa ou inexigibilidade, bem como observar a isonomia. Marçal Justen Filho afirma, inclusive, que a contratação direta é uma forma extremamente anômala de licitação (Idem, p. 282). Nesse sentido já se pronunciou o TCU:

“O processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 222 da Lei 8666/93 – realiza pesquisa

⁸ Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (...)

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade. (...)

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (...)

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (...)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (...).

de preços no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta” (acórdão n. 100/2003 TCU).

Em consequência, mesmo nas contratações mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação deve haver um procedimento administrativo prévio a fim de que se evite o desvio de finalidade. A própria lei 8.666/93 se incumbem de indicar como se dará o referido procedimento.

Em primeiro lugar, deve-se definir o bem ou serviço almejado, a fim de que a Administração tenha exata ciência de como será feita a contratação, se mediante procedimento licitatório comum, ou não. Depois de definido o objeto do contrato, e sendo o caso de contratação direta, faz-se obrigatória a motivação do ato de dispensa ou inexigibilidade, o qual deverá indicar o suporte legal e a situação fática que justificam a ausência de licitação, conforme prevê o caput do art. 26 da Lei 8.666/93⁹. Trata-se do princípio da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos.

A obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos é, contudo, objeto de controvérsia. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, não existe a referida obrigatoriedade, vez que tal exigência não consta expressamente no texto constitucional. Alega, ainda, que quando o art. 93, X, da Constituição Federal determina a motivação das decisões administrativas, não estão abrangidos os atos administrativos propriamente ditos, mas somente os atos decisórios, tomados em processos administrativos. Ademais, sustenta que o mencionado dispositivo constitucional está contido no capítulo da Constituição reservado ao Poder Judiciário, o que restringiria a exigência de motivação aos atos do Poder Judiciário (CARVALHO FILHO, 2005, p. 98).

Tal posicionamento não encontra respaldo na jurisprudência pátria dominante. Vários são os julgados que reconhecem a ilegalidade de atos administrativos não motivados, ainda que estes não tenham sido proferidos no bojo de processos administrativos. Em recente decisão do Ministro Gilmar Mendes no ARE 740670 AgR/DF, decidiu o STF pela ilegalidade de ato não motivado que preteriu os melhores colocados em concurso público na escolha de vagas para a lotação dos novos servidores. Dentre as várias outras decisões que também exigem a motivação dos atos administrativos, podem ser citadas como exemplos: STF – RMS

⁹ Lei 8.666/93, art. 26, *caput*: As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

19601/SE; STJ – REsp 1345348/CE, REsp 1457255/PR e TCU – acórdãos 1054/2014, 8488/2013 e decisão 745/2002¹⁰.

Depois da definição do bem ou serviço almejado e da motivação do ato de dispensa ou inexigibilidade, há a realização de pesquisa de mercado, que, embora exista para atender o princípio da isonomia, não contém o mesmo rigor de um procedimento licitatório em si. Trata-se de pesquisa mais simplificada, que não se torna ilícita caso não trate todos os interessados com igualdade (NIEBUHR, 2003, p. 73). Ainda que assim seja, é imperativo que haja motivação da escolha do contratante, de acordo com o disposto no art. 26, inciso II, da Lei 8.666/93. É que, mesmo diante de um agravo à isonomia, não pode haver discriminações desproporcionais entre os interessados. O preço do contrato também deve ser justificado, sob pena de responsabilização em caso de superfaturamento (Lei 8.666/93, art. 25, §2º). Nesse sentido, EDcl no AgRg no Ag 1087718/RS – STJ e Inq 2606/MT – STF.

Por fim, são medidas necessárias, ainda, a lavratura de parecer da consultoria jurídica que ateste pela regularidade do procedimento (Lei 8.666/93, art. 38, VI), bem como a comunicação à autoridade superior no prazo de três dias, para a sua ratificação e publicação oficial no prazo de cinco dias. As hipóteses de contratação direta também são abrangidas pelo princípio da publicidade, que, por disposição legal expressa, é condição de eficácia de tais atos (Lei 8.666/93, art. 26, caput).

Dessa forma, é forçoso reconhecer que muito embora em comparação ao procedimento licitatório comum as hipóteses de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação sejam dotadas de menor formalismo e de maior discricionariedade da Administração Pública, devem ser respeitados os limites previstos em lei, que prestam homenagem aos princípios norteadores da atividade administrativa. Nesse sentido, é de suma importância que estejam claras as condições em que serão feitos os contratos administrativos que não requerem licitação, sob pena de desvio de finalidade do ato. Por isso, e tendo em vista que as formas de dispensa e inexigibilidade configuram situações excepcionais, passa-se à análise minuciosa do caso previsto no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93, tema do presente trabalho.

¹⁰ Decisão 745/2002, Plenário, TCU: “Nas contratações por inexigibilidade, deve constar nos processos a razão da escolha do fornecedor ou executante, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei de Licitações, atentando para o fato de que a simples declaração de que há inviabilidade de competição, sem indicar as razões dessa situação, é insuficiente para amparar tais contratações.”

CAPÍTULO II: Administração Pública e Controle de Empresas

O art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93 prevê a dispensa de licitação na seguinte hipótese:

Art. 24: É dispensável a licitação:

(...)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Para que se compreenda a que se destina essa previsão legal, são necessárias noções claras e precisas acerca da estrutura da Administração Pública, mormente a Administração Pública Indireta, bem como do que se entende por controle societário e por entidades controladas e subsidiárias. É o que se passa a expor.

II.1 – Organização da Administração Pública Indireta.

Em linhas gerais, e de acordo com uma concepção subjetiva, a Administração Pública compreende todo o aparato estatal que desempenhe a atividade administrativa. Trata-se de estrutura bastante complexa, da qual fazem parte diversos entes e organizações titulares da função administrativa. A partir da separação dos poderes, consagrada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º, tem-se que os três poderes – Legislativo, Judiciário e Executivo – desempenham funções típicas de Estado – legislativa, judicial e administrativa, respectivamente – não há, no entanto, no direito brasileiro, uma exata correspondência entre poderes e funções: apesar de a função administrativa ser desempenhada precipuamente pelo poder Executivo, por exemplo, há atividades administrativas, como a organização interna ou o poder de autotutela, presentes em todos os poderes. A Administração Pública é, assim, “sujeito personificado ou não personificado, integrante da estrutura estatal, exercente de função administrativa”, independentemente do Poder a que pertença (JUSTEN FILHO, 2009, p. 165).

Desse modo, surgem entes políticos titulares de funções administrativas diferenciadas, que, por força de determinação constitucional, integram a República Federativa do Brasil: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, CF). Essa é a composição da Administração Pública Direta, composta de pessoas jurídicas de direito público interno, que se caracterizam pela titularidade de poderes atribuídos diretamente pela Constituição, e que

não podem ser suprimidas por legislação infraconstitucional¹¹. Às pessoas integrantes da Administração Pública Direta, Lucas Rocha Furtado denomina “entidades políticas ou primárias” por receberem atribuições políticas oriundas da Constituição, sobretudo as de legislar e de tributar (FURTADO, 2012, p. 127).

A Administração Pública Indireta, por sua vez, surge da necessidade de dissociação de competências, com vistas a maximizar a eficiência. A partir da modernização da atividade administrativa, e da necessidade de uma atuação estatal multifacetada, em que se fazem presentes os serviços prestacionais, regulatórios e de intervenção econômica, por exemplo, os entes políticos integrantes da Administração Direta, por si sós, não são capazes de executar todas as competências que lhes são atribuídas. Ocorrem, assim, dois fenômenos de fracionamento de competências: a desconcentração e a descentralização (Idem, p. 121).

A desconcentração ocasiona a multiplicação de órgãos no âmbito de uma mesma pessoa jurídica. O órgão público não será titular direto e imediato de direitos e obrigações, ele não é sujeito de direito e nem se caracteriza como uma pessoa. É, na verdade, parte integrante da pessoa jurídica à qual pertence, que será a titular de direitos e obrigações. Ao órgão cumpre a tarefa de formar e exteriorizar a vontade de determinada pessoa jurídica, sem que lhe seja lícito demandar em seu próprio nome. Quanto a esse último ponto existem exceções:

“[A] despeito de não terem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por *mandado de segurança*.” (MEIRELLES, 2005, p. 69).

Quanto à conceituação dos órgãos administrativos, Diógenes Gasparini ressalta a existência de três teorias distintas: a subjetiva, a objetiva e a mista. Segundo a teoria subjetiva, os órgãos são os agentes públicos que, no exercício de suas atribuições, exteriorizam a vontade do Estado. A teoria objetiva, por sua vez, entende que os órgãos são o complexo de funções ou competências exercidas por uma determinada unidade estatal. A mista, por fim, denota que os órgãos resultam da composição dos dois elementos: agente público e complexo de atribuições (GASPARINI, 2012, p. 100). De qualquer forma, para os fins deste trabalho, é suficiente que se saiba que os órgãos resultam de um processo de desconcentração administrativa e que não são pessoas jurídicas distintas ou autônomas daquela da qual integram.

Já a descentralização resulta na criação de uma pessoa jurídica dotada de competências próprias, titular de direitos e obrigações, que pode ser demandada em juízo. Traduz-se em um “processo de distribuição de competências materiais entre unidades administrativas dotadas

¹¹ Apesar de ser possível a criação e extinção de Estados e Municípios, não é possível abolir a forma Federativa de Estado, que compreende a existência de uma pluralidade de Estados e Municípios, além da União Federal, art. 60, §4º, I, CF.

de personalidades jurídicas distintas” (FURTADO, 2012, p. 128), que pode ocorrer de forma vertical – quando as atribuições são distribuídas a partir da Constituição Federal entre as entidades da Administração Pública Direta – ou horizontal – quando dela resulta a criação de entidades autárquicas, fundacionais ou de empresas estatais, por exemplo (Idem, p. 129). Tais entidades resultantes da descentralização horizontal integram a Administração Pública Indireta e estão genericamente disciplinadas pelo Decreto-Lei 200/67, que, em seu artigo 4º, II, prevê quatro categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Embora seja esse o diploma legal que sistematiza a Administração Pública Indireta, é importante observar que, como se verá a seguir, parte da estrutura da Administração Pública não está nele contida.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público interno criadas por lei específica que desempenham atividades inerentes à atuação estatal. São titulares de direitos, obrigações, prerrogativas e responsabilidades próprias e, de acordo com Diógenes Gasparini, detêm a titularidade dos serviços públicos que executam (GASPARINI, 2012, p. 373). Isso significa que se tratam de entidades dotadas de certa autonomia, por não estarem subordinadas hierarquicamente à Administração Pública que as criou, embora estejam sujeitas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes (MEIRELLES, 2005, p. 66). Podem desempenhar quaisquer atividades outorgadas por lei, tais como, serviços educacionais, previdenciários ou fiscalizatórios, permanecendo vinculadas e sujeitas à supervisão de Ministério que detenha competência para tanto. Por fim, sujeitam-se a normas de direito público, como a impenhorabilidade de seus bens, o pagamento de suas dívidas por meio de precatório, a cobrança de seus créditos por meio de execução fiscal, etc. (FURTADO, 2012, p. 149).

As fundações, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito público ou privado¹², constituídas a partir da atribuição de autonomia jurídica a um conjunto de bens vinculados à realização de fins determinados de interesse coletivo e destituídos de cunho econômico. Apesar de o Decreto-Lei nº 200/67 conferir apenas personalidade jurídica de direito privado às fundações públicas, o STF, ao julgar o RE nº 101.126-RJ em 1984, conferiu natureza autárquica às fundações que executam serviços públicos, por conta das disposições constitucionais aplicáveis aos dois tipos de entidades administrativas. Surgiu, então, a possibilidade de existirem fundações públicas de direito privado ou de direito público. Ocorre

¹² Não há consenso na doutrina sobre a natureza jurídica das fundações: parte entende que só podem existir fundações de direito privado (Hely Lopes Meirelles, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho); e parte entende que podem existir fundações tanto de direito privado quanto de direito público (Miguel Reale, Maria Sylvia Zanella Di Pietro). (GASPARINI, 2012, p. 385).

que a emenda 19/98 distinguiu o processo de criação das duas entidades, ao determinar que as fundações públicas seriam instituídas a partir de autorização legislativa, da mesma forma que as sociedades de economia mista e empresas públicas, ambas pessoas jurídicas de direito privado, enquanto que as autarquias seriam criadas por lei. Assim, fundações públicas de direito público seriam assemelhadas às autarquias (Idem, p. 162). O que as diferencia é o grau de essencialidade das necessidades a serem atendidas; as atividades desempenhadas pelas fundações não requerem a atuação de uma pessoa de direito público, já que o seu atendimento se faz de modo difuso (JUSTEN FILHO, 2009, p. 217).

