

# Inaplicabilidade da Lei de Licitações na formalização de relações fundamentadas na Lei Federal nº 11.908/09

**Carolina Reis Jatobá Coêlho**

*Advogada da CAIXA no Distrito Federal  
Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo  
Centro Universitário de Brasília/DF*

## RESUMO

A Lei nº 11.908/09 surge como resposta do ordenamento jurídico doméstico à crise econômica mundial de 2008/2009 e confere autorização aos Bancos Estatais Federais para constituir subsidiárias ou controladas com o objetivo de fomentar o auxílio na execução de seus respectivos objetos sociais para enfrentamento das consequências da crise, que até hoje, salienta-se, são sentidas. Neste sentido, sustenta-se, ao longo do artigo, que as relações advindas dessa “parceria público-privada” (*lato sensu*) estabelecida em um neoempreendedorismo decorrente de um capitalismo de Estado ocorrem em um contexto em que se fortalece a concorrência de ambos os parceiros, numa sinergia que singulariza a relação. Concebidas, portanto, em um contexto privado de arranjo societário, as relações contratuais para fornecimento de bens e prestação de serviços entre eles não podem submeter-se às regras públicas da Lei de Licitações, sob pena de criar-se óbice intransponível à atividade concorrencial das instituições financeiras estatais.

Palavras-chave: Bancos Estatais Brasileiros. Conglomerados e Grupos. Parcerias – Lei nº 11.908/09. Inaplicabilidade da Lei de Licitações.

## SUMMARY

The Brazilian Federal Law nº 11.908/09 is a response of the domestic legal system to the global economic crisis of 2008/2009 and gives authorization to the Federal State Banks to establish subsidiaries, aiming to foster aid in the execution of their social objects to face the consequences of the crisis, that are felt even today. This paper deals with the arising of this “public-private partnership” established on a state capitalist

context which strengthens competition from both partners, a synergy that distinguishes the relationship between the public and private partners. Conceived in a private context of corporate arrangement, the contractual relationships for goods and services between them can not be subject to the rules of the Public Procurement Law, otherwise create obstacle to competitive activity state financial institutions.

Keywords: State Brazilian Banks. Groups and Conglomerates. Partnerships – Law nº 11.908/09. Inapplicability of Public Procedures.

## Introdução

Muito se tem questionado sobre a intervenção estatal na Economia e tais questionamentos persistem de tal forma ao longo da formação do Estado que se pode, de forma analógica, compará-los com pêndulos históricos que oscilam constantemente entre as posições políticas na defesa de uma intervenção mínima ou máxima, passando por zonas cinzentas<sup>1</sup> (SOUTO, 2003, p. 1-55).

No Brasil, pode-se citar que a Constituição de 1934 previu a nacionalização de bancos e o fomento ao desenvolvimento do crédito<sup>2</sup> no artigo 117, bem como a formação de monopólios estatais, conforme artigo 116. A Carta Constitucional seguinte, de 1937, de cunho mais liberal, propugnava a intervenção do Estado na Economia tão somente para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar fatores de produção. Ao Estado moldado pelo neoliberalismo do governo FHC, segue-se um Estado de Bem-Estar Social caracterizado por um ordenamento jurídico dirigista com apoio em políticas públicas, no governo Lula. Cada modelo econômico corresponde a um modelo de Estado, destacando-se o Estado Absolutista, o Estado de Direito, o Estado Social, o Estado Pós-Social e o Estado Cooperativo.

Particularmente, sobre a forma direta de intervenção pela exploração estatal da atividade econômica no Brasil, definiu-se, no marco constitucional de 1988, que, muito além da mera descentralização de atividades da Administração Pública, a prestação de objetos comerciais e industriais com intuito de lucro pelo próprio Estado seria uma materialização dos conceitos de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse públi-

<sup>1</sup> Neste sentido, confira-se ainda Aragão (2009, p. 38) e Estorninho (1996, p. 23-58).

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

co definido em lei<sup>3</sup>, na dupla formatação jurídico-institucional destinada a tal desiderato: Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, ambas regidas pelo direito privado.<sup>4</sup> Em outras palavras, por princípio, o setor público só poderia atuar onde a presença do particular fosse ineficiente ou insuficiente e, mesmo assim, de forma excepcional.

Não foi, contudo, este o arranjo histórico-jurídico que delineou a atuação direta do Estado no Brasil. A empresa estatal (*lato sensu*)<sup>5</sup> surge mais fortemente nas décadas de 30 a 70<sup>6</sup> na intenção de colmatar espaços vazios deixados pelo próprio setor privado na economia brasileira, de forma a exercer a atividade

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014. "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei." Entende-se difícil conformar os sentidos de forma unívoca dos vocábulos "relevante interesse coletivo" e "segurança nacional" dispostos no dispositivo constitucional do artigo 173. Não existe a referida lei mencionada na Constituição Federal. Entretanto, com efeito, defende-se que a grande brecha legislativa confere ampla liberdade discricionária ao Estado para delimitar os efeitos de tal previsão.

<sup>4</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014. Nos termos da referida norma: "Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: [...] II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969) III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)".

<sup>5</sup> Neste trabalho, adota-se o vocábulo Empresa Estatal como gênero, para fins de tratar tanto da Empresa Pública quanto da Sociedade de Economia Mista.

<sup>6</sup> Destaca-se a política econômica fixada pelo governo Vargas e a valorização da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, criada em 1941 sob a forma de Sociedade de Economia Mista com participação majoritária do Tesouro Nacional, bem como da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, que nasceu vocacionada à exportação. Também destaca-se o nascimento da Petrobras com apelo nacionalista na década de 50. A substituição de importações e a necessidade de função regulatória eram as principais tônicas da maioria das criações das figuras estatais.

econômica em sentido estrito para suprir a carência empresarial em determinados setores.

A intervenção estatal destinava-se, enfim, a desenvolver o mercado interno, já que nos países em desenvolvimento, principalmente os de capitalismo tardio, como é o caso tupiniquim, a assunção de atividades privadas pelo Estado apresentava-se como principal exercício do papel econômico, em clara posição protagonista, muitas vezes como monopolista ou líder de mercado (PINTO JÚNIOR, 2010, p. 10-25).

O verdadeiro marco do capitalismo brasileiro deu-se somente com investimentos públicos e inaugurais<sup>7</sup> nos setores siderúrgico, petrolífero e elétrico e bancário, em razão não só de sua importância estratégica mas também diante de retornos incertos e baixa rentabilidade do setor, o que deixou muitos particulares tímidos para assumir os riscos dessa seara (PINTO JÚNIOR, 2010, p. 10-25).

Esse panorama confirma, sobretudo, a visão de que tanto o direito quanto o jurídico importam na formatação institucional, “mas os modelos ou arranjos devem refletir diferenças entre escolhas e preferências sociais que reforçam particularidades históricas, culturais e políticas.” (SCHAPIRO, 2010, p. 32)

No setor financeiro brasileiro, destaca-se que os bancos estatais ostentaram um papel protagonista não só na atividade bancária de *per se* mas também como instrumento eficaz na condução de políticas econômicas.<sup>8</sup> O desenvolvimento da atividade bancária no Brasil sempre foi não só fomentado mas principalmente executado pelo próprio Estado. Para elucidar essa questão, destaca-se a seguir a história institucional resumida de cada um dos bancos estatais brasileiros.