Outras figuras assemelhadas às autarquias e fundações públicas de direito público são as agências executivas e reguladoras, sobre as quais nos basta, para os fins do presente trabalho, ter ciência de que as agências executivas são autarquias ou fundações que, por conta de seus atributos, recebem a qualificação por decreto de agência executiva, o que lhes conferirá determinados privilégios, previstos em parte no art. 2º do Decreto 2.488/98; enquanto que as agências reguladoras são autarquias criadas por lei, em regime especial, detentoras de poderes de fiscalização, controle e regulamentação de determinado setor de mercado.

Segundo Marçal Justen Filho, fazem parte da Administração Pública Indireta também os consórcios públicos, entidades resultantes não do processo de descentralização de competências descrito anteriormente, mas da conjugação de recursos de diferentes entes federativos para a realização de atividades de comum interesse: são entidades associativas que podem ter personalidade de direito público ou privado e cujo fim é a cooperação federativa (JUSTEN FILHO, 2009, p. 190).

Por fim, nos deparamos com as empresas públicas e sociedades de economia mista, que, embora possuam diferenças importantes entre si – analisadas adiante – serão chamadas genericamente, a princípio, de empresas estatais¹³, vez que a hipótese de dispensa de licitação estudada abrange ambos os tipos de entidades.

As empresas estatais são, portanto, pessoas jurídicas de direito privado, criadas a partir de autorização legal e vinculadas aos fins que a lei determina. Sujeitam-se ao controle estatal e podem ter como objeto social a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público, o que pode trazer reflexos diretos no seu regime jurídico. De maneira geral, o regime jurídico das empresas estatais é de direito privado mas há sempre um mínimo de direito público que lhes é inafastável por conta de sua natureza estatal – o que possibilita o

¹³ Adotou-se a classificação de Lucas Rocha Furtado que coloca as empresas públicas e sociedades de economia mista como espécies de um mesmo gênero chamado empresas estatais.

questionamento dos atos de seu dirigente por meio de mandado de segurança¹⁴. Isso significa que, por integrarem a Administração Pública Indireta, permanecem vinculadas ao disposto no art. 37, CF, que determina a observância dos princípios da impessoalidade, legalidade, eficiência, etc.; além de estarem obrigadas a contratar mediante concurso público (art. 37, II, CF); de serem fiscalizadas pelo Congresso Nacional (art. 49, X, CF); e de sujeitarem-se à Lei Orçamentária Anual (art. 165, §5º, CF), por exemplo (FURTADO, 2012, p. 165 - 170).

A incidência de outras prerrogativas de direito público, no entanto, dependerá de previsão expressa em lei e será concedida, segundo Lucas Rocha Furtado, somente se a atividade for desempenhada sem que haja concorrência com particulares. Assim, ainda que a empresa estatal explore atividade empresarial, será possível a concessão de prerrogativas de direito público, desde que não haja competição com o setor privado.

“Caso uma empresa estatal explore atividade sem que haja qualquer outra empresa privada atuando em regime de concorrência, é possível que lei lhe assegure prerrogativas de Direito Público além daquelas expressamente previstas na Constituição Federal. Todavia, se a empresa estatal explora atividade em regime de concorrência com empresas privadas, em que elas disputam clientela ou mercado, a aplicação do disposto no art. 173 do texto constitucional impede a concessão de prerrogativas públicas, ressalvadas as que tenham sido previstas no próprio texto da Constituição.” (FURTADO, 2012, p. 172).

Uma visão distinta é apresentada por Marçal Justen Filho que entende que nos casos em que a empresa estatal desempenha atividades econômicas há maior sujeição ao regime de direito privado, enquanto que nos casos em que elas se destinam à prestação de serviços públicos, o regime de direito público prevalece. Isso se justifica porque os artigos 173 e 175 da Constituição Federal diferenciam as atividades econômicas propriamente ditas dos serviços públicos: estes últimos são de titularidade do Estado e não podem ser desempenhados sob regime de direito privado, enquanto que as atividades econômicas, ainda que exercidas excepcionalmente pelo Estado, subordinar-se-ão ao regime próprio das empresas privadas (JUSTEN FILHO, 2009, p. 202).

Dessa conceituação surge, no entanto, uma problemática: qual seria o regime jurídico aplicável às empresas estatais que exercem tanto atividades econômicas quanto serviços públicos? Não há, ainda, uma orientação jurisprudencial ou legal clara e unificada, mas o

¹⁴ Assim decidiu o STJ: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR PRATICADO POR DIRETOR DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (BANRISUL). LICITAÇÃO. CABIMENTO. 1. Consoante a doutrina clássica e a jurisprudência dominante, o conceito de autoridade coatora deve ser interpretado da forma mais abrangente possível. 2. Sob esse ângulo, a decisão proferida em processo de licitação em que figure sociedade de economia mista é ato de autoridade coatora, alvo de impugnação via Mandado de Segurança, nos moldes do § 1.º, do art. 1.º da Lei 1.533/51. Precedente: REsp 598.534/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.09.2005.3. É cediço na Corte que o “**dirigente de sociedade de economia está legitimado para ser demandado em mandado de segurança impetrado contra ato decisório em licitação**”. (REsp 122.762/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 12.09.2005) (...) 5. Recurso Especial provido. (REsp 683.668/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 25/05/2006, p. 161).” Grifou-se.

STF, ao decidir o RE 229.696¹⁵, entendeu pela impenhorabilidade dos bens da ECT, decorrente da sua subordinação ao regime de direito público, ainda que essa empresa desempenhasse, também, atividades econômicas. Utilizou-se, no caso, como argumento, a aplicação de prerrogativas de direito público por conta da natureza pública das atividades postais e a indivisibilidade do regime jurídico de uma única entidade (Idem, p. 204).

Por outro lado, as empresas estatais se submetem à aplicação de várias regras próprias do direito privado, e, de maneira geral, não realizarão o pagamento de seus credores por meio de precatórios, conforme art. 100, CF, vez que seus bens são penhoráveis. A penhorabilidade terá limites, contudo, se puser em risco a continuidade da prestação de serviço público essencial. (FURTADO, 2012, p. 169). Além disso, conforme súmulas 517 e 556 do STF e 42 do STJ, tais empresas não titularizam prerrogativas processuais especiais, e, via de regra, não dispõem de competência para constituir unilateralmente títulos executivos (JUSTEN FILHO, 2009, p. 207).

Quanto à falência, o art. 2º da lei 11.101/2005 exclui expressamente as estatais do âmbito de aplicação desse instituto, ao que Celso Antônio Bandeira de Mello reputa ser inconstitucional, pois, segundo o autor, a falência é obrigação mercantil, e não seria possível à lei impedir a decretação de falência de empresa estatal exploradora de atividade empresarial (BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 191). No mesmo sentido se posiciona Hely Lopes Meirelles, por entender que, não obstante a redação do dispositivo acima mencionado, as empresas estatais permanecem sujeitas ao “regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos *direitos e obrigações civis e comerciais*”, vez que tal é o que dispõe o art. 173, §1º, II, da CF (MEIRELLES, 2005, p. 360).

Tal posicionamento não deve prevalecer.

Conforme apontado anteriormente, as empresas estatais, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado que se sujeitam em muitos aspectos às normas próprias do Direito Civil e Societário, detêm um mínimo de direito público ainda que se destinem ao desempenho

¹⁵ EMENTA: 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. 1. 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. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 229696, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Primeira Turma, julgado em 16/11/2000, DJ 19-12-2002 PP-00073 EMENT VOL-02096-05 PP-01043). No mesmo sentido: RE 220.906-STF.

de atividades tipicamente empresariais. Isso se dá porque o desempenho de tais atividades não pode ser pautado para a simples obtenção de lucro pelo Estado, mas sim em virtude de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CF). Assim, tais circunstâncias não podem ser desprivilegiadas para a satisfação de determinado crédito: o adimplemento de credores deve ser feito mediante a responsabilização subsidiária da entidade política a que se vincule a empresa estatal (FURTADO, 2012, p. 179). A extinção ou dissolução de empresa estatal, à semelhança de sua criação – que é autorizada por lei específica e só se completa depois do cumprimento das formalidades de direito privado, de acordo com a forma societária – só pode ser admitida também por lei (JUSTEN FILHO, 2009, p. 208).

Nesse sentido entendeu o STJ no julgamento do REsp 729.779/RJ, em que restou reconhecida a possibilidade de decretação de falência de subsidiárias de economia mista, embora estivesse excluída a entidade controladora do regime falimentar:

“Falência. Subsidiária integral de sociedade de economia mista. Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Art. 242 da Lei nº 6.404/76. 1. A subsidiária integral de sociedade de economia mista está sujeita ao regime falimentar, que só excluiu as sociedades de economia controladoras criadas por lei. 2. A realização do depósito elisivo não significa o reconhecimento da legitimidade do título, não se aplicando o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil quando necessária a apuração das razões da empresa ré que postula a impugnação dos títulos e dos valores e requer a produção de prova para sustentar o seu direito. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 729.779/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 22/05/2006, p. 197)

No que tange às licitações, é cediço que as empresas estatais estão submetidas ao disposto na lei 8.666/93, já que a legislação especial que deveria regular a matéria, prevista no art. 173, §1º, III da CF, nunca foi editada. (NIEBUHR, 2003, p. 51). Ainda que assim seja, é relevante a distinção entre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos e aquelas exploradoras de atividade econômica pois, quanto a estas últimas, o TCU reconheceu nos Acórdãos 121/98¹⁶ e 624/2003 como não obrigatória a realização de certame licitatório para

¹⁶ Segue trecho do referido Acórdão, disponível no site do TCU: “Considerando que a exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original), e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional; Considerando que o Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), ao dispor que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos na Constituição, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, estabelece também que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias; Considerando que as empresas estatais, notadamente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas n.º 6.404/76 (...) Considerando que o Artigo 37 da CF/88 estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção, quando lido isoladamente; Considerando que nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida, e que o universo normativo não é um conjunto desordenado de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes; Considerando ainda que,

contratos relacionados com a atividade-fim de tais entidades, caracterizados como “operações de mercado”. Em decorrência disso, tem-se que há obrigatoriedade de licitação pública para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica no que tange aos meios para aportar às suas finalidades, quanto às estatais prestadoras de serviços públicos, a obrigatoriedade de licitação não comporta a exceção apresentada (Idem, p. 55). De qualquer modo, ainda que não estejam obrigadas a licitarem nesses casos, as contratações de operações de mercado dessas empresas devem ser motivadas e serão fiscalizadas; esse é, inclusive, o entendimento adotado pelo Acórdão 399/2004 do TCU, que prevê o controle concomitante do TCU, do BACEN e da CVM sobre bancos públicos.

Expostas as principais características das empresas estatais, resta-nos diferenciar as duas espécies que as compõem: as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Em primeiro lugar, as empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, detentoras de autonomia organizacional e patrimônio próprio, constituídas sob forma societária a partir do capital social de uma ou mais pessoas de direito público. Tem-se, então, que a totalidade do capital social das empresas públicas será de titularidade do poder público. A forma societária adotada pela empresa pública não corresponderá necessariamente àquelas previstas na legislação societária, mas será disciplinada na lei que a constituir, sendo dotada de características próprias (JUSTEN FILHO, 2009, p. 195). Não dispõem, além disso, de poderes regulatórios e nem de polícia. São exemplos: a Caixa Econômica Federal (CEF), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT).

Já as sociedades de economia mista diferenciam-se das empresas públicas principalmente por conta da composição do seu capital social e da forma societária que adotam, que será necessariamente a de sociedade anônima, disciplinada pela lei 6.404/76. O seu capital social surge a partir da associação entre o poder público e a iniciativa privada, mas deve estar distribuído de maneira que o poder de controle permaneça com o Estado, conforme artigos 116 e 243 do mesmo diploma legal¹⁷. A presença de sócios privados nas sociedades de economia mista potencializa a busca por lucro, pois gera o dever aos administradores de

em confronto com o disposto no Artigo 173 da CF/88 (em sua redação original) o Artigo 37 apenas estabelece uma regra geral, que não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União (...) em: (...) 8.3 - dar nova redação à Decisão n.º 414/94-TCU-Plenário, para excluir a obrigatoriedade de a PETROBRÁS Distribuidora - BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio; (...).”

¹⁷ O controle societário é tema do próximo item.

respeitarem igualmente os interesses de todos os seus sócios. “Se o Estado recorrer aos particulares para captar recursos para a exploração de uma atividade empresarial, acenando com o retorno de lucros, ser-lhe-á vedado ignorar os interesses dos particulares aos quais se associou.” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 214). Nesse sentido, ensina Fábio Ulhôa Coelho que, caso a sociedade de economia mista exerça atividades que tragam prejuízos patrimoniais para os acionistas particulares, poderá haver a responsabilização da Administração Pública:

“Não cabe ao acionista suprir, com o seu patrimônio, graves defasagens na prestação do serviço público. O acionista controlador poderá, portanto, vir a ser responsabilizado pelos demais acionistas particulares da sociedade de economia mista, sempre que, em decorrência do cumprimento do disposto no art. 238 da LSA, desenvolver atividade empresarial altamente deficitária. A fundamentação desse entendimento se vale, inclusive, da responsabilidade objetiva da Administração Pública.” (COELHO, 2005, p. 226).