Ainda sob a égide da Monarquia, o Primeiro Banco do Brasil surgiu diante da vinda da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808, com o propósito mais financeiro do que econômico, considerando as necessidades da Coroa, motivo pelo qual sua extinção deu-se quando do retorno da Família Real a Portugal. O Segun-

<sup>7</sup> Diferentemente do que aconteceu, por exemplo, na Europa, onde o fluxo de nacionalização ocorreu depois do capitalismo consolidado. Em verdade, atualmente o cenário europeu aponta para a continuidade da participação estatal nas empresas privatizadas, por intermédio das golden shares, que seriam ações preferenciais de classe especial, que carregariam prerrogativas que concederiam ingerências estatais nas empresas privadas. Confira-se Rodrigues (2004, p. 14).

<sup>8</sup> BANCO DO BRASIL. História. Disponível em <<http://www.bb.com.br/portallbb/page301,9171,9171,21,0,1,1.bb?codigoNoticia=8300&codigoMenu=5902>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

do Banco do Brasil nasceu em 1853, no Segundo Reinado, diante de conjunturas políticas, já que a centralização do Império requeria uma estrutura nacional governamental que não se restringisse à esfera do financiamento comercial, concedido também por bancos comerciais. Em 1864 ocorre uma crise financeira circunstanciada pela Guerra do Paraguai, o que desencadeou fechamento de bancos e abalou as finanças públicas. A crise evidencia o uso do Banco do Brasil como instrumento de política econômica, ao autorizar a emissão de papéis para fins de aumento do meio circulante.<sup>9</sup>

A CAIXA, por sua vez, foi criada em 1861, na época imperial sob a regência de D. Pedro para permitir que pequenos comerciantes, negros alforriados e população de baixa renda cultivassem o hábito da poupança (BUENO, 2002, p. 20-23). A CAIXA é pioneira como banco social. Foi criada para atender uma classe então excluída do universo econômico e da participação ativa na política do país no século XIX. Vejamos:

pequenos comerciantes, homens e mulheres de baixa renda, submetidos a trabalhos braçais de pouco ganho; mulheres e homens negros apesados e surrados pelo trabalho escravo e pela vida, que pretendiam poupar para conquistar a tão sonhada carta de alforria; negros e negras alforriados que também pretendiam conquistar a “efetiva” liberdade econômica, em detrimento dos mandos de seus ex-senhores (SANTOS, 2011, p. 169).

Atribui-se essa característica de banco popular surgido não de iniciativa popular advinda do momento histórico ou político vivido no Brasil, mas muito se deve aos ideais modernistas cultivados por D. Pedro II, um homem viajado, conhecedor da efervescência cultural do mundo, a frente de seu tempo e que pensava ser inconcebível aliar modernidade brasileira a um regime escravista e vida insalubre, como muitos brasileiros viviam à época (SCHWARCZ, 2007).

Depois da instituição do que se denomina Estado Social, soma-se ao figurino natural das instituições financeiras públicas uma roupagem com duplo viés de prestadoras de serviços públicos, executoras de políticas públicas governamentais (denominadas atividades de banco social) e também exploradoras da

<sup>9</sup> BANCO DO BRASIL. História. Disponível em < <http://www.bb.com.br/portallbb/page301,9171,9171,21,0,1,1.bb?codigoNoticia=8300&codigoMenu=5902> >. Acesso em 25.08.2014. BUENO, Eduardo. **CAIXA. Uma História Brasileira**. São Paulo: Metalivros, 2002, p. 20-23.

atividade econômica *stricto sensu* (banco comercial) atuando em evidente concorrência com a iniciativa privada.

Contemporaneamente, mesmo após as privatizações e nacionalizações de alguns setores econômicos, a exemplo do energético e do de telecomunicações durante os anos 90 a 2000, ocasião na qual muito se falou sobre o possível afastamento entre Setor Privado e Público, entende-se que as relações entre Economia e Estado seguem cada vez mais próximas e encontram fundamento jurídico, sociológico e administrativo no novo paradigma da Administração Pública gerencial.

Além da adoção de modelos e formas privadas de administração, a máquina estatal funcionaria em plena simbiose e complementariedade entre burocracia e mercado, de forma a estabelecer uma verdadeira sociedade entre eles. Essa realidade é observada de forma mais premente após o período temporal do que se denomina pós-modernismo<sup>10</sup>, com o inevitável acirramento do fenômeno mundialização/globalização, que intensificou a realidade de um mercado mundial que fomenta a constituição de parcerias com o setor privado, a fim de otimizar instrumentos de atuação estatal, visando imprimir maior eficiência às atividades estatais na atuação finalística decorrente da atividade econômica, bem como na atuação como promotora de políticas públicas e prestadora de serviços públicos.

Portanto, nem o Estado suprimirá o mercado nem o mercado suprimirá o Estado. Atualmente, no neologismo de Bremmer, fala-se em um "capitalismo de Estado", que não excluiu – e talvez não excluirá – a economia de mercado, mas com ela conviverá. Ao contrário, internalizará práticas e iniciativas do mercado, atuando de forma mais eficiente e proativa, com redução de custos e execução mais eficiente de seus serviços, na intenção de melhor atendimento às expectativas da população, quando prestador de serviços públicos e, sobretudo, como agente econômico (BREMNER, 2011)

Essa premissa, já existente no paradigma estatal gerencial, fica mais evidente após a crise econômica mundial de 2008/2009,

<sup>10</sup> Há quem questione um verdadeiro paradigma temporal pós-guerras, denominado por muitos de pós-modernismo ou pós-modernidade. No entanto, não se pode negar a percepção de uma nova feição mundial no que diz respeito à comunicação, influenciada pela tecnologia, um modelo econômico comum baseado no capitalismo, um avanço do consumismo e do individualismo, uma forma de convivência social urbana em detrimento da organização rural, uma nova lógica cultural influenciada pelo mercado etc. Talvez a liquidez das relações, instituições e organizações sociais seja a dinâmica desse movimento, como propõe Bauman (2007).

a qual redesenha o papel do Estado, seja exigindo-se dele novamente uma intervenção articulada para maior regulação precaucional, seja na sua efetiva participação em regime de livre concorrência com o mercado. O duplo fundamento contextual (paradigma estatal gerencial e necessidade de precaução na crise) soma-se a uma análise setorial, já que foi sempre predominante a regulação estatal no setor financeiro para o bom funcionamento dele<sup>11</sup>, mitigando as crises e fortalecendo o sistema financeiro para que ele não seja atingido diretamente por elas.

A intervenção do Estado sempre foi uma orientação inafastável no segmento financeiro em razão de a intermediação financeira ser considerada estratégica para o crescimento econômico, pela necessidade de multiplicação da moeda escritural e diante mesmo das especificidades da atividade bancária típica, que tornariam o setor particularmente sujeito a crises (PINTO, 2011).

A Lei nº 11.908/2009<sup>12</sup> surge, portanto, neste contexto de nova formatação de parcerias estatais no paradigma administra-

<sup>11</sup> Na economia brasileira e nas demais, a regulação do sistema financeiro é objeto de controle da moeda, política de bancarização, acesso ao crédito conforme juros muitas vezes predeterminados, estabelecimento de políticas macroeconômicas para fins de alcance da estabilidade financeira; prestação de garantias, títulos e benefícios e financiamentos a longo prazo para setores econômicos. A cautela, portanto, é justificada diante do risco evidente de uma crise econômico-financeira, o que pode comprometer toda a sociedade, ao desestabilizar os marcos sistêmicos e prudenciais, podendo atingir famílias, empresas e poupadores. Salienta-se, portanto, que o setor financeiro figura entre os setores mais regulados, não só pelo Estado, mas também pelo próprio setor (autorregulação) ou mercado (*Lex Mercatoria*).

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.** Autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras sediadas no Brasil; altera as Leis nºs 7.940, de 20 de dezembro de 1989, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.524, de 24 de setembro de 2007, e 11.774, de 17 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2014. Dispõe os dois primeiros dispositivos legais: "Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social. Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei. (Vide Decreto nº 7.509, de 2011).

tivo gerencial – que já vinha sendo explorado pelo Estado brasileiro, principalmente no setor financeiro, com a constituição e fomento de conglomerados – e na conjuntura de crise para fortalecimento do sistema financeiro nacional, pela valorização de bancos públicos federais e necessidade de conferir estabilidade e higidez econômicas.

A referida lei é decorrente da conversão da Medida Provisória nº 443, de 21 de outubro de 2008, e autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, a adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais descritos nos artigos 17 e 18.

A norma destaca o fortalecimento do sistema financeiro por participação em empresas privadas, continuando o processo de reestruturação e valorização pelo qual já vinham passando os bancos públicos desde o Plano Real (BASÍLIO et al., 2010).

Vale destacar que, a despeito de a norma tratar sobre regras aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional, uma vez que dispõe sobre ações aplicáveis aos bancos estatais, entende-se que ela não o reestrutura de forma geral, motivo pelo qual não seria objeto de lei complementar como se refere a orientação constitucional. No entanto, é possível o questionamento, sob o ponto de vista da inconstitucionalidade formal da lei, caso se considere os seus impactos em todos os entes afetados do mercado financeiro, o que não afasta completamente eventual ajuizamento de ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao STF – Supremo Tribunal Federal.

Aliás, se seu nascedouro foi a conversão da MP, também seu ressurgimento passou pela mesma forma. É que também se aprovou recentemente a MP 695/15, que reabriu o prazo, anteriormente restrito até 30 de junho de 2011, para até 31 de dezembro de 2018.

Em relação às ações pós-crise previstas na referida lei, ganham destaque especial a relação societária entre entes privados e públicos do mercado financeiro, geralmente entabulada por acordo de acionistas.

Assevera-se que essa opção figura entre as principais formas utilizadas pelo Estado para atrair e direcionar o comportamento dos capitais privados. Neste sentido, a celebração do acordo traduz-se em contrapartida para obrigação do particular de contribuir para o aprimoramento da gestão e do funcionamento da empresa com conhecimentos, técnicas, *know-how* etc. que detenha no setor econômico específico (RODRIGUES, 2006, p. 99).

Entre os numerosos benefícios decorrentes do tipo de empreendimento, ou, na melhor acepção do neologismo de Guerra (2004), *neoempreendedorismo estatal*, destaca-se que, além de viabilizar com maior perfeição a execução das atividades relacionadas ao objetivo social da Estatal, o lucro das operações reverteria para o setor público através de dividendos, isso tudo sem considerar a obviedade de que o Estado viabilizaria uma gestão mais eficiente de sua atuação, resguardando o interesse público e o caro princípio constitucional da eficiência, tão carente de concretização na Administração Pública atual.

Parece ser inadequado pensar que o ordenamento jurídico tenha concebido a possibilidade de relação societária entre entes privados e públicos precipuamente constituída para fazer face a um cenário de exploração de atividade econômica, como é o caso da prevista na legislação citada, para exigir das empresas estatais processos não aplicáveis aos demais concorrentes do mercado.

Para dizer o mínimo, soaria incongruente fomentar a participação com empresas privadas a fim de fortalecer a atuação estatal por via direta e participação no mercado em pé de igualdade com os demais *players*, mas, por outro lado, continuar a enxergar a relação entre as duas – empresa pública e controlada – como uma relação pública, e, por isso, sujeita às normas de regime público, com destaque para a Lei de Licitações.

Em outras palavras, porque justificadas em cenários de crise, contratações entre controladas/subsidiárias e empresa estatal devem ser delineadas de forma semelhante às que ocorrem com os demais *players* do mercado concorrencial. Ou seja: sem que o Estado ostente quaisquer prerrogativas na exploração da atividade, e também dispondo dos mesmos elementos e instrumentos empresariais para fins de executar a contento suas atividades em pé de igualdade com os demais. Não há bônus nem ônus, somente uma situação igualitária de tratamento.

Este artigo sustenta que, diante da moldura jurídica da Lei nº 11.908/2009, a formalização de contratação entre controladas/subsidiárias e empresa estatal, porque semelhantes a um grupo ou conglomerado, organização concebida no escopo empresarial para fazer face à melhor execução de atividades eminentemente finalísticas, não se submeteria às regras de licitação normalmente aplicáveis às demais relações entre Estado e particulares.

Para atingir o objetivo, adota-se a metodologia da pesquisa jurídica tradicional fulcrada no tripé das fontes de legislação, doutrina e jurisprudência, com o fito de se conformar à interpretação teleológica e jurisprudencial mais adequada à circunstância fática

prevista pela lei. A estrutura lógica do trabalho parte de uma análise dedutiva e o estudo divide-se em dois eixos.

A primeira parte deste trabalho irá identificar a conjuntura de crise existente à época da edição da lei em comento para explicitar a finalidade normativa em fortalecer o sistema financeiro. Esse contexto de origem e criação da norma indica que ela foi formatada com o objetivo de alavancar a situação dos bancos estatais de modo a aparelhá-los diante do cenário de crise econômica, para fazer face à concorrência, que já se utilizava de tais mecanismos para se fortalecer perante os demais *players* do mercado.

Identificado esse cenário originário, e diante de tal premissa fixada, analisar-se-ão, na segunda parte, os dispositivos legais que conferem afastamento das regras licitatórias com base no parágrafo primeiro do artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa parte, em que pese ainda inexistir um estatuto específico de contratações públicas para empresas estatais e sociedades de economia mista<sup>13</sup>, a jurisprudência e doutrina brasileiras sinalizam pela possibilidade de se considerar a contratação direta pela inaplicabilidade das normas licitatórias, quando o escopo da contratação se der sob a justificativa do contexto concorrencial, desde que a utilização das regras públicas prejudique o livre desenvolvimento da atividade finalística, ou seja, constituir-se em óbice para a exploração comercial dos entes administrativos considerados, devendo, portanto, serem tratados de forma particular em face dos demais entes administrativos, não sendo suas relações meras relações entre fornecedores de bens ou prestadores de serviços.

Isso porque eventuais concorrentes poderão ter livre escolha de seus parceiros, vislumbrando ganhos operacionais, de eficiência, econômicos e administrativos. Se os demais *players* têm liberdade para realizar tais arranjos – exatamente porque podem contar com seus parceiros na posição de *longa manus* de suas atividades principais ou complementares – por que se justificaria dar a uma lei criada com o objetivo de ampliar a atuação de bancos estatais – e, portanto, torná-los mais competitivos ou semelhantes aos seus concorrentes – uma interpretação restritiva, que não contemple tal particularidade?