São exemplos de sociedades de economia mista: Banco do Brasil, Petrobrás e Eletrobrás.

Por fim, as empresas controladas, previstas no art. 37, XX, da CF também integram a Administração Pública Indireta. Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob forma societária e controladas por empresa estatal em decorrência de autorização legislativa. Encontram-se necessariamente sob controle de uma entidade da Administração Pública Indireta e destinam-se a uma melhor adaptação da atividade empresarial, não sendo destinadas, portanto, ao exercício de competências inerentes à soberania (JUSTEN FILHO, 2009, p. 213 a 215). O regime a elas aplicado será o mesmo das empresas estatais, de forma que também elas estão sujeitas às disposições constantes na lei de licitações e contratos, conforme lei 8.666/93, art. 1º (NIEBUHR, 2003, p. 142). No entanto, cumpre ressaltar mais uma vez que o STJ já reconheceu a aplicação do regime falimentar às controladas de estatais, embora as suas controladoras não estejam sujeitas à lei de falências (REsp 729.779/RJ).

Em determinados diplomas legais, a exemplo da lei 8.666/93, o legislador utiliza o termo “sociedade subsidiária”, ao qual poderia o intérprete entender, desavisadamente, tratar-se das subsidiárias integrais estudadas adiante. Na verdade, na lei de licitações e contratos, os termos “sociedade subsidiária” e “controlada” são utilizados como sinônimos: aplicar-se-á o conceito da Lei das S/A para definir o controle de uma sociedade por um ente da Administração Indireta. Assim, somente nos casos em que se faz presente o controle de uma sociedade por uma empresa estatal, poderá ser dispensada a licitação por força da aplicação do disposto no art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93. Caso contrário, poderia haver dispensa de licitação para a contratação de qualquer sociedade que possuísse uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista em seu quadro acionário, ainda que a representação dessa fosse mínima.

“Suponha-se que uma sociedade de economia mista que necessite adquirir um equipamento industrial qualquer. A regra seria a licitação. Ao invés de promovê-la, a sociedade de economia mista poderia optar por adquirir uma participação irrelevante (uma ação) no capital social de determinada empresa fabricante dos referidos equipamentos. Em seguida, seria promovida a compra do equipamento dessa empresa privada, invocando-se a permissão do inc. XXIII do art. 24. (...) A partir daí, encerraria a realização de licitações, passando a adquirir bens e serviços por intermédio de empresa privada.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 343).

Passa-se ao estudo do que se entende por controle societário e das várias formas com que este pode ser exercido, de acordo com a legislação pátria.

II.2 – Sociedades Empresárias e Poder de Controle.

II.2.a – Sociedades Empresárias.

Analisou-se, no item anterior, a estrutura da Administração Pública Indireta, composta por pessoas jurídicas de direito público ou privado – essas últimas dotadas, de qualquer modo, de algumas características próprias do direito público, asseguradas pela Constituição Federal ou por legislação infraconstitucional. Dentre as entidades administrativas de direito privado, as empresas estatais podem exercer controle sobre outras sociedades para a persecução de determinado fim; o exercício desse controle é regido pela legislação societária em vigor (em suma: Código Civil e Lei 6.404/76, lei das S/A) e, para a sua correta compreensão, se faz necessário o estudo dos modelos de organização societária admitidos pelo direito brasileiro.

Inicialmente, o conceito de sociedade empresária deriva do próprio conceito de empresário, obtido a partir da redação do art. 966 do Código Civil, que dispõe: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Assim, enquanto empresário é aquele que exerce a atividade econômica organizada, empresa é a própria atividade exercida. A empresa é, portanto, objeto de direito, não é pessoa jurídica em si (REQUIÃO, 2006, p. 60). A sociedade empresária, por sua vez, será o sujeito de direitos exercente de atividade econômica na forma de empresa, dotada de personalidade jurídica própria de direito privado. Será, portanto, “ser estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição” (Idem, p. 387), proprietária de patrimônio próprio e integrada por diversos órgãos de deliberação e de execução, que fazem cumprir a sua vontade.

Quanto à forma de exercício da atividade econômica, distinguem-se a sociedade empresária da sociedade simples: enquanto que a primeira exerce sua atividade de forma empresarial, a segunda explora seu objeto social sem empresarialidade e não organiza seus fatores de produção de maneira profissional (COELHO, 2005, p. 109 - 111).

Para a constituição e regulamentação das sociedades empresárias podem ser utilizados dois instrumentos jurídicos distintos: o contrato social, que originará as sociedades contratuais; ou o estatuto social, para as sociedades institucionais. As sociedades contratuais são regidas desde a sua constituição até a sua dissolução pelo Código Civil e têm como fundamento a qualidade pessoal dos sócios (são chamadas de sociedades de pessoas). A participação societária é denominada cota e, para ser alienada a pessoa não integrante do quadro social, fica sujeita à anuência dos demais sócios. São formas de organização societária contratual: as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples e as sociedades limitadas (Idem, p. 121). As sociedades institucionais, por sua vez, baseiam-se preponderantemente na composição do capital social, o que possibilita a venda da participação societária de determinado sócio, denominada ação, independentemente da anuência dos demais (sociedades de capital) (REQUIÃO, 2006, p. 376). Tais sociedades podem ser dissolvidas por vontade da maioria societária ou por causas dissolutórias que lhes são exclusivas, como a intervenção e a liquidação judicial. São institucionais: as sociedades em comandita por ações e as sociedades anônimas, regidas pela Lei 6.404/76 (COELHO, 2005, p. 120).

Diferenciam-se, ainda, as sociedades empresárias quanto à limitação da responsabilidade de seus sócios por descumprimento de obrigação pela sociedade; tal responsabilidade é sempre subsidiária, e pode ser limitada ou não, de acordo com as regras de cada tipo societário. Existem aquelas cuja responsabilidade é ilimitada para a totalidade dos sócios (sociedade em nome coletivo); ilimitada para parte dos sócios (sociedade em comandita simples e em comandita por ações, em que têm responsabilidade ilimitada apenas os sócios comanditados ou diretores, respectivamente); ou limitada para todos os sócios (sociedade limitada e sociedade anônima). A responsabilização solidária, prevista nos art. 1.039, 1.045, 1.091 e 1.052 do Código Civil ocorre em relação ao descumprimento de obrigação de um dos sócios, que pode ser exigida dos demais, se solidários (Idem, p. 116 e 117).

Tais características são relevantes para o tema do presente trabalho porque, conforme já se viu no item anterior, as empresas controladas são pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob forma societária, sobre as quais uma entidade da Administração Pública Indireta adquire o controle acionário mediante autorização legislativa, a teor do art. 37, XX, da Constituição Federal (NIEBUHR, 2003, p. 299). De ver, portanto, que a lei não se preocupou em definir qual seria a forma societária sob a qual a empresa controlada deveria ser constituída: os casos concretos analisados no terceiro capítulo deste trabalho apresentam

exemplos de controladas organizadas sob a forma de sociedade anônima, a qual se mostra adequada para comportar participação acionária de empresas estatais tanto por não condicionar a alienação de ações detidas pela Administração Pública à anuência de eventuais sócios minoritários, quanto por limitar a sua responsabilização subsidiária até o valor correspondente ao montante não integralizado das ações de que seja titular (COELHO, 2005, p. 182). Conforme se disse anteriormente, contudo, o regime jurídico aplicado às empresas controladas será o mesmo da empresa estatal controladora (NIEBUHR, 2003, p. 142).

A Lei 6.404/76, regedora das sociedades anônimas, dispõe acerca dos direitos e deveres de seus acionistas, que, na hipótese de dispensa estudada, devem ser respeitados e seguidos pela empresa estatal controladora. Dentre os deveres, o principal é o de pagar o preço de emissão das ações que subscrever (art. 106). Quanto aos direitos, previstos no art. 109, estão a participação nos resultados sociais, a fiscalização da gestão dos negócios sociais, o direito de preferência na subscrição de ações e o direito de retirada da sociedade, recebendo o reembolso devido (COELHO, 2005, p. 205 a 208).

De qualquer modo, a possibilidade de uma sociedade empresária deter o controle sobre outra só é admitida no direito brasileiro por conta da existência de grupos de sociedade, que têm como elemento central uma direção unitária: “o grupo pressupõe o exercício de um poder, mais ou menos centralizado, de definir a orientação de seus membros e de assegurar o respeito à política geral assim definida” (MUNHOZ, 2002, p. 109 a 111).

Desse fenômeno resultam algumas novas formas de empresa, cuja atividade empresária principal é justamente a participação em outras sociedades: trata-se das *holdings*. Outra criação recente que desafia o modelo tradicional de sociedades isoladas e autônomas, sobre o qual se edifica o direito societário vigente (Idem, p. 104), são as joint ventures, formadas a partir da associação entre sociedades empresárias com o objetivo de exercer uma atividade econômica específica, e que não precisam assumir forma societária com personalidade jurídica autônoma e distinta das sociedades que a formaram (RAMOS, 2010, p. 319). Eduardo Secchi Munhoz vislumbra a existência de dois tipos de grupos de sociedades, chamados pelo autor de grupos de coordenação e de subordinação (MUNHOZ, 2002, p. 113).

Os grupos de coordenação são caracterizados pela ausência de poder de comando de uma sociedade sobre as demais, ao mesmo tempo em que existe uma dependência econômica; a unificação se dá a partir de uma direção administrativa comum. De maneira geral, os grupos de sociedade compõem-se de uma diversidade jurídica somada a uma unidade econômica (Idem, p. 117). São exemplos dos grupos de coordenação os consórcios, previstos no art. 278 da Lei 6.404/76, que são formados para executar determinado empreendimento, sem que haja

solidariedade entre as consorciadas, e sem que o consórcio adquira personalidade jurídica própria (RAMOS, 2010, p. 317).

Outro exemplo de grupos de coordenação são as coligações entre sociedades, regidas pelos art. 243 e seguintes da Lei das S/A e pelos art. 1.097 e 1.101 do Código Civil, conforme haja participação ou não de uma sociedade anônima. É interessante observar que os dois diplomas legais adotam parâmetros diferentes para definir a coligação: enquanto que o Código Civil entende como coligada a sociedade que detiver participação equivalente a 10% ou mais sobre o capital social de outra, sem deter o controle (art. 1.099), a Lei das S/A enuncia que será coligada a sociedade que possuir “influência significativa” sobre outra, caracterizada pelo “poder de participar das decisões da política financeira ou operacional da investida” ou presumida caso a investidora titularize 20% ou mais do capital votante, em todo caso, ausente o poder de controle (art. 243, §§ 4º e 5º, L. 6.404/76).

Por outro lado, os grupos de subordinação têm a sua unificação a partir do poder de controle, haja vista as várias sociedades controladas estarem subordinadas à orientação de uma outra sociedade (MUNHOZ, 2002, 116). Tais grupos têm a sua existência prevista no art. 265 da Lei das S/A. Nesse sentido, assinala Modesto Souza Barros Carvalhosa que:

“A lei não faz qualquer distinção entre ações com e sem direito de voto para caracterizar o regime de controle e de coligação. Assim, para que se configure a *coligação*, são consideradas tanto as ordinárias como as preferenciais. Por outro lado, para caracterizar o *controle*, considera apenas as ações votantes” (CARVALHOSA, 1998, p. 08).

Dentre as sociedades controladas, destaca-se as sociedades de propósito específico (SPE) e as subsidiárias integrais, por serem ambas instrumento de realização de atividades da empresa controladora. As SPE são sociedades empresárias constituídas, geralmente, sob a forma de sociedade anônima e que funcionam para o fim exclusivo de desenvolver determinado projeto da sociedade controladora ou empresa-mãe. Possuem, assim, objeto social único e exclusivo (RAMOS, 2010, p. 318). Já as subsidiárias integrais são o único caso de sociedade unipessoal originária admitida no direito brasileiro, ou seja, um único acionista, necessariamente, uma outra sociedade brasileira, deterá a totalidade de suas ações (Idem, p. 319). Embora tais modelos apresentem um poder de controle bastante claro e definido exercido por uma sociedade empresária, há diversas outras formas de poder de controle, sobre o que se falará a seguir.

II.2.b – Poder de Controle.