Por fim, considerando tais premissas, a conclusão será no sentido de compatibilizar todo o esforço interpretativo que

<sup>13</sup> Situação que vem sendo objeto das atenções legislativas, com destaque para o PLS 555/2015, que, entre as questões de contratação pública, aventa a polêmica possibilidade de transformar a CAIXA em S.A.

decorre da origem, justificativa e contexto histórico e teleológico da lei para considerar que a hermenêutica a ela adjacente só poderá ser aquela que favoreça o viés privatista do arranjo societário que se pretende, o que, por evidência, está amparado pela exploração da atividade finalística e contratações que dela advêm para justificar um novo posicionamento no mercado.

Neste sentido, a despeito de poder considerar-se a possibilidade de enquadramentos eventuais nos artigos 24, XXIII e 25, caput, da Lei de Licitações, o que se sustenta é a própria inaplicabilidade da referida lei, já que se trata de uma prerrogativa prevista em lei para igualar bancos públicos e privados em seus contextos concorrenciais, sendo esse o recorte metodológico aplicável ao estudo.

## **1 Parcerias estatais no sistema financeiro nacional como estratégia para enfrentamento dos resultados da crise econômica de 2008/2009**

Sabe-se que, na crise, a autossuficiência dos sistemas é desafiada, colocando em xeque as prioridades então estabelecidas, exigindo-se estratégias, por vezes, inéditas e novas formas de ação dos Estados e dos demais atores conjunturais. Discute-se, de forma cooperativa entre os países, quais deveriam ser as atuações em curto, médio e longo prazo. Com base nesse contexto, exige-se uma ampla reformulação dos conceitos, das categorias, das regras e dos procedimentos jurídicos, com consideráveis e justificáveis alterações jurídicas no ambiente doméstico e internacional (FARIA, 2011, p. 31-34).

Quando se analisa a crise financeira de 2008/2009<sup>14</sup>, consi-

<sup>14</sup> Não é o foco deste trabalho a discussão acerca dos fatores que desencadearam a ocorrência da crise. No entanto, Faria (2011) defende que se somaram fatores novos e antigos que justificariam a crise. Os primeiros, inéditos e específicos, os segundos, problemas já suficientemente conhecidos nos registros de turbulências bancárias desde a Grande Depressão. Entre os primeiros, enumera: "o crescimento descontrolado de derivativos, multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, opacidade de novos tipos de operações e fundos de investimento, níveis elevados e não controlados de alavancagem, conflitos de interesses de agências de classificação de risco, políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição do risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou nenhuma regulamentação" (FARIA, 2011, p. 31-34).

dera-se a possibilidade de redesenhar a higidez do sistema por meio de instrumentos legais que possam ser utilizados de forma eficiente para reconstruir as fragilidades da antiga arquitetura funcional. Quanto ao setor financeiro, frisa-se que ele é alvo de intensa regulamentação, nem sempre advinda de fonte estatal ou reconhecidamente fruto de acordos internacionais. Muitas vezes o setor experimenta movimentos oriundos de autorregulamentação ou até de práticas mercadológicas costumeiras com efeito de norma informal, a exemplo da *Lex Mercatoria*, mas que nem por isso são menos efetivas na orientação de tomadas de decisão do setor.

Acerca disso, cita-se a organização internacional Banco de Compensações Internacionais (BIS), que fomenta a cooperação entre os bancos centrais e outras agências, em busca da estabilidade monetária e financeira, e estabeleceu, na década de 1970, o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia – *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS).

Tal organismo internacional, ao ponderar os riscos expostos ao segmento bancário no mundo todo, aprovou, em 1988, o I Acordo da Basileia, denominado oficialmente de *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, com o objetivo de criar exigências mínimas de capital para instituições financeiras como forma de fazer face ao risco de crédito.

Em 2004, houve revisão do documento, o que gerou o II Acordo da Basileia. O Fórum de Estabilidade Financeira – *Financial Stability Board* (FSB), juntamente com o G20, na intenção de reforçar o sistema financeiro como resposta à crise financeira, com auge em 2008, lançou as bases para os Acordos de Basileia III, para consolidar mais um conjunto de propostas de reforma de regulamentação bancária e conseguir que os bancos apresentassem balança positiva, solvibilidade, liquidez e, conseqüentemente, menos riscos ao mercado financeiro, cuja característica principal é a interdependência entre os agentes financeiros de todos os países.

Tais documentos corporificam orientações ao segmento bancário, motivo pelo qual são internalizados nos países signatários por intermédio de Regulamentos dos Bancos Centrais, sem que sejam transformados em norma cogente por intermédio da incorporação de textos convencionais (oriundos de tratados). Assim, estão mais afeitos à aceção internacional de *Soft Law*<sup>15</sup>, uma vez que não constituem norma jurídica instrumentalizada pelos órgãos legitimados para tal – como em um tratado ou lei

<sup>15</sup> Confira-se Guzman (2009).

nacional – e também não se encaixam perfeitamente na definição tradicional de *jus cogens*, mas, a despeito disso, representam necessidade de observância, diante da interdependência entre os agentes financeiros.<sup>16</sup>

Portanto, verifica-se que, em conjunturas de crise, essa perspectiva é fortemente sentida, e um dos instrumentos de atuação do Estado, além da regulação mais intensa, ocorre por intermédio da utilização de empresas estatais para direcionar o mercado e fazer face às contingências. Salienta-se que as figuras da concentração bancária e da conglomeração de atividades financeiras não são instrumentos novos no contexto do sistema financeiro nacional brasileiro. Ao contrário, remetem às políticas adotadas durante o governo militar no Brasil e até foram consideradas como uma das razões para que o país não sentisse tão forte os efeitos da crise<sup>17</sup> (PINTO, 2011).

No entanto, embora já incorporado nas práticas brasileiras, houve um considerável incremento do uso do mecanismo de formação de parcerias e conglomerados no período pós-crise para fazer face à recessão então instalada, caracterizando os entes unidos em arranjos jurídicos “*too big to fail*”, ou “grandes demais para quebrar”. É claro que o reforço desses instrumentos impescinde de reformas ao arcabouço regulatório vigente, já que não é segurança de que exista, de fato, uma real prevenção da crise pelo uso deles, até porque muitos grandes já quebraram na história das crises econômicas (PINTO, 2011, p. 342-345).

Sabe-se que as diversas formas de estruturação e formatação de grupos econômicos – com ou sem reflexo societário entre eles – refletem uma determinada e específica necessidade de se materializar – de forma diversa da contemporânea – relações com terceiros diante de determinadas situações fáticas, sobretudo econômicas.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Historicamente, e principalmente justificada pelo dinamismo a ela inerente, a práxis bancária – em todos os países – é regulamentada por normas infralegais, o que, além de diminuir os custos de transação a ela relacionados, prevê certa liberdade na forma de implementação das ações no âmbito local. A despeito disso, verifica-se uniformidade nos procedimentos a ela relacionados, oriunda de um tecnicismo comum globalizado.

<sup>17</sup> Pinto (2011, p. 1-10) remete a prática às políticas conduzidas pelo regime militar no Brasil, cita algumas opiniões da mídia brasileira na época da crise, destaca o convite de Henrique Meirelles para compor o Comitê da Basileia e a disposição do então Presidente Lula em “dar consultoria” para os países desenvolvidos que sofrem os efeitos da crise.