Poder de controle, segundo Fábio Ulhoa Coelho, é definido conforme as disposições constantes na Lei das S/A que, em seu art. 116 apresenta como controlador o acionista que seja o titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos na assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores, e que use, de maneira efetiva, desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (COELHO, 2005, p. 211). Assim, para a que se perceba o efetivo exercício do poder de controle seriam necessários dois elementos convergentes: a detenção de ações que lhe garantam a maioria nas decisões tomadas pela assembleia¹⁸ e o uso dos direitos decorrentes dessa situação para dirigir a sociedade. Nesse sentido também se pronuncia Marçal Justen Filho, que define o poder de controle como “o poder jurídico de determinar o destino da sociedade, traduzido na eleição da maioria dos administradores da companhia, submetendo-os à observância de diretivas e orientações” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 211). A maioria societária destituída do poder de tomada de decisões não configura, portanto, poder de controle.

Tal definição, obtida a partir do texto legal, mostra-se insuficiente para traduzir todas as situações de poder de controle existentes no direito brasileiro. Outra definição para o tema é apresentada por Marlon Tomazette, que apresenta de maneira insipiente o exercício do poder de controle em duas formas distintas: uma interna, em que o titular atua no interior da própria sociedade, majoritariamente por meio do direito de voto, e outra externa, em que o controle se dá por meio alheio ao exercício de voto e por pessoa que não é acionista (TOMAZETTE, 2013, p. 486).

Percebe-se, pelo até aqui exposto, que a simples titularidade da maioria numérica das ações de determinada companhia não confere ao seu proprietário, necessariamente, o poder de controle. Tal se justifica porque as ações das sociedades anônimas dividem-se em três principais tipos; cada um garante diferentes direitos aos seus titulares. As ordinárias conferem os direitos reservados por lei ao acionista comum – tais ações são de emissão obrigatória –; enquanto que as preferenciais fornecem um complexo de direitos diferenciados, como a prioridade na distribuição dos dividendos ou no reembolso do capital, ou, ainda o direito ao

¹⁸ A resolução nº 401 do Banco Central do Brasil, embora revogada atualmente pela resolução nº 2.927, define, em seu inciso III que, no caso de o controle ser exercido por pessoa física ou jurídica não titular de ações que assegurem a maioria absoluta dos votos do capital social, será considerado acionista controlador o titular de ações que assegurem a maioria absoluta dos votos dos presentes nas três últimas Assembleias Gerais da companhia. Desse dispositivo pode-se perceber que há, ou ao menos já houve, em textos normativos, uma abertura e uma flexibilização do conceito de controle societário, que não se basta no enunciado pelo art. 116 da Lei das S/A.

voto (art. 17, §1º, L. 6.404/76); as de fruição, por sua vez, são atribuídas aos acionistas cujas ações foram totalmente amortizadas (COELHO, 2005, p. 194).

As ações que possibilitam o exercício do poder de controle têm, em geral, valor consideravelmente maior que os das demais ações ordinárias emitidas pela mesma companhia; tal diferença é chamada de “poder de mercado” e se justifica porque, ao adquiri-las, o acionista passa a deter efetivo poder sobre a sociedade, podendo até reestruturá-la:

“Quando alguém adquire ações que lhe possibilitam passar a controlar a sociedade anônima, não está apenas acrescentando ao seu patrimônio o direito de participar dos seus dividendos e resultados, mas também vários outros, como o de eleger os administradores, definir a estratégia geral da empresa, reestruturar a sociedade, aumentar o capital social, estabelecer a destinação não vinculada dos resultados, etc. É racional e justo que, em razão disso, pague mais pelas ações de sustentação do controle” (Idem, p. 212).

Enquanto que o já mencionado art. 116 da Lei das S/A define o controle exercido por pessoas físicas ou jurídicas sobre determinada companhia, o art. 243 do mesmo diploma legal, em seu parágrafo 2º, caracteriza de maneira específica a figura da sociedade controlada¹⁹. É interessante notar que, embora ambos os dispositivos adotem como critério principal para a definição do controle a titularidade de direitos de sócio que garantam a preponderância nas deliberações sociais, não há exigência legal do uso efetivo do poder para que uma sociedade seja considerada controladora de outra. Isso significa que, na hipótese do art. 116, a ausência do uso efetivo do controle por parte do acionista majoritário acarreta tão-somente a sua omissão quanto ao comando dos negócios sociais, que poderá ser exercido de forma minoritária pelos demais acionistas, enquanto que se figurar como controladora uma sociedade, portanto regida pelo art. 243, que se mantiver passiva quanto ao uso do seu poder de controle, será ela, ainda assim, considerada sociedade controladora e ficará sujeita às responsabilidades correspondentes, previstas no art. 117.

¹⁹ Confira-se a redação dos dispositivos citados, Lei 6.404/76:

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

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

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

(...)

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.

Às sociedades é prevista, também, a possibilidade de exercer o controle de modo indireto, ou seja, por meio de uma outra sociedade controlada: controladora será aquela que figurar acima de todas as demais, na pirâmide empresarial (MUNHOZ, 2002, p. 239 a 241). Nesses casos, o controle é exercido em uma “cadeia de vinculações verticais”, que comporta diversas sociedades controladoras intermediárias, controladas, por sua vez, por outra superior a elas. Podem fazer parte dessa estrutura não só as sociedades anônimas, como também as limitadas ou as em nome coletivo (CARVALHOSA, 1998, p. 09).

Para as sociedades disciplinadas pelo Código Civil de 2002, a definição de controle válida é aquela prevista em seu art. 1.098, que, à semelhança da Lei das S/A, reconhece como controle somente aquele exercido em virtude do direito de voto. A definição do Código Civil, no entanto, não pormenoriza a disciplina que seria aplicável às sociedades controladoras e controladas por ele regidas, limitando-se a conceitua-las²⁰. Segundo Eduardo Secchi Munhoz, falta tecnicidade ao texto legal, e melhor seria se todas as formas de poder de controle societário fossem regidas pela Lei 6.404/76 (MUNHOZ, 2002, p. 245).

De todo modo, ao contrário do que se pode pensar a partir da análise dos dispositivos legais analisados, o controle não é uma posição de vantagem estática e imutável, definida de maneira permanente a partir da divisão acionária e dos benefícios advindos de cada tipo de ação. Trata-se, em verdade, de objeto de disputas contínuas, de barganha e de transações diversas, podendo configurar-se em diferentes graus de estabilidade e de concentração (Idem, p. 223). Para Fábio Konder Comparato, o poder de controle é:

“um poder originário, uno ou exclusivo, e geral. Originário, porque não deriva de outro, nem se funda em nenhum outro, interna ou externamente. Uno ou exclusivo, porque não admite concorrentes, pela sua própria natureza. Geral, porque se exerce em todos os campos e setores, sem encontrar, nem admitir domínios reservados, por parte dos órgãos societários” (COMPARATO, *in* MUNHOZ, 2002, p. 221).

Assim, embora seja reconhecido pela legislação pátria somente o controle interno, exercido a partir do direito de voto, também se faz presente na vida societária o controle externo, cujo titular o exerce de fora da estrutura da sociedade, por deter posição econômica ou jurídica tal, que lhe possibilita a aplicação de uma sanção que acarrete grave prejuízo à companhia, como o rompimento de um contrato. Tal controlador externo pode, por conta disso, fazer valer a sua vontade na assembleia geral sem que sejam suprimidos os órgãos

²⁰ Do Código Civil:

Art. 1.098. É controlada:

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

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.

societários (Idem, p. 227). Podem atuar com esse poder credores ou fornecedores da sociedade, por exemplo (TOMAZETTE, 2013, p. 486).

Essa forma de controle não serve para fundamentar a hipótese de dispensa de licitação estudada e, muito embora empresas públicas e sociedades de economia mista possam figurar como controladoras externas de diversas companhias, essas não se caracterizarão como controladas para os fins da lei 8.666/93. Controladas, para tais fins, serão somente as que se subordinarem às estatais por conta do controle interno, que pode se apresentar, conforme a classificação proposta por Fábio Konder Comparato, em quatro modalidades distintas: controle totalitário, majoritário, minoritário e gerencial (COMPARATO, 1977, p. 33 a 61).

O controle totalitário se faz presente nas sociedades unipessoais ou naquelas em que, por existirem poucos sócios, pertencentes ao mesmo grupo familiar, há sempre unanimidade, de forma que nenhum deles é excluído do poder de dominação. O controle majoritário é previsto expressamente nas legislações acima estudadas: caracteriza-se pela detenção de mais da metade das ações ou das cotas com direito a voto por seu titular. O minoritário, por sua vez, ocorre em situações em que há grande dispersão do capital, possibilitando a um sócio, que detém a minoria do capital, o exercício do controle. Por fim, o gerencial é “exercido pelos administradores, pautando-se também pela dispersão do capital e pela passividade dos sócios” (MUNHOZ, 2002, p. 226 e 227).

Desse panorama surgem algumas implicações: o controle majoritário, não terá, no entanto, o condão de impedir a existência da minoria, que pode fornecer intensa limitação ao exercício do poder de controle, conforme disposições legais. Caso seja capaz de restringir o controle, a minoria será qualificada (COMPARATO, 1977, p. 43). São exemplos dessa interferência previstos na Lei 6.404/76: a possibilidade de instalação do conselho fiscal, caso esse não seja permanente, a partir do pedido de acionista que detenha 5% do capital sem direito a voto ou 10% do capital votante (art. 161, §2º), a adoção do processo de voto múltiplo para a eleição dos membros do conselho de administração por requerimento dos acionistas com 10% do capital votante (art. 141) ou ainda a eleição, por parte dos acionistas que detenham essa mesma participação acionária, em votação em separado, de um membro do conselho fiscal e respectivo suplente (art. 161, §4º, a) (MUNHOZ, p. 230 e 231). Nesse sentido, o controle majoritário pode ser simples ou absoluto: será simples caso a minoria acionária seja qualificada, e absoluto caso não seja (COMPARATO, 1977, p. 43).

Além disso, o controle majoritário não é exercido, necessariamente, por um único acionista individual. É comum que acionistas diversos associem seus interesses, de forma temporária ou permanente, para compor a maioria (Idem, p. 44). Assim, em oposição ao

controle individual é que se configura o controle compartilhado ou conjunto, através da congruência de interesses de acionistas diversos que, em separado, não detêm o poder de controle por titularizarem parcela minoritária do capital social, mas que, em conjunto, atuam como um só acionista controlador majoritário, comandando os destinos da sociedade (MUNHOZ, 2002, p. 232).

O controle compartilhado poderá ser mais ou menos estável, a depender da espécie e das condições em que se firma o vínculo entre aqueles que compõem o bloco, que pode ou não ser baseado em um acordo de acionistas, conforme art. 118 da Lei 6.404/76. Caso não tenha como base esse instrumento jurídico vinculante, ele pode ser feito em virtude de laços familiares ou de interesses econômicos em comum, dentre outros. De todo modo, o controle compartilhado não baseado em acordo de acionistas tende a ser muito mais instável, assim como também contribuirão para a instabilidade dessa forma de exercício do controle eventuais diferenças existentes dentro do próprio grupo de controle, como a atribuição de poder de veto a determinado membro para certas matérias ou a possibilidade de escolha dos administradores, atribuída a outro, por exemplo (Idem, p. 234).

Dessa forma, percebe-se, mais uma vez, que a mera divisão acionária é insuficiente para a definição de controle: devem ser analisados tanto os poderes conferidos a cada sócio, tais como o veto, a escolha dos administradores, etc. quanto a influência relevante detida por uma eventual minoria qualificada dos administradores, empregados, credores, fornecedores ou clientes – ou mesmo sócios minoritários.

“A identificação do controle acionário, portanto, seja ele estável ou eventual, está longe de ser suficientemente atingida pelo simplismo numérico que, em geral, orienta a interpretação do art. 116 da Lei das S/A. Tal identificação pressupõe uma análise efetiva dos focos de emanção do poder decisório no âmbito da sociedade.” (MACEDO, *in* MUNHOZ, 2002, p. 236).

Nesse sentido, a instrução CVM 247/1996, em seu artigo 32, § 1º, define, à semelhança da Lei 6.404/76, que o controle em conjunto se estabelece quando os poderes de eleger ou destituir a maioria dos administradores ou de deter a preponderância nas deliberações sociais são exercidos sob controle comum ou por meio de acordo de votos, vez que nenhum acionista os exerce de maneira individual²¹.

²¹ Instrução normativa da CVM n° 247/1996

Art. 3º - Considera-se controlada, para os fins desta Instrução:

I. sociedade na qual a investidora, diretamente ou indiretamente, seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente:

a) preponderância nas deliberações sociais; e

b) o poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores.