<sup>18</sup> É possível que o fenômeno do agrupamento empresarial tenha surgido no pós-guerra de 1939 a 1945, em decorrência da Terceira Revolução Industrial, visando à ampliação de mercados, ao aumento do número de consumido-

A constituição de parcerias é prática comum para preservar a concorrência vital do empresariado. Por exemplo, quando entidades privadas buscam a junção de esforços para formalizar um consórcio e participar de determinada licitação, elas buscam não só a soma das capacidades técnico-operacional e financeira mas também a inteligência do grupo de forma circunstancial para apresentar um melhor quadro concorrencial perante as demais licitantes.<sup>19</sup>

No contexto empresarial contemporâneo globalizado parece impensável que a tradicional estrutura da sociedade comercial monolítica seja a melhor resposta para os desafios concorrenciais do mercado. Justificam-se, portanto, arranjos empresariais, que parecem configurar estratégias mais robustas à sobrevivência do capitalismo global. E, para caracterização de grupo econômico atualmente, no entanto, não é obrigatório recorrer à formalização de estruturas tradicionais de concentração empresarial (vertical ou horizontal)<sup>20</sup>, podendo-se adotar formas diagonais ou conglomerado, cuja característica básica é a diversificação das atividades, serviços, localização e forma organizacional.

Neste cenário, mais do que juridicamente possível por intermédio da edição da lei mencionada, entende-se conjunturalmente necessário e adequado que empresas estatais estabelecessem verdadeiras parcerias público-privadas (em sentido lato)<sup>21</sup> para se fortalecer e alcançar o patamar concorrencial exigido na economia globalizada, com a racionalização das práticas, a diminuição de custos e o aperfeiçoamento de suas técnicas.

Ao se falar de mercado internacional – e as instituições financeiras estatais têm intenção de atuar mais fortemente nesse cenário, pois, se assim não for, podem ficar isoladas no mundo –, essa perspectiva assume ainda mais legitimidade. O grupo de

---

res e ao acirramento da concorrência. Tais alianças faziam-se necessárias diante de uma nova atuação empresarial no campo tecnológico, para racionalização dos custos e de forma a incrementar lucros. Tais grupos, anteriormente limitados à esfera nacional, passaram a se constituir internacionalmente, em posicionamento à globalização econômica, observando-se, de forma comum, a utilização de figuras multinacionais, por exemplo.

<sup>19</sup> Geralmente, a despeito da circunstancialidade das relações entre os grupos, os entes participantes continuam dotadas de personalidade e patrimônio próprios e independentes.

<sup>20</sup> Sobre as formas tradicionais de concentração, conferir Ferraz (2012).

<sup>21</sup> Neste artigo não se utiliza da terminologia restrita e técnica da Parceria Público-Privada tratada no Art. 2º da Lei nº 11.079, conceituada da seguinte forma: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” BRASIL (2004).

sociedades é um mecanismo essencial para a inserção das empresas na ordem econômica internacional.

Atualmente é cada vez mais raro identificar a fisionomia da sociedade individual isolada. Para escancarar a importância da organização de grupos societários para adequada atuação no mercado, basta citar que “nos EUA, os cem maiores grupos industriais empregam por volta de 26% do número total de trabalhadores, realizam 43% do volume global dos negócios e possuem, sozinhos, quase 50% da totalidade do ativo patrimonial da indústria norte-americana”, isso ao considerar o mercado interno, o que dirá o externo (FERRAZ, 2012).

Assim, não há dúvidas de que a Lei nº 11.908/09 tenha surgido como resposta do ordenamento jurídico doméstico à crise econômica mundial de 2008/2009 (BRASIL, 2008)<sup>22</sup> e cumpre a estratégia recém-explicitada, ao conferir autorização aos Bancos Estatais Federais – mais especificamente, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal<sup>23</sup> – para constituir subsidiárias ou controladas, com o objetivo de fomentar claro auxílio na execução de seus respectivos objetos sociais de modo a enfrentar as consequências da crise, que até hoje, salienta-se, são sentidas.

A interpretação acerca desse instrumento de auxílio na execução do objeto social nada mais reflete do que uma perspecti-

<sup>22</sup> Fica claro pelo documento que devido à forte retração internacional do crédito observada, o governo adotou algumas medidas para ampliar a oferta de divisas, expandir a liquidez no mercado interbancário e incentivar a compra de carteiras de crédito de instituições bancárias de pequeno e médio porte. Afirma-se que os reflexos da crise no Brasil foram limitados em função da solidez macroeconômica e do sistema financeiro do país, considerando que CAIXA e BB apresentam restrições a sua atuação num eventual processo de consolidação do sistema financeiro nacional, o que gera consequências indesejáveis, como uma menor concorrência entre os potenciais investidores, reduzindo o valor dos ativos negociados, e a eventual perda de oportunidade de expansão das instituições financeiras federais. A norma permite aos bancos mencionados adquirir, direta ou indiretamente, participações em instituições financeiras públicas ou privadas sediadas no Brasil. Admite-se que o procedimento não traduz novidade, já havendo autorização semelhante concedida à Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

<sup>23</sup> Como instituições financeiras públicas, tanto o Banco do Brasil como a Caixa Econômica Federal apresentam-se como instrumentos de política econômica e creditícia brasileira, a primeira, por exemplo, ao agir como agente financeiro do Tesouro, entre outras competências, e a segunda, com destaque no incentivo à poupança popular, na concessão de empréstimos e financiamentos de natureza assistencial, atuação preponderante no crédito habitacional, e, ainda, podendo explorar com exclusividade os serviços da Loteria Federal e de monopólio do penhor. Para mais informações, conferir Fortuna (2013).

va de melhorar a atuação das empresas estatais, mais especificamente no cenário concorrencial, motivo pelo qual se entende que elas poderão utilizar-se de conhecimentos, práticas e experiências que não lhes são próprios, mas do parceiro privado.

E parece que é por isso mesmo que a previsão para aquisição de participação é ampla e não se limita às instituições financeiras, públicas ou privadas sediadas no Brasil, mas também alcança empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595/1964<sup>24</sup>, de forma a abranger por exemplo serviços que constituam o suporte essencial para a melhor adequação da atividade-fim.

Não se pode olvidar que a determinação legal incluiu, ainda, a previsão de parcerias com ramos de atividades complementares às do setor financeiro. Aqui, à guisa de exemplo, podem-se citar os serviços ligados à tecnologia, ramo em que o Estado deve buscar melhor *expertise* a fim de atingir parcelas do mercado da mesma forma com que os demais agentes econômicos privados fazem.

Considera-se o vínculo indispensável da tecnologia aos numerosos serviços prestados pelas instituições financeiras, tornando este um fator de produção preponderante para o devido posicionamento dos bancos públicos diante da concorrência. Observa-se pelo menos uma empresa prestadora de serviços de TI pertencente aos seus conglomerados.<sup>25</sup>

As instituições financeiras buscam aumentar o volume e a capacidade de TI para responder com velocidade adequada aos desafios do negócio e atingir melhores condições de atender a grande demanda por disponibilização de novas soluções. Também não se podem esquecer os entraves burocráticos e o difícil acompanhamento de um contrato de TI.

A plena realização da atividade financeira depende diretamente desse fator de produção, motivo pelo qual cabe discricionariedade de escolha ao ente empresarial estatal. O Estado tem se mostrado incapaz de realizar os investimentos necessários à melhoria de determinados setores e gerenciá-los de forma empresarial, o que justifica a busca constante por mecanismos para sanar tais deficiências (SADDY, 2011).

<sup>24</sup> Conforme texto da nota de rodapé nº 14.