II. filial, agência, sucursal, dependência ou escritório de representação no exterior, sempre que os respectivos ativos e passivos não estejam incluídos na contabilidade da investidora, por força de normatização específica; e

Por fim, os controles simples – em que há uma minoria qualificada capaz de exercer severas limitações ao poder do acionista majoritário – e o compartilhado geram uma situação em que há menor concentração de poder e maior instabilidade, haja vista mais pessoas poderem se utilizar de elevada influência para determinar os rumos e as diretrizes da companhia (MUNHOZ, 2002, p. 234). Resta saber se a forma de controle conjunto ou compartilhado é apta a ensejar a dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIII da Lei 8.666/93.

III. sociedade na qual os direitos permanentes de sócio, previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo estejam sob controle comum ou sejam exercidos mediante a existência de acordo de votos, independentemente do seu percentual de participação no capital votante.

Art. 32 – Os componentes do ativo e passivo, as receitas e as despesas das sociedades controladas em conjunto deverão ser agregados às demonstrações contábeis consolidadas de cada investidora, na proporção da participação destas no seu capital social.

§ 1º **Considera-se controlada em conjunto aquela em que nenhum acionista exerce, individualmente, os poderes previstos no artigo 3º desta Instrução.**

CAPÍTULO III: Dispensa de licitação e controle compartilhado, a hipótese do art. 24, inc. XXIII, da Lei 8.666/93.

III.1 – Exercício do Poder de Controle pelas Empresas Estatais.

Inicialmente, cumpre observar que, conforme se viu nos capítulos anteriores, toda e qualquer hipótese de dispensa de licitação só se justifica por ser o certame licitatório desvantajoso para a Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2009, 430). Embora possível a realização do procedimento, dele decorre prejuízo significativo ao interesse público, o que viabiliza a contratação de maneira direta, com relativo gravame ao princípio da isonomia (NIEBUHR, 2003, 140). Nesse sentido, nos deparamos com a possibilidade de a dispensa ser feita em razão de contratos interadministrativos, dos quais fazem parte aqueles que resultam no exercício de poder de controle de empresas estatais sobre outras sociedades empresárias, caracterizando-as como suas controladas ou subsidiárias, conforme art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93.

Tal hipótese legal de contratação direta decorre do próprio fim almejado pela aquisição do poder de controle por empresas estatais: as empresas controladas têm como finalidade a realização de atividades instrumentais às suas controladoras, facilitando a gerência do complexo empresarial das entidades administrativas. Por essa razão, as empresas controladas desempenham, em geral, atividades como o transporte, o fornecimento de insumos, etc. (Idem, p. 299). Dessa forma, as empresas controladas também integram o quadro da Administração Pública Indireta, e, por mais que sejam pessoas jurídicas distintas das empresas controladoras, são integradas a elas, “pelo que é inviável a licitação pública para a contratação firmada entre elas, sob pena de frustrar as finalidades da lei que autorizou a aquisição da subsidiária ou controlada” (Idem, p. 300).

Assim, tem-se que o regime jurídico aplicável a tais empresas é o mesmo da estatal que detenha o controle sobre elas (JUSTEN FILHO, 2009, p. 216), o que traz diversos questionamentos: quais são os benefícios de direito público extensíveis às empresas controladas? Estariam elas obrigadas a licitar ou a realizar concurso público para a admissão de pessoal? Poderiam tais empresas serem beneficiadas com eventuais isenções tributárias?

Além de tais questões, quando da análise das diferentes formas admitidas na legislação pátria do exercício do poder de controle, vê-se que, via de regra, tal controle é objeto de inúmeras disputas no seio da sociedade, do que decorre que nem sempre a sociedade controladora o exercerá de maneira pacífica, devendo submeter-se, diversas vezes, aos interesses dos demais acionistas, ainda que minoritários (MUNHOZ, 2002, p. 223). Isso se

torna muito mais crítico quando a empresa controladora é uma empresa estatal, pois nesse caso há o embate direto entre os interesses defendidos pela entidade administrativa (que devem coincidir com o interesse público, de acordo com as considerações feitas no capítulo I), e aqueles defendidos por acionistas privados, que podem ser os mais diversos, e inclusive contrários ao interesse público (Idem, p. 224).

Esse embate de interesses pode ficar ainda mais potencializado quando o controle exercido pela empresa estatal é conjunto ou compartilhado com sociedades empresariais privadas. Nessas situações, forma-se um bloco de controle, a partir da reunião de diferentes acionistas que, individualmente, não detêm o controle, mas que, em conjunto, atuam como se um só acionista majoritário fossem. Ocorre que tais associações podem ter as naturezas mais diversas possíveis e serem mais ou menos estáveis conforme o vínculo estabelecido entre os diferentes sócios (Idem, p. 230).

Dado esse panorama, na medida em que se admite a dispensa de licitação para a contratação de uma empresa cujo controle é exercido por empresa estatal de maneira compartilhada com outros *players* privados do mercado, admite-se, forçosamente, que a empresa assim controlada faz parte da Administração Pública Indireta, sendo-lhe aplicável o mesmo regime jurídico de sua empresa controladora – ainda que, repita-se, tal controle se exerça somente em conjunto e que a entidade estatal não detenha, sozinha, poder de controle sobre ela. Dessa forma, passa-se à análise dos benefícios extensíveis às empresas controladas e da possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de empresa cujo controle se exerça de maneira compartilhada.

III.2 – Jurisprudência do STF.

Embora grande parte da jurisprudência sobre o regime jurídico das empresas controladas tenha sido produzida pelo TCU, o STF já teve a oportunidade de analisar casos relativos à imunidade tributária de empresas públicas, que refletem diretamente no regime jurídico de suas empresas controladas, porque estas estão submetidas ao mesmo regime jurídico de suas controladoras (JUSTEN FILHO, 2009, p. 216).

A jurisprudência do tribunal parece ser pacífica no sentido de reconhecer a imunidade tributária às empresas públicas prestadoras de serviço público. Isso se justifica porque tais serviços, desde que prestados sem que se objetive o alcance de lucro, traduzem-se na execução das atividades cuja titularidade é atribuída ao Estado pelo texto constitucional (RE 773.131 AgR/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 797.034 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio;

RE 601.392/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes²²). O mesmo tribunal, no entanto, já excepcionou essa regra ao decidir, em repercussão geral, pela imunidade tributária da Empresa de Correios e Telégrafos, responsável pelo desempenho simultâneo de atividades econômicas e serviços públicos:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 601392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013).

Não nos cabe, aqui, adentrarmos nos pormenores da discussão jurisprudencial acerca da imunidade tributária de empresas estatais. Para os fins deste trabalho basta a percepção de que o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o reconhecimento de uma prerrogativa de direito público às empresas estatais, ainda que estas desempenhem atividades econômicas em concorrência com particulares.

Questão similar, ainda pendente de julgamento, é objeto de repercussão geral na Suprema Corte: trata-se do reconhecimento de imunidade tributária recíproca a sociedades de economia mista que comportem em seus quadros acionários a participação de sócios privados, ou seja, não integrantes da Administração Pública.

“TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DISPERSA E NEGOCIADA EM BOLSA DE VALORES. EXAME DA RELAÇÃO ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS E O OBJETIVO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS A INVESTIDORES PÚBLICOS E PRIVADOS COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA APLICAÇÃO DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO. Tem repercussão geral a questão consistente em saber se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados.” (RE 600867 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em

²² Segue ementa do RE 580264, cuja redação fornece mais fundamentos que as dos demais casos citados para a concessão da referida imunidade:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE. 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis). 2. A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral. (RE 580264, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-192 DIVULG 05-10-2011 PUBLIC 06-10-2011 EMENT VOL-02602-01 PP-00078)

08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 09-02-2012 PUBLIC 10-02-2012).

Tal controvérsia se mostra de extrema relevância para o tema estudado pois, uma vez mais, se já há o reconhecimento da imunidade tributária de empresas estatais que executam atividade econômica concomitantemente ao desempenho de serviços públicos, e se entender o STF pela imunidade daquelas em que se fazem presentes acionistas privados, forçosa seria, a princípio, a extensão de tais benefícios às empresas controladas dessas entidades, por se sujeitarem ao mesmo regime jurídico de suas controladoras (NIEBUHR, 2003, p. 142).

III.3 – Jurisprudência do STJ.

Quanto ao regime jurídico das empresas controladas em si, o STJ já se posicionou quanto a alguns aspectos bastante relevantes. Como já foi dito anteriormente, no bojo do julgamento do REsp 729.779/RJ, apesar de as empresas estatais estarem excluídas expressamente do regime falimentar, reconheceu o tribunal que às suas empresas controladas seria possível a decretação de falência, vez que tais entidades estão sujeitas ao regime da lei de recuperações e falências. Essa seria, a princípio, uma exceção ao enunciado tanto por Marçal Justen Filho quanto por Joel de Menezes Niebuhr de que as empresas controladas seguem o mesmo regime jurídico de suas controladoras (Idem, *ibidem*).

Por outro lado, o STJ já firmou entendimento de que as empresas controladas, por integrarem a estrutura da Administração Pública Indireta, estão obrigadas a promover a realização de concurso público para admissão de pessoal. Segundo o tribunal, quando da análise do EDcl no AgRg no Ag 1363474/RJ, ainda que as empresas controladas não tenham natureza jurídica de sociedades de economia mista ou de empresas públicas, elas permanecem sujeitas às regras concernentes aos serviços públicos²³.

²³ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SANEAMENTO. SOCIEDADE ANÔNIMA CONTROLADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

(...)

2. A questão principal em análise não versa acerca da natureza jurídica da Sociedade Anônima controlada pela Petrobras Gás S.A., ora embargante - se é, ou não, uma sociedade de economia mista -, mas se integra ou não o conceito de Administração Pública Indireta para fins de aplicação das regras concernentes aos concursos públicos. Por conseguinte, conquanto se reconheça que o acórdão embargado firmou a premissa equivocada de que a ora embargante é uma sociedade de economia mista, tal fato não é suficiente para alterar o resultado do julgamento do agravo regimental.

3. As entidades que a compõem a Administração Pública Indireta, dentre elas as Sociedades de Economia Mista e suas empresas subsidiárias, devem se sujeitar às regras concernentes aos concursos públicos. (...)
(EDcl no AgRg no Ag 1363474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 06/12/2013)

Questão ainda controversa diz respeito à possibilidade de tributação de lucros atribuídos a empresa nacional, provenientes de empresas coligadas ou controladas no exterior. Nesses casos, há tributação na matriz brasileira das empresas filiadas fora do país. No caso do AgRg na MC 18.919/RJ, em que figurava como requerida a Vale S/A, entendeu o STJ que o processo deveria ser analisado pelas instâncias ordinárias, sendo possível a execução tributária das quantias advindas de empresa controlada no exterior, e que haviam sido requeridas pela Fazenda Nacional. De qualquer modo, permaneceriam à empresa estatal a possibilidade de discutir a matéria no juízo de origem²⁴.

III.4 – Jurisprudência do TCU.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, já se pronunciou em diversas oportunidades sobre o regime jurídico das empresas controladas e sobre a hipótese de dispensa de licitação estudada. É cediço, por exemplo, que as empresas controladas devem prestar contas ao TCU, na forma do art. 1º, I, da lei 8.443/92²⁵ c/c instrução normativa TCU

²⁴ AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL COM EXAME DE ADMISSIBILIDADE PENDENTE. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IRPJ E CSLL. SOCIEDADE CONTROLADA OU COLIGADA AINDA COM FILIAL NO EXTERIOR. INCERTEZA QUANTO À POSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS ATRIBUÍDOS À EMPRESA NACIONAL. QUESTÃO DE ALTA RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA, QUE DEVE SER REMETIDA PARA AS VIAS ORDINÁRIAS, COM O PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL, ONDE HAVERÁ OPORTUNIDADE PARA, EM SEDE DE EMBARGOS, DESTRAMAR-SE TODO O PROBLEMA JURÍDICO QUE ENVOLVE A QUESTÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. A questão da tributação de empresas controladas, coligadas ou filiadas no Exterior, pela matriz nacional, é altamente relevante e juridicamente desafiadora, não reinando entendimentos pacíficos a seu respeito. Diante da informação da distribuição de lucros pela empresa, quando ainda pende uma questão tributária de expressivo vulto, seria o caso de se liberar o trâmite da execução fiscal, mas, evidentemente, sem impedir a empresa de embargá-la, e de se defender, usando todo o arsenal jurídico à sua disposição, como é lógico.

2. A situação de incerteza jurídica quanto à incidência (ou não) da tributação, na matriz brasileira, das empresas filiadas, coligadas ou controladas no Exterior, recomenda remeter-se a questão para as vias ordinárias, ou seja, que a execução fiscal seja destravada e todo o problema jurídico da incidência tributária discutido amplamente na ação de embargos; esse será o procedimento que assegurará as partes o franco acesso à jurisdição.

3. É evidente que não se está impedido, em absoluto, a empresa de se defender por todos os meios ao seu alcance; o que se faz é apenas abrir a alternativa de a Fazenda Pública executar o seu crédito, dentro, obviamente, dos limites da legalidade.

4. Agravo Regimental provido. Medida Cautelar indeferida.

(AgRg na MC 18.919/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 11/06/2012)

²⁵ Lei 8.443/92:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

nº 47, art. 1º e ss., por integrarem a administração pública indireta (nesse sentido, vide acórdãos: 440/2008; 20/2006; 5677/2009, todos do TCU).

Outro entendimento firmado pelo TCU, e que corrobora a jurisprudência do STJ apontada acima, é o de que as empresas controladas estão obrigadas a realizar concurso público para a admissão de pessoal, ainda que desempenhem atividades econômicas em concorrência com os particulares (súmula nº 231/TCU)²⁶. Como fundamento, o tribunal utilizou os artigos 37, II, VIII e IX e 71, III da Constituição Federal, que preveem, em síntese, a obrigatoriedade de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, a forma de remuneração de tais cargos, e a competência do TCU para apreciar a legalidade dos atos de admissão de toda a administração direta e indireta na esfera federal, respectivamente.

Nesse sentido entendeu o tribunal quando decidiu pela irregularidade da admissão de pessoal sem concurso público pela BBTur, empresa de turismo controlada pelo Banco do Brasil. Em sua defesa, a BBTur alegou não integrar a administração indireta, por entender não ser subsidiária integral do Banco do Brasil. Além disso, sustentou que a admissão de seus empregados não seria, necessariamente, precedida de concurso público, vez que seu quadro de empregos não fora criado por lei. O tribunal, por sua vez, ao analisar a composição social da referida empresa, percebeu que todo o capital social pertencia a duas subsidiárias integrais do Banco do Brasil, o que transferiria o poder de controle a essa sociedade de economia mista. A BBTur, portanto, estaria classificada como sociedade controlada do Banco do Brasil pois, conforme se viu anteriormente, nas situações em que há uma “cadeia de vinculações verticais”, o controle é transferido para a sociedade que se encontrar no topo da pirâmide (CARVALHOSA, 1998, p. 09); ficando, por isso, obrigada a realizar concurso público.

“Auditoria. BBTUR. Embargos de declaração opostos à decisão que negou provimento a Recurso de divergência contra decisão que determinou a anulação de atos de admissão de pessoal sem concurso público. Conhecimento. Negado provimento. - A BBTUR, controlada de empresa de economia mista, está sujeita, também, ao disposto na artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.” (PROCESSO: 625.230/1995-7, Decisão 637/1998 – Plenário, Relator(a): CARLOS ÁTILA, julgado em 23/09/1998).

No tocante à dispensa de licitação do inciso XXIII, o TCU possui jurisprudência que restringe o seu cabimento. O tribunal já entendeu, por exemplo, que não cabe a referida dispensa se estiver ausente o poder de controle. No caso, houve a contratação direta da Cobra

²⁶ SÚMULA Nº 231/TCU: A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.

Tecnologia S/A pela BBTur, para o fornecimento de equipamentos de informática diversos, usando como fundamento o dispositivo legal mencionado. Ocorre que ambas as empresas envolvidas em tal contratação são controladas do Banco do Brasil, pertencentes, portanto, a um mesmo conglomerado econômico, sob controle acionário único. Isso serviu para que as empresas sustentassem a inviabilidade de competição, dada a existência de empresa no conglomerado Banco do Brasil capaz de suprir as necessidades de sua co-irmã, tornando inviável a exigência de contratação com empresa não pertencente ao mesmo grupo econômico.

Ainda que, alegadamente, os preços praticados pela Cobra Tecnologia tenham sido os menores do mercado, entendeu o TCU pela irregularidade da contratação, haja vista não ser a empresa contratante, qual seja, a BBTur, detentora do poder de controle sobre a contratada, o que acarretou a impossibilidade de aplicação do inciso XXIII do art. 24 da lei de licitações para fundamentar a contratação direta. Dessa forma, somente as “controladoras podem contratar diretamente suas controladas ou subsidiárias. Uma subsidiária não está (...) autorizada a fazer o mesmo com uma outra subsidiária, da mesma forma que uma mera participação acionária não dá à investidora tal direito.” (Trecho do voto do Ministro-Relator Benjamim Zymler, no TC 016.520/1999-8). Além disso, às empresas controladas faltaria o requisito de personalidade jurídica de direito público interno, necessário para a caracterização da dispensa de licitação na hipótese prevista no inciso VIII²⁷, que também foi utilizado pelas empresas para justificar a contratação. Entende-se, portanto, que uma primeira limitação à dispensa de licitação do inciso XXIII é a impossibilidade de empresas controladas contratarem diretamente outras empresas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico – somente a empresa controladora detém o poder de controle capaz de justificar a ausência do certame licitatório:

“PEDIDO DE REEXAME. LEI Nº 8666/1993, ARTS. 24, VIII E XXIII, E 25, CAPUT. IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS. NÃO-PROVIMENTO.

1. Empresa controlada por sociedade de economia mista não atende ao requisito de personalidade jurídica de direito público interno para poder realizar contratação com base no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.
2. Contratação, por empresa controlada por sociedade de economia mista, de outra empresa controlada ou subsidiária da mesma sociedade de economia mista não pode ser feita com base no **caput** do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, salvo se demonstrada a inviabilidade de competição.
3. **Somente controladoras podem contratar diretamente suas controladas ou subsidiárias com base no inciso XXIII da Lei nº 8.666/1993, não sendo**

²⁷ Prevê o mencionado dispositivo da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

possível a contratação de uma subsidiária ou controlada por outra.” (TC-006.026/2004-7, Ata nº 32/2007, Relator (a): AROLDO CEDRAZ, data da sessão: 11/9/2007) (Grifou-se).

Outras questões relativas a essa hipótese de dispensa foram discutidas no pedido de reexame do TC 007.049/2004-6, feito pelo Banco do Brasil, que se insurgiu contra algumas determinações feitas pelo TCU que deveriam ser observadas durante a vigência de contrato firmado mediante dispensa de licitação com uma de suas controladas, qual seja, a Cobra Tecnologia S/A. O referido contrato previa a aquisição de mais de 30.000 microcomputadores, o que gerou a necessidade de fracionamento do objeto do contrato, bem como a subcontratação parcial desse objeto, vez que a empresa controlada detinha recursos insuficientes para adimplir a totalidade do contrato.

Sobre a subcontratação do objeto licitado, o tribunal utilizou como precedente a decisão 645/2002 que é bastante clara ao fundamentar a impossibilidade jurídica da subcontratação total no âmbito dos contratos administrativos, sendo admissível somente em situações excepcionais, posteriores à contratação, em que a rescisão contratual e a realização de novo contrato sejam contrários ao interesse público (vide item 8.2.5 da Decisão 645/2002-Plenário, TCU).

No caso analisado, entretanto, o Ministro-Relator Benjamin Zymler argumentou que, embora seja vedada a subcontratação total do objeto, é lícita a subcontratação parcial. Isso se justifica porque, na primeira situação, a empresa contratada atuaria como mera intermediária, e não seria ela a de fato executora do objeto. Isso se torna ainda mais grave no caso de dispensa de licitação do art. 24, inciso XXIII, por ser ele fundamentado em razão dos requisitos subjetivos da pessoa jurídica controlada, que, se proceder à subcontratação total não executará o objeto licitado. Na segunda hipótese, em que há subcontratação parcial, entendeu o relator pela licitude desse tipo de contrato, desde que refira-se somente a partes não relevantes do objeto, tais como telefonia, segurança, transporte, embalagens, assistência técnica, etc., dada a grande horizontalidade dos processos produtivos e a necessidade da empresa contratada realizar contratos de apoio para a prestação de serviços complementares ao contrato principal. (Itens 20 a 27 do voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler, no TC 007.049/2004-6).

Outra questão analisada nesse mesmo caso foi a possibilidade de fracionamento do objeto contratado, por conta da sua magnitude. O tribunal se posicionou no sentido de que, conforme estabelece o parágrafo único do art. 23 da Lei 8.666/93, as contratações públicas devem ser divididas em tantas parcelas quantas se mostrem técnica e economicamente viáveis, de forma que cada parcela requer uma análise individual acerca da satisfação dos

requisitos do art. 24, XXIII, da lei de licitações. Assim, caso determinada parcela do objeto não possa ser realizada pela empresa controlada, não deve haver a dispensa de licitação para essa parcela, sob pena de configurar-se a subcontratação de parte relevante (Idem, itens 28 a 33).

Por fim, ainda nesse caso, o TCU também revisitou entendimento há muito consolidado a respeito dos requisitos para a aplicação dessa hipótese de dispensa. Trata-se da exigência de pesquisa mercadológica que ateste a compatibilidade de preços praticados pela empresa controlada, que será feita preferencialmente mediante a juntada de, no mínimo, três cotações junto ao mercado. Esse é, inclusive, o que dispõe a súmula nº 265/2011 do TCU que, além de exigir a compatibilidade de preços do mercado, requer que haja pertinência entre os objetos licitados e o objeto social da empresa controlada.

“A contratação de subsidiárias e controladas com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei nº 8.666/93 somente é admitida nas hipóteses em que houver, simultaneamente, compatibilidade com os preços de mercado e pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades.” (Súmula 265/2011, TCU).

Os posicionamentos adotados pelo TCU nesse caso são razoáveis²⁸. Conforme apontado nos julgados acima, a dispensa de licitação do inciso XXIII do art. 24 tem como fundamento o poder de controle exercido pela empresa estatal sobre a empresa controlada ou subsidiária, o que afasta a sua incidência nos casos em que não há a caracterização desse poder de controle, como a contratação celebrada sob o regime de dispensa por duas empresas controladas entre si. Por outro lado, tal hipótese de dispensa, se comportar subcontratação total de seu objeto acaba por transformar a empresa controlada em mera intermediadora:

²⁸ Segue trecho do acórdão firmado nesse caso:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator em,

9.1. com fulcro no art. 48, c/c os arts. 32 e 33, da Lei 8.443/1992, conhecer do Pedido de Reexame interposto pelo Banco do Brasil para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando os subitens 9.3.1.2, 9.3.1.3. e 9.3.1.4 do Acórdão 3.219/2010-Plenário, que passam a vigorar com a seguinte redação:

“9.3.1.2. o preço a ser pago deve ser compatível com aquele praticado no mercado, situação essa a ser comprovada pelo Banco do Brasil S/A mediante a juntada da documentação pertinente nos respectivos processos de dispensa, incluindo, no mínimo, três cotações de preços de empresas do ramo, pesquisa de preços praticados no âmbito de outros órgãos e entidades da Administração Pública ou justificativa circunstanciada caso não seja viável obter esse número de cotações, bem como fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado;”

“9.3.1.3. as hipóteses de subcontratação total ou parcial de partes relevantes do objeto, quer técnica quer economicamente, somente se aplicam em situações concretas excepcionalíssimas, supervenientes ao contrato, quando a rescisão contratual e a realização de nova contratação forem comprovadamente contrárias ao interesse público subjacente ao contrato;

“9.3.1.4. caso o bem ou serviço demandado pelo Banco do Brasil S/A admita a divisão em parcelas técnica e economicamente viáveis, cada parcela deve ser objeto de contratação distinta, avaliando-se em cada caso a possibilidade de ocorrer dispensa de licitação;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente.” (TC 007.049/2004-6, ata nº 7/2014, Relator(a): BENJAMIN ZYMLER, data da sessão: 12/03/2014).

nesses casos, em observância aos princípios da eficiência e da economicidade, melhor seria que a própria empresa controladora licitasse, sem a necessidade de intervenção de sua controlada – nesse sentido é que se faz imprescindível a análise individualizada de cada parcela do objeto do contrato, em caso de fracionamento, para que não haja dispensa de licitação em situações que ocasionem uma atuação da controlada desvincilhada de seu objeto social.

Além disso, conforme já se disse anteriormente, todas as ocorrências de dispensa de licitação só são admissíveis por ser o processo licitatório menos vantajoso para a Administração Pública, embora seja possível a sua realização (JUSTEN FILHO, 2009, p. 435). Assim, na medida em que os preços praticados pela controlada superem os praticados pelo mercado, há verdadeira desvantagem na dispensa de licitação, o que a destitui de sentido.

Por fim, outros contornos – e um pouco mais complexos, cumpre ressaltar – foram dados à dispensa de licitação para a contratação de empresas estatais com as suas controladas. Trata-se da situação em que o poder de controle detido pela Administração Pública Indireta caracteriza-se como conjunto ou compartilhado. Seria essa modalidade de controle admissível para a dispensa de licitação? É o que se verá a seguir, a partir da análise do TC 029.884/2012-8.

III.4.a – Caso CEF, IBM e MGHSPE.