<sup>25</sup> A título de exemplo, pode-se dizer que a Scopus Tecnologia tem 100% de seu controle exercido pelo Bradesco; a *holding* Itaú conta com a Itaotec atuando em diversas verticais de TI; o Santander conta com os serviços de duas empresas de TI sobre as quais detém o controle: a Isban e a Produban, e o Banco do Brasil conta com serviços prestados pela Cobra Tecnologia.

O Estado brasileiro intervém na forma de incentivo ou fomento do mercado e ao mesmo tempo atua como participante desse mesmo mercado (SADDY, 2011).<sup>26</sup> Aliás, a abertura societária às empresas estatais é uma forma de direcionar capitais públicos e privados para evitar ondas de privatizações nas quais geralmente a transferência de ativos para a área privada, com internalização dos valores na economia nacional, é insuficiente para levantar a balança. Soma-se, assim, uma situação inicialmente econômica à necessidade de revalorização do contrato como veículo da instituição de um novo perfil da Administração Pública (CARRASQUEIRA, 2006).

A ingerência estatal na empresa privada é tão relevante quanto a contrapartida que ela vai receber, em forma de orientação das melhores soluções no interior da empresa estatal. Por intermédio de acordo de acionistas, o Estado injeta recursos no ente particular, recebe dele dividendos e melhores técnicas de gestão para tornar sua atividade mais próxima às práticas de mercado, em ganho de eficiência (SUNDFELD, 2000). O compartilhamento de boas práticas e experiências empresariais não é novo e encontra espaço também na constituição de *joint ventures* entre as empresas estatais e a iniciativa privada (FARIAS NETO, 1994).

Esse cenário permite lidar com questões estratégicas e destinadas a satisfazer necessidades intimamente relacionadas com as atividades-fim de sua atuação, funcionando com a mesma agilidade e eficiência do setor privado, e ainda garantir a consecução de objetivos de natureza pública (PINTO JÚNIOR, 2006).

Com efeito, a previsão do art. 2º da Lei nº 11.908/2009 encontra respaldo em movimentos de remodelação do Estado, mais fortemente fomentados na pós-crise econômica e no setor financeiro, particularmente. No próximo tópico, avaliar-se-á a inaplicabilidade dos preceitos licitatórios previstos pela Lei nº 8.666/93 para fins de estabelecimento de relações entre os entes envolvidos.

## **2 Contratação direta de subsidiárias e controladas: expressão do artigo 173 constitucional**

Inicialmente, cumpre esclarecer que a constituição de controladas ou subsidiárias e a relação entre a dispensa ou inexigibilidade

<sup>26</sup> Para Saddy (2011, p. 271), entre as formas de intervenção estatal na Economia destaca-se a atividade participativa do Estado na Economia, de forma complementar, atuando conjuntamente com os segmentos privados. Nesse contexto, a iniciativa privada é chamada a contribuir numa parceria para somar esforços visando ao atingimento de um objetivo comum.

de licitação decorrente dessa circunstância podem encontrar eco no enquadramento jurídico adjacente ao inciso XXIII do artigo 24, enquanto dispensa de licitação, ou no artigo 25, caput, ambos dispositivos da Lei de Licitações. Nesse caso, cada um dos enquadramentos estaria fundamentado no sistema geral de contratações públicas, o primeiro constituindo uma discricionariedade conferida pela lei para não se utilizar da seleção pública e o segundo justificado sob o plano da singularidade da relação que poderia justificar hipótese de ausência de competição fundada na inexigibilidade de licitação. Um corte metodológico fez-se necessário.

O escopo e contribuição deste trabalho não são esses. A tese que se pretende abarcar para considerar a situação aqui narrada não encontra amparo na legislação aplicável às contratações públicas, embora seja um eixo de argumentação robusto e bem fundamentado. Porém, o que se defende é que existiria um outro sistema e modelo para a contratação privada, livre das amarras legais decorrentes da Lei de Licitações, baseado na livre escolha do Estado-Empresário, a fim de justificar parcerias que ele faria para fins de consolidar seu posicionamento no mercado, ou, em outras palavras, para ser claramente beneficiado de seu regime privatista e concorrer em igualdade com os demais agentes econômicos, ainda que observe os princípios administrativos e constitucionais aplicáveis a todos os entes pertencentes à Administração Pública.

O modelo de contratação direta baseada em um dos artigos antes mencionados possibilitaria a ausência de certame para escolha, mas não afastaria todas as necessidades decorrentes da instrução do procedimento e processo público, quando, na verdade, a escolha de tais parcerias constituiria uma prerrogativa decorrente do regime privado dos bancos estatais presente na Lei, sem que seja necessário, por exemplo, passar pela avaliação da diferenciação entre os conceitos operacionais dos termos subsidiária e controlada para fins da legislação publicista – até porque a autorização legal aqui adjacente sequer faz tal ressalva entre uma e outra.

Em que pese inexistir regulação do parágrafo único do artigo 173 da Constituição Federal da República, vale destacar a existência de pelo menos dois enfoques da questão sobre o enquadramento jurídico de contratações de atividades finalísticas, conforme a aplicabilidade do dispositivo e sua evolução normativa histórica.

O primeiro deles, antes da Reforma Administrativa engendrada pela EC nº 19/98, considerava a norma autoaplicável, o

que permitiria a adoção de regulamentos próprios de licitação por agentes econômicos estatais que estivessem sujeitos ao regime natural de concorrência de mercado, já que previa que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitar-se-iam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Assim, parecia indubitável que o texto constitucional pretendia igualar, sem restrições, os regimes jurídicos das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas aos das empresas privadas. A ideia era que a Constituição Federal, ao dispor sobre a Ordem Econômica, que delineia de forma clara um regime de livre iniciativa, também destinaria as mesmas disposições do regime privado às empresas estatais que atuam em regime de concorrência, sem extensão de qualquer benefício ou prerrogativa (SOUTO, 2003). Na extensão dessa interpretação, se não permitem prerrogativas às empresas estatais, também não se lhes impõem ônus.

Em 1993, ano da edição da Lei de Licitações, a interpretação ficou um pouco menos ampla, ao se considerar o texto dos artigos 118 e 119, que autorizavam a Administração Indireta a editar regulamentos, mas desde que observadas as regras daquela lei, ou seja, não era aplicável o mero regime jurídico privado às empresas estatais<sup>27</sup>, mas os procedimentos de contratação de obras, serviços, compras e alienações de empresas estatais poderiam submeter-se à edição de regulamentos próprios, estabelecendo procedimentos mais céleres e procedimentos mais dinâmicos, particularmente ligados ao exercício da atividade-fim.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, entendeu-se que essa autorização não era imediata, dependendo de lei posterior a ser editada. Nesse tempo, foi aprovado o Regula-

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 26 ago. 2014. "Art. 118. Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei. Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei. Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial."

mento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS com fulcro no art. 67 da Lei nº 9.478<sup>28</sup>, de 6 de agosto de 1997, e no parágrafo 1º do art. 173 da Constituição, contendo a já nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98.<sup>29</sup>

A norma que regulamentou as compras da PETROBRAS ainda não foi definitivamente objeto de exame completo pelo Supremo Tribunal Federal. Destacam-se, em verdade, duas manifestações relevantes. No entendimento do Ministro Dias Toffoli, relator, afirma-se que ainda antes da EC nº 19/98 as empresas estatais que participam do mercado em regime de concorrência poderiam ostentar regramentos próprios e diferenciados de licitações, “sob pena de criar grave obstáculo ao normal desempenho de suas atividades comerciais”.<sup>30</sup>

Já o Ministro Marco Aurélio, considerando a redação atual do parágrafo 1º do art. 173 da Constituição, entende que ele é compatível com a Lei de Licitações, que deve prevalecer diante do Decreto que institui o Regulamento próprio. O caso segue concluso com o Ministro Luiz Fux.