Em fevereiro de 2013 o Tribunal de Contas da União, no bojo do TC 029.884/2012-8²⁹, suspendeu cautelarmente a execução de um contrato bilionário entre a Caixa Econômica Federal e sua controlada MGHSPE que teria como objetivo a prestação de serviços de operacionalização da origem de crédito imobiliário, no valor estimado de R\$ 1.194.497.164,05; pelo prazo de 60 meses e fora realizado mediante dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993. A suspensão do contrato pelo TCU deveu-se ao entendimento de que, à luz dos parâmetros legais, jurisprudenciais e doutrinários, a empresa não se enquadraria no conceito de “controlada”, para fins de dispensa de licitação. A controvérsia surgiu por conta do controle compartilhado entre a Caixa Econômica Federal e a IBM sobre a MGHSPE, *joint venture* que tem como acionistas a IBM Brasil Máquinas e Serviços Ltda., a CaixaPar (Caixa Participações, subsidiária da Caixa Econômica Federal), a

²⁹ Cumpre ressaltar que foi decretado o sigilo integral dos autos do referido processo, o que impediu a análise pormenorizada de todos os elementos discutidos. Somente a decisão cautelar permanece pública e pode ser acessada no site do TCU <www.tcu.gov.br>.

Funcef (Fundação dos Economiários Federais), e o FIP Veneza (Fundo de Investimento em Participações) e enquadrada como sociedade de propósito específico.

Na oportunidade, discutiu-se se a Caixa deteria o poder de controle sobre a MGHSPE, vez que, dadas a disposição do capital social e as prerrogativas concedidas a cada acionista, haveria dificuldade em estabelecer o tipo de controle exercido sobre a empresa (Despacho que suspendeu a execução do contrato, de autoria do Ministro-Relator Valmir Campelo, p. 07). Isso porque, conforme a divisão acionária da MGHSPE, a IBM detém 51% das ações, a Funcef 11,75%, a CaixaPar 2% e o FIP Veneza 47%, dos quais concedera 32% à CaixaPar, que detém, portanto, 37,25% das ações, direta e indiretamente. Para além da divisão acionária, que qualificaria de pronto a IBM como acionista majoritária, possibilitando a essa empresa o exercício do poder de controle, outras disposições do contrato social e do acordo de acionistas foram analisadas pelo TCU.

Conforme o acordo de acionistas da MGHSPE, percebeu o tribunal que a maioria do Conselho de Administração (três membros em um total de cinco), os principais membros da Diretoria, bem como o Presidente da empresa e dois dos três vice-presidentes, seriam indicados pela IBM, enquanto que, à Caixa, por meio de sua subsidiária CaixaPar, restaria a indicação de um vice-presidente, e de cinco diretores somente, um dos quais subordinado ao vice-presidente de finanças, indicado pela IBM. Além disso, foi concedido poder de veto aos membros do Conselho de Administração e aos sócios nas assembleias gerais, órgãos em que a IBM detém a maioria dos votos, ao passo em que não fora conferido poder de veto em decisões da Diretoria, cuja maioria é da Caixa. “Assim, em que pese as prerrogativas de veto, resta claro que a Caixa não irá ditar os rumos” da MGHSPE (Idem, p. 08).

Outros dispositivos contratuais concederam à IBM a preponderância nas operações da empresa contratada. O próprio acordo de acionistas dispõe que, em determinadas ocasiões, a MGHSPE será solicitada a adotar procedimentos como se subsidiária da IBM fosse, “inclusive respeitando determinados contratos e obrigações aplicáveis às Subsidiárias da IBM”. Não bastasse isso, o mesmo instrumento jurídico concedeu à IBM a exclusividade no fornecimento de hardware e software para a companhia, bem como serviços de TI e previu cláusula de vedação à concorrência que impede a CaixaPar, o FIP Veneza e a Funcef de competirem com a MGHSPE em qualquer negócio no Brasil de processamento de crédito imobiliário³⁰.

³⁰ Segue trecho do despacho que cita tais disposições contratuais:

62.1 Subsidiariedade à IBM: a cláusula 2.12 (peça 17, p.14) do acordo de acionistas dispõe que (...) Operações . Cada parte reconhece e concorda que a Companhia será solicitada a, por diversos propósitos, tomar certas ações e adotar procedimentos como uma subsidiária da IBM, inclusive respeitando determinados contratos e

Tudo isso fez com que o tribunal entendesse haver indícios de ilegalidade na contratação da MGHSPÉ, já que essa empresa não se adequaria ao conceito de controlada para os fins de dispensa do art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93. A Caixa seria, na verdade, coligada da MGHSPÉ, por deter influência significativa na gerência dessa última, mas não o controle, ainda que consideradas as disposições do acordo de acionistas firmado com a IBM (Idem, p. 11).

A Caixa, por sua vez, quando da apresentação de informações no curso do processo, argumentou no sentido de que o acordo de acionistas não é um produto ocasional e transitório e que deliberará, necessariamente, nas seguintes questões estratégicas: alteração do Estatuto Social da Companhia, requerimento de falência, recuperação judicial ou extra judicial, liquidação ou dissolução da Companhia, ingresso de novo investidor na Companhia, dentre outras. Defendeu, também, que seria ela quem exerceria o controle sobre a MGHSPÉ ainda que de forma compartilhada, e que a Lei 6.404/76 não faz menção à exigência de maioria das ações para a configuração do controle compartilhado (Idem, p. 03 e 04). Segundo a empresa:

“é possível afirmar que: (i) na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XXIII, da Lei nº 8.666/1993, o termo "controladas" abarca as empresas em que a estatal contratante exerça poder de controle, direta ou indiretamente, e independentemente de sua participação acionária, que pode ser majoritária ou minoritária; (ii) ademais, o poder de controle pode ser exercido isoladamente pela empresa estatal ou de forma compartilhada, nos termos da legislação societária em vigor” (Idem, p. 04).

Essa defesa foi corroborada pela MGHSPÉ, ao afirmar que o controle da sociedade é compartilhado entre a Caixa e a IBM em face do acordo de acionistas firmado entre os sócios, o que permitiria a aplicação do inciso XXIII do art. 24 da Lei 8.666/1993 no caso. Alegou, ainda, que a contratação ocorreu em consonância com o que dispõe a Súmula 265 do TCU, por guardar compatibilidade tanto com os preços de mercado quanto entre o serviço a ser prestado e o objeto social da entidade contratada.

O TCU, no entanto, não se convenceu de tais argumentos, por entender que, diferentemente do caso apresentado, o controle compartilhado é aquele exercido por um bloco de controle composto por pessoas independentes entre si e que isoladamente não detenham o

obrigações aplicáveis às Subsidiárias da IBM, e que as obrigações da Companhia como uma Subsidiária da IBM poderão afetar de forma adversa seus negócios, operações e assuntos (...). Nem os Acionistas nem sequer a Companhia terá qualquer pretensão ou direito contra IBM como resultado de tais requisitos e obrigações.

62.2 Exclusividade da IBM como fornecedora: cláusula 2.11 (peça 17, p.14) do acordo de acionistas:

Cláusula 2.11 Produtos e Serviços. Cada uma das partes concorda que a IBM será o fornecedor exclusivo de hardware e serviços de TI, software e serviços para a Companhia, baseados em operações usuais de mercado e em termos condições e preços padrão da IBM, os quais devem estar compatíveis com os praticados no mercado. Acordo de Acionistas

62.3 Monopólio da IBM / vedação à concorrência: Conforme a cláusula 2.5 do contrato de investimento (peça 18, p. 13-14)”

controle, associadas por interesses convergentes, deliberando sempre no mesmo sentido, sem exercer individualmente os poderes contidos no artigo 116 da Lei 6.404/1976 ou no art. 32 da Instrução normativa da CVM nº 247/1996, quais sejam: a preponderância nas deliberações sociais ou o poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores. O grupo de controle estabelecido no âmbito de um acordo de acionistas opera, portanto, como um acionista majoritário, ainda que seus signatários sejam acionistas minoritários, quando individualmente considerados (Idem, p. 12).

O posicionamento do TCU é adequado porque, a partir da análise da decisão cautelar proferida, percebe-se que, muito embora exista um instrumento jurídico vinculante que preveja o controle compartilhado entre a IBM e a Caixa, há notável preponderância na condução da Companhia por parte da IBM, que não só tem o poder de escolher a maioria dos vice-presidentes e administradores, como também detém a maioria do capital social e a maioria dos membros nos órgãos sociais dotados de poder de veto. Não é possível que se considere a MGHSPE como empresa controlada da Caixa se o poder decisório desta última fica a depender de posterior aval da IBM em várias ocasiões, como naquelas em que as decisões tomadas por representantes da Caixa se subordinam aos executivos da IBM (como no já citado exemplo do diretor de finanças subordinado a um dos vice-presidentes indicados pela IBM).

Pelo contrário, conforme já se disse anteriormente, a dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93 tem como fundamento o poder de controle adquirido pela empresa estatal sobre a empresa controlada, que justifica o uso desta última como instrumento para a realização de atividades acessórias à empresa adquirente (NIEBUHR, 2003, p. 299). Assim, a contratação realizada entre uma empresa estatal e suas controladas não se caracteriza como ato de mercado, uma vez que a entidade “não está recorrendo ao mercado [e] nem está atuando em competição com os demais agentes econômicos” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 328). Levado às últimas consequências, esse tipo de contrato, caso houvesse a incorporação da controlada pela estatal, poderia ser considerado como um “ato interno”, tamanho o poder de controle e direcionamento detido pela empresa contratante (Idem, p. 327).

Dessa forma, quanto maior é o poder de intervenção e de controle de empresas privadas na controlada – e, conseqüentemente, menor o poder da empresa estatal – menos adequada se faz a contratação direta por meio da hipótese de dispensa do inciso XXIII. Em verdade, quando a sociedade controlada está mais sujeita à intervenção de agentes privados do que à gerência da empresa estatal, não é possível caracterizá-la como empresa controlada pertencente à Administração Pública Indireta.

“Não se pretende que seria subsidiária qualquer sociedade em que houvesse participação de sociedade de economia mista ou empresa pública. Interpretação dessa ordem contraria até o significado vulgar da expressão “sociedade subsidiária”. Portanto, a participação minoritária de sociedade de economia mista ou empresa pública não caracteriza o surgimento de sociedade subsidiária nem autoriza contratação direta fundada no inc. XXIII” (Idem, p. 326 e 327).

O controle compartilhado, por sua vez, configura uma situação de maior instabilidade do poder de controle (que já é, naturalmente, alvo de negociações, barganhas e tensões por conta dos inúmeros interesses diversos e por vezes conflitantes dos diferentes acionistas, fornecedores, clientes, credores da companhia, etc.) por ter de comportar também aqueles eventuais conflitos de poder existentes dentro do próprio bloco de controle (MUNHOZ, 2002, p. 234). Assim, o controle compartilhado não é hipótese válida para a admissão da dispensa de licitação nos moldes do art. 24, XXIII da Lei 8.666/93, haja vista a grande vulnerabilidade do poder de controle exercido pela empresa estatal – que, sozinha, é acionista minoritária não detentora do controle – o que pode culminar na situação esdrúxula de se ter de admitir a presença na estrutura da Administração Pública Indireta de uma sociedade empresária cujo poder de comando não se encontra, de forma majoritária e definitiva, nas mãos do Estado. É o que se verá a seguir.

III.5 – Dispensa de Licitação e Controle Compartilhado.

O poder de controle exercido pelas empresas estatais sobre suas controladas é tema de difícil abordagem e ainda pouco analisado pela jurisprudência pátria. Quanto ao controle compartilhado como hipótese de cabimento para a dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93, o TCU ainda não tem um entendimento consolidado, vez que ainda não proferiu decisão definitiva sobre o caso da contratação da Caixa com a MGHSPE – caso que provavelmente terá grande repercussão no tema.

Ainda que o panorama da jurisprudência seja bastante insipiente, é possível posicionar-se a respeito dessa questão. Conforme afirmado anteriormente, a decisão cautelar que suspendeu a execução do contrato firmado entre a Caixa e a MGHSPE é correta, vez que não há, no caso, um poder de comando capaz de qualificar a empresa contratada como controlada da Caixa. Para além das fronteiras do caso analisado, entretanto, o controle compartilhado não satisfaz a dispensa de licitação porque subordina o interesse da Administração Pública Indireta à anuência de *players* privados, favorecendo-os em detrimento de outros agentes privados que não possuam participação minoritária do poder público no seu

quadro societário ou no de suas controladas. Vários são os motivos que sustentam esse entendimento.

Primeiramente, o procedimento licitatório, embora mereça inúmeras críticas – como a sua excessiva burocratização, lentidão do procedimento, altos custos para a Administração – é a forma escolhida pelo legislador para as contratações feitas pela Administração Direta e Indireta. A adoção desse procedimento como regra está presente tanto na Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, quanto na legislação infraconstitucional, representada primordialmente pela Lei 8.666/93. Assim, é claro que a licitação é a regra, enquanto que as contratações diretas, dentre as quais a dispensa, são exceções e devem ser interpretadas de modo restritivo, “para não permitir a subversão do programa lançado na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal” (NIEBUHR, 2003, 150).

Além disso, a licitação tem como fundamento principal a proteção ao princípio da isonomia, concedendo aos particulares tratamento igualitário e a garantia de um julgamento amparado em critérios objetivos para a definição daquele que será contratado. Deve-se, enfim, observar o princípio da isonomia e resguardar os direitos subjetivos dos licitantes, o que impede a discriminação arbitrária e a existência de distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados (JUSTEN FILHO, 2009, p. 376 a 378) Segundo Carlos Ari Sunfeld:

“A licitação é necessária toda vez que uma entidade governamental, ao estabelecer com um particular certa colaboração remunerada, ou propiciar-lhe o desfrute de um bem ou serviço público, criar para este um benefício pessoal direto que não possa ser concedido a todos os interessados natos” (SUNDFELD, 1994, p. 40).

Nesse sentido, todos os entes estatais, independentemente de serem pessoas jurídicas de direito público ou privado, estão obrigados a promover a licitação. O dever de licitar objetiva, assim, que não se concedam privilégios a determinados particulares específicos, o que violaria o princípio da igualdade (SUNDFELD, 1994, p. 55).

A dispensa, portanto, só pode ser considerada legítima nos casos em que a realização da licitação acarrete prejuízos que não possam ser razoavelmente suportados pela Administração Pública (NIEBUHR, 2003, p. 147). Ainda que assim seja, a simples autorização legal para a dispensa de licitação pública não é bastante para que se proceda à contratação direta: ao agente administrativo cabe a tarefa de subsumir o caso concreto à hipótese prescrita na norma, motivando os seus atos (Idem, p. 154).

Quanto à dispensa de licitação do inciso XXIII, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes defende a sua inconstitucionalidade, por entender que o exercício de atividade econômica pelo Estado de modo indireto, ou seja, por meio das empresas controladas ou subsidiárias de empresas estatais, fere os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Isso porque,

segundo o autor, a contratação direta de tais entidades confere a elas um favorecimento que prejudica a iniciativa privada, que, no modelo neoliberal de Estado, deveria atuar complementando a sua ação (FERNANDES, 1999, p. 132 a 136).

Atestar pela inconstitucionalidade do dispositivo pode ser um tanto radical, porém assiste razão ao mencionado autor no que se refere à concessão de favorecimentos às empresas controladas, em prejuízo da iniciativa privada, o que pode ser prejudicial à livre concorrência. Conforme se viu anteriormente, as empresas controladas integram a Administração Pública Indireta e seguem o mesmo regime jurídico da empresa controladora, o que as possibilita desfrutar dos mesmos privilégios concedidos às empresas estatais (JUSTEN FILHO, 2009, p. 213 a 215). A concorrência em igualdade de condições entre empresas públicas e privadas é “quase impossível, o que torna necessário o princípio da subsidiariedade da empresa pública, a fim de que a liberdade de empresa em uma economia de mercado seja efetiva.” (ORTIZ, *in* ARAGÃO, 2009, p. 18).

Tal desigualdade entre a iniciativa privada e as empresas estatais, no entanto, não são suficientes para justificar a inconstitucionalidade do dispositivo, mas reforçam a necessidade de interpretá-lo de modo restritivo. De acordo com Carlos Ari Sundfeld, a licitação é exigível quando a Administração contrata com terceiros; o que significa que, quando a contratação se dá entre entidades da mesma pessoa política, independentemente da personalidade jurídica de cada uma, não é possível considera-las estranhas ou distintas umas das outras: todas são integrantes da Administração Pública (SUNDFELD, 1994, p. 56). Eis, assim, uma séria consequência dessa modalidade de dispensa de licitação: quando se admite a contratação direta de uma controlada pelo inciso XXIII, admite-se que ela é pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o que pode tornar-se ainda mais crítico se o controle for exercido de forma compartilhada.

Como já foi dito, o poder de controle pode configurar-se em diferentes graus de estabilidade e de concentração (MUNHOZ, 2003, p. 223), dos quais se destacam o controle majoritário (exercido por acionista que detenha a maioria das ações com direito a voto) e o minoritário (detido por acionista detentor da minoria dessas ações, mas que consegue exercer o controle porque há grande dispersão do capital social). (COMPARATO, 1977, p. 33 a 61). Novamente, o controle compartilhado se configura quando um grupo de acionistas minoritários sem poder de controle formam um bloco para atuar como se um só controlador majoritário fossem (MUNHOZ, 2002, p. 232).

O controle compartilhado gera, no entanto, uma situação em que há menor concentração de poder e maior instabilidade, pois a diluição do capital social é maior e,

mesmo dentro do bloco de controle diferentes sócios podem se utilizar de elevada influência para determinar os rumos e as diretrizes da companhia (MUNHOZ, 2002, p. 234). Isso pode gerar situações em que o destino dado à controlada venha a colidir com a própria finalidade dela, que deve realizar atividades instrumentais às empresas estatais (NIEBUHR, 2003, p. 299). Além disso, o bloco de acionistas pode se dissolver, rompendo o exercício do poder de controle pela empresa estatal: basta que o instrumento jurídico vinculante que lhe dá suporte seja rescindido, pelos modos comuns de extinção dos contratos (REQUIÃO, 2011, p. 204).

Assim, caso seja possível caracterizar uma empresa como controlada de uma estatal tendo como fundamento o exercício do controle compartilhado, passará a integrar a Administração Pública Indireta uma empresa sobre a qual o poder público é acionista minoritário, podendo grande parte do capital social com direito a voto concentrar-se nas mãos de poucos agentes privados. Essa situação não só traz intenso desconforto – por admitir que uma entidade da administração terá a maioria do seu capital social detida por particulares – como também colide com o princípio da isonomia, indispensável na contratação pela administração pública:

“[A] participação estatal minoritária não transforma a empresa em integrante da Administração Pública. Trata-se de uma empresa privada como qualquer outra, com uma única peculiaridade: entre seus sócios minoritários, está uma entidade estatal. Ora, como justificar, especialmente em face do princípio da isonomia, que essa empresa privada fosse privilegiada com contratação direta por parte da Administração? Isso significaria discriminar outras empresas que não tivessem o privilégio de contar, em seus quadros societários, com uma participação minoritária de entidade estatal.” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 327).

Desse modo, o controle compartilhado não é hipótese apta a ensejar a dispensa de licitação pelo art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93, seja porque há clara afronta aos princípios da livre concorrência e da isonomia (vez que uma sociedade sobre a qual o poder público detém participação minoritária pode ser contratada sem licitação em detrimento das demais, que não possuem uma estatal como acionista), ou porque o controle compartilhado é uma modalidade extremamente instável do exercício do controle, ou porque, nessa hipótese de controle, por conta do forte poder de direcionamento dado por agentes privados, pode-se gerar uma situação em que o contrato é executado, de forma indireta, pelos acionistas privados. De qualquer forma, caso admitida a contratação direta pela Administração Pública de empresa sobre a qual é detentora participação acionária minoritária, deve-se admitir também que essa empresa contratada integra os quadros da Administração Pública Indireta, ainda que a maior parte do capital social estivesse detido por agentes privados, o que contraria os já citados princípios da isonomia e do interesse público (Idem, ibidem).

CONCLUSÃO.

Procurou-se, no presente trabalho, demonstrar que o controle compartilhado não é adequado para fundamentar a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inc. XXIII, da Lei 8.666/93. Para tanto, partiu-se de uma análise principiológica, ainda que rápida, sobre os contornos dados aos princípios da supremacia do interesse público e da isonomia em sede de contratações pela Administração Pública, que impõem a licitação como regra e a ausência do certame licitatório como exceção (NIEBUHR, 2003, 150). Após, foi feito um estudo dos três institutos que possibilitam a contratação direta pela Administração Pública, segundo a lei de licitações: a licitação dispensada, dispensável e inexigível. Quanto à dispensa, concluiu-se tratar-se de casos previstos taxativamente em lei, em que o procedimento licitatório torna-se prejudicial ao poder público, o que justifica a sua dispensa (Idem, p. 147).

Em seguida, a partir de um panorama geral da estrutura da Administração Pública Indireta, foram descritas as principais características das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas controladas ou subsidiárias, todas pessoas jurídicas de direito privado envolvidas na dispensa de licitação do art. 24, inc. XXIII, da lei 8.666/93. Ressaltou-se que o regime jurídico das empresas controladas é o mesmo dos de suas controladoras (JUSTEN FILHO, 2009, p. 216).

Quanto ao poder de controle, concluiu-se que o controle compartilhado é aquele exercido a partir da formação de um bloco de controle, composto por acionistas minoritários que, individualmente considerados, não detêm o poder de controle, mas que se unem para atuar como um controlador majoritário (MUNHOZ, 2002, p. 234). Dessa forma, o controle compartilhado é uma forma de maior instabilidade e menor concentração de poder, haja vista a maior diluição do capital social e a possibilidade de impasses na condução da sociedade dentro do próprio bloco de controle (Idem, *ibidem*).

Posteriormente, foi feita uma análise acerca do que têm decidido a jurisprudência quanto ao regime jurídico de empresas estatais, que, como se disse, é aplicado também às suas controladas. Viu-se, assim, que as empresas controladas estão obrigadas a promoverem licitação e a contratarem seus trabalhadores por meio de concurso público (Vide súmula nº 231/TCU).

Por fim, através do exame da suspensão cautelar promovida pelo TCU no bojo do TC 029.884/2012-8 – em que a Caixa contratou a MGHSPÉ por dispensa de licitação – tentou-se afirmar que o controle compartilhado não pode ser considerado hipótese apta a ensejar a dispensa de licitação pelo art. 24, XXIII, da Lei 8.666/93. Isso porque, conforme se viu,

restam prejudicados os princípios da livre concorrência e da isonomia na medida em que uma sociedade sobre a qual o poder público detém participação minoritária pode ser contratada sem licitação em detrimento das demais, que não possuem uma estatal como acionista. Conforme foi dito, mesmo na contratação direta não são admitidas arbitrariedades ou subjetividades que ocasionem discriminações divorciadas da razoabilidade: a observância do princípio da legalidade requer que as hipóteses de dispensa de licitação sejam interpretadas de maneira restritiva (NIEBUHR, 2003, 150), e que seja preservado, ainda que de forma menos rigorosa, o princípio da isonomia.

Além disso, o controle compartilhado é bastante instável, vez que, além de possibilitar impasses dentro do próprio bloco de controle, dificultando que a estatal determine os rumos da sociedade, é baseado em instrumento jurídico vinculante (acordo de acionistas) que pode ser extinto pelas cláusulas usuais de rompimento dos contratos (REQUIÃO, 2011, p. 204). Não bastasse isso, há forte poder de direcionamento por parte de agentes privados nessa forma de controle, o que pode culminar em uma situação em que o contrato firmado entre a estatal e a controlada seja executado, de forma indireta, por acionistas privados.

Uma sociedade empresária controlada de forma compartilhada por estatal integrante de um bloco de controle não pode, assim, ser contratada sob o regime de dispensa de licitação sob pena de vulnerar a isonomia e o interesse público: o controle compartilhado não é capaz de conferir às empresas estatais a subordinação estável e perene de suas controladas, o que justifica a inadequação dessa forma de controle para satisfazer a hipótese de dispensa de licitação analisada.

BIBLIOGRAFIA

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. COLISÃO DE NORMAS – DISTINÇÃO ENTRE PONDERAÇÃO E JUÍZO DE ADEQUAÇÃO, *In: REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA*. Ano 51, nº 53, Brasília: Senado Federal, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHOSA, Modesto Sousa Barros. COMENTÁRIOS À LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS – VOLUME 4, TOMO II. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. MANUAL DE DIREITO COMERCIAL. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. O PODER DE CONTROLE NA SOCIEDADE ANÔNIMA. 2ª ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO: MODALIDADES, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. 4ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. DIREITO ADMINISTRATIVO. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. EMPRESA CONTEMPORÂNEA E DIREITO SOCIETÁRIO: PODER DE CONTROLE E GRUPOS DE SOCIEDADES. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA. São Paulo: Dialética, 2003.

ORTIZ, Gaspar Ariño. PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO, *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO*. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20/11/2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. COMENTÁRIOS À LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. DIREITO EMPRESARIAL ESQUEMATIZADO. São Paulo: MÉTODO, 2010.

REQUIÃO, Rubens. CURSO DE DIREITO COMERCIAL – 1º VOLUME. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO – DE ACORDO COM AS LEIS 8.666/93 E 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994.

TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL: TEORIA GERAL E DIREITO SOCIETÁRIO – VOLUME 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

ZYMLER, Benjamin. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTROLE. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2006.