Na pendência de julgamento, o Supremo Tribunal Federal tem assegurado, por intermédio de Mandados de Segurança, a manutenção dos efeitos do Regulamento Simplificado de Com-

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2014. “Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”

<sup>29</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. “Art.173 [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.”

<sup>30</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 441.280**. Relator Ministro Dias Toffoli. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator), negando provimento ao recurso extraordinário, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.08.2011. DJE nº 158, divulgado em 17/08/2011.

pra, diante de decisão do Tribunal de Contas da União que obriga a PETROBRAS a utilizar-se dos procedimentos da Lei nº 8.666/1993.<sup>31</sup>

Nesse cenário, de modo a não invalidar totalmente o campo de eficácia do parágrafo 1º do artigo 173 constitucional, a doutrina e a jurisprudência fazem um *discrímen* entre empresas públicas exploradoras de atividade econômica e empresas públicas prestadoras de serviço público. É até lugar-comum estabelecer que a maioria da doutrina faz distinção entre as empresas estatais que exploram atividade econômica e aquelas que prestam serviços públicos, para fins de aplicação de licitação.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 549/2006**. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 24 maio 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.888**. Relator: Min. Gilmar Mendes. O TCU considerou inconstitucional a aplicação do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras e impôs a adequação de futuras contratações com base no que dispõe o artigo 57, da Lei 8.666/93, extrapolando a competência prevista no artigo 71 da Constituição, nos termos do que vem decidindo a Colenda Corte, *in verbis*: a submissão legal da Petrobras a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembrese, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobras, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Também nesta linha são os seguintes MS: 25986, 26410, 27837 e 27232, entre outros.

<sup>32</sup> Por todos, cita-se Bandeira de Mello (2014, p. 549), que assevera: “Com a sobrevivência do Emendão (Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998), por força do qual foram alterados os termos do artigo 22, XXVII da Lei Magna, surgiram dúvidas sobre o regime de licitação e contratos que será futuramente aplicável às sociedades de economia mista e empresas públicas [...] Basta referir que, ao nosso ver, as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público continuam e continuarão a ser regidas pela Lei nº 8.666/93, visto que não foram afetadas pelo mencionado dispositivo. Já as exploradoras de atividade econômica passarão a ser regidas futuramente pela lei a que se refere o mencionado artigo 22, XXVII, a ser editada na conformidade com o artigo 173, parágrafo 1º, III, que trata da atuação direta do Estado no domínio econômico”.

Essa orientação foi levada em consideração ao compatibilizar o inciso II e III do parágrafo 1º do artigo 173, tratando da sujeição das empresas públicas a todas as regras aplicáveis à iniciativa privada, bem como da previsão de edição de lei visando regulamentar seus procedimentos de contratação pública, de modo que a doutrina e jurisprudência fixaram algumas premissas interpretativas importantes.

Por intermédio de tais entendimentos, estabeleceu-se que, enquanto não existir lei mencionada no artigo (*lege ferenda*) e houver um justificado óbice instrasponível às atividades concorrenciais das empresas estatais, a Administração só poderia lançar mão de procedimentos diversos daqueles estabelecidos na Lei de Licitação (principalmente valendo-se de formas eminentemente privadas) se conseguisse comprovar a existência de um cenário oriundo desse contexto de livre iniciativa, à qual também o Estado estaria sujeito, para fins de não receber nenhum influxo negativo concorrencial pelo cumprimento de regras públicas.

Portanto, a despeito do comando do inciso XXI, artigo 37<sup>33</sup> constitucional, regulamentado pelos dispositivos da Lei nº 8.666/93, que juntos estabelecem submissão aos procedimentos de licitação de forma genérica às empresas públicas e às sociedades de economia, as regras aplicáveis às empresas públicas exploradoras de atividade econômica deveriam ser harmonizadas com o disposto no art. 173, parágrafo 1º, II, da Constituição de 1988, de forma a dotá-lo de vigência e eficácia, uma vez que parece prudente e razoável haver uma diferenciação no tratamento normativo dado à situação peculiar decorrente do capitalismo de Estado.

Fundamentadas nesse entendimento, doutrina e jurisprudência consolidaram-se no sentido de autorizar que as contratações destinadas a viabilizar a atividade-fim de empresas

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. 2014. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)"

estatais em atuação como exploradoras de atividade econômica não se submetem à licitação, mormente porque essa obrigação poderia ocasionar-lhes ônus intransponíveis para seu posicionamento no mercado concorrencial. O Tribunal de Contas<sup>34</sup> teve oportunidade de se manifestar algumas vezes, da seguinte forma:

Entretanto, cumpre registrar, em relação à obrigatoriedade de licitação, por exemplo, que tal regra não é absoluta. Mesmo ela encontra restrições em sua aplicação. A primeira delas, inclusive, decorre do próprio comando que a instituiu, ao permitir que, nas hipóteses expressamente previstas em lei, seja afastada a licitação e permitida a contratação direta. Outras limitações à prévia licitação advêm do cotejo entre normas de mesma estatura. É o que pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que a licitação configurar obstáculo intransponível ao livre exercício das atividades negociais das estatais exploradoras de atividade econômica. Nesse sentido, ademais, vem-se firmando a orientação da Corte de Contas. Ao apreciar relatório de auditoria realizada na BB-TUR, o Plenário do TCU informou à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal que a contratação do navio *Ecstasy*, para o chamado “Cruzeiro Marítimo do Milênio” foi efetuada de maneira regular, uma vez que as empresas *públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, nos contratos comerciais diretamente relacionados às suas atividades-fim, não se sujeitam ao procedimento licitatório imposto pela Lei nº 8.666/1993 nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constituir óbice intransponível à sua atividade negocial, sujeitan-*

<sup>34</sup> TCU. Processo nº 017.072/2000-5. Decisão nº 1.383/2002. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU 25.10.2002. TCU. Processo nº 012.207/2009-9. Acórdão 566/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 19.3.12. TCU. Processo nº 008.037/2006-6. Acórdão nº 2.176/07, Rel. Min. Raimundo Carreiro. DOU 19.10.07: Mencione-se, ainda, o Acórdão nº 1.390/2001, relativo ao Processo nº 006.244/2004-6, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 15.09.2004. Neste julgado, em resposta à consulta formulada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT, o TCU assentou que “enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, **podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial**, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório” (grifos nossos).

*do-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a teor do que dispõe o art: 173, § 1º, II, da Constituição Federal (grifos nossos).*

*[...] o entendimento jurisprudencial desta Corte evoluiu no sentido de que empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica, como regra geral, devem se submeter aos princípios licitatórios insculpidos na Lei 8.666/1993 até edição da norma prevista no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, salvo em circunstâncias excepcionais, devidamente motivadas, em que a utilização daquele diploma legal pode acarretar riscos à atividade comercial da empresa (grifos nossos).*

*[...] Embora o Tribunal admita temperamentos à utilização das licitações pelas empresas estatais, atuando em ambiente concorrencial, a ausência da licitação só é justificável nas hipóteses em que não seja possível a compatibilização das formalidades do procedimento licitatório com a atividade negocial das empresas (grifos nossos).*

Já a doutrina, em geral, tem reconhecido como solução que “a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado”, já que “as características da estruturação empresarial conduzem a impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 704).

Embora exista a premissa – não inquestionável, diga-se – de que o processo licitatório geralmente conduziria à melhor escolha para a Administração, sob o ponto de vista técnico e financeiro, não se pode simplesmente ignorar suas incongruências com o regime privado. Por exemplo, o período temporal para que ela se efetive completamente – ainda que sob a modalidade do pregão eletrônico – geralmente não é célere o suficiente para suprir a agilidade necessária em tomadas de decisões concorrenciais.

Ademais, muitas vezes o lançamento do edital pressupõe a quebra de sigilo de estratégias de mercado que jamais poderiam vir a público, mas que, uma vez expostas na forma de necessidades e expectativas da contratação e contornos do produto ou serviço constantes muitas vezes dos Termos de Referência que vinculam as regras editalícias, comprometem frontalmente o de-

vido posicionamento da estatal no mercado, já que seus concorrentes terão mapeados todos os passos para implementação de uma determinada ação mercadológica, tornando-a realmente ineficaz e gerando um prejuízo imensurável, impossível juridicamente de ser justificável e suportado.

Esse panorama revela um inevitável choque entre a regra da publicidade da Administração – prevista genericamente com justificativa na transparência que deve nortear o Estado Democrático de Direito, que revela certa obrigação de prestar contas públicas à população – e a proteção de questões estratégicas que, uma vez reveladas, poderiam pôr a perder toda uma orientação estruturada de ações empresariais para ganhar um mercado. Pensar na aplicação irrestrita do princípio da publicidade, sem considerar a devida ressalva tributável ao princípio da livre iniciativa, seria desconsiderar todo o conceito das empresas públicas como instrumento de intervenção do Estado na Economia.<sup>35</sup>

Vislumbra-se nesta e em outras searas, um real conflito de interesses decorrente da confluência entre normas públicas e privadas submetidas e atribuíveis ao mesmo ente, sem que seja viável estabelecer regras de derrogações de um regime no outro de forma geral, mas tão somente, no mais das vezes, de forma casuística. Portanto, aplicar de forma irrestrita normas públicas às empresas estatais sem uma ponderação necessária seria incongruente. Esse entendimento é admitido pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado. Vejamos:

*Diante dessa realidade, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que no exercício de suas atividades fins, as empresas estatais estão*

<sup>35</sup> Explorando-se ainda o exemplo da publicidade, pode-se citar, por exemplo, o que dispõe o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) e faz uma expressa ressalva sobre a aplicação do princípio da publicidade. Vejamos: Art. 5º “Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. § 1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários”. Vê-se que té mesmo a tão festejada Lei de Acesso à Informação realiza de forma pontual a diferença, de modo a compatibilizar interesses públicos e privados de entes estatais.

*sujeitas ao regime jurídico do Direito privado. Esta solução lhes desobriga – no que toca ao exercício das atividades fins – de observar os procedimentos ou formalidades da Lei nº 8.666/93, mas não de serem fiscalizadas e de terem que justificar as soluções adotadas em função dos princípios constitucionais, em especial o da eficiência.* Quando, por exemplo, o Banco do Brasil contrata a construção de um prédio, o que não se inclui em seus fins, deve licitar a partir dos parâmetros da Lei nº 8.666/93; quando o Banco do Brasil realiza atividade financeira, o regime jurídico aplicável é o Direito privado – o que não afasta, todavia, a necessidade de serem observados os princípios constitucionais de moralidade, impessoalidade, publicidade etc. *Buscou-se, no presente caso, encontrar solução intermediária de aplicação equilibrada de preceitos constitucionais que, aparentemente, estariam em colisão.* A solução encontrada impõe às empresas estatais exploradoras de atividades empresariais a observância dos princípios constitucionais previstos no art. 37, pertinentes à aplicação de regras e princípios do Direito Público, princípios que devem ser observados, inclusive, quando essas empresas estiverem no exercício de suas atividades empresariais. Assegurou-lhes, todavia, a liberdade de contratação com base no Direito privado, liberando-as do dever de observarem a Lei nº 8.666/93 quando celebrarem contratos diretamente ligados às suas atividades empresariais, fundamentando no art. 173, que determina a aplicação de norma de Direito privado às empresas estatais (FURTADO, 2014).

Também Gasparini (2000, p. 349-350) entende que, como “interventoras no domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade-fim da empresa e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório”. Segundo ele, é como, numa situação hipotética, devesse se promover uma licitação para a aquisição de barris de petróleo para refino ou para venda de bens produzidos pela Petrobras, causando um conflito entre os fins da estatal criada.

Por exemplo, cita-se a impossibilidade de imobilização de bens pertencentes às instituições financeiras, o que decorre da própria essência do negócio bancário que tem como objetivo a intermediação de recursos financeiros, sendo a imobilização de capital um entrave, caracterizando risco operacional diante da baixa liquidez de tais ativos, com claro impacto negativo no balanço.

Neste ponto, com inspiração na diretriz de Basileia III, vale destacar que o prazo máximo para permanência de tais bens no

acervo das instituições financeiras no Brasil é de, no máximo, 01 (um) ano. Segundo a alínea b do item IV da Circular BACEN nº 909, de 11 de janeiro de 1985, esgotado tal prazo, após as eventuais prorrogações concedidas pelo Banco Central, sem que tenha sido alienado o bem, deverá a instituição providenciar a realização de leilão, dentro do prazo máximo de 60 (sessenta) dias, não podendo este exceder o prazo de 03 (três) anos na disponibilidade da instituição.

Parece incompatível para essa situação enquadrar a alienação de bens imóveis em quaisquer dispositivo decorrente do artigo 17 da Lei de Licitações, a uma porque está se tratando de uma regra de liberação de bens imposta a todas as instituições financeiras e de comum cumprimento para o alcance da higidez financeira do país, a outra porque tais bens, se permanecem no estoque após o prazo de 03 anos, é porque já foram submetidos a um processo específico de alienação sem sucesso, como é o caso dos leilões de imóveis de bens recebidos como execução de garantias de financiamentos do SFI – Sistema Financeiro Imobiliário que decorrem do rito da Lei nº 9.514/97.

Fica claro, portanto, que, para exercer naturalmente as atividades econômicas de seu objeto social, as empresas públicas geralmente encontram óbices na Lei de Licitações, o que muitas vezes impede o regular desenvolvimento de sua posição concorrencial. A Lei nº 11.908/2009 intentou aparelhar os bancos estatais de oportunidades mais consentâneas com o setor privado, para que tais alcancem uma posição de liderança de mercado em relação aos seus principais concorrentes do setor financeiro.

Mais ainda. Se a própria lei estabelece tais arranjos como decorrência do processo privado de atuação, motivo pelo qual se identifica uma inquestionável afinidade com a exploração das atividades econômicas previstas na concepção finalística, também deveria munir seus sujeitos parceiros de prerrogativas na formatação de sua própria relação contratual, sem impor-lhes os ônus da Lei de Licitações.

Sugere-se, por exemplo, a adoção de uma forma livre de contratação oriunda de instrumentos privados, comum no mercado, que é a utilização, por exemplo, de acordos operacionais entre os participantes do grupo, o que nada mais é do que pensar na instrumentalização da relação como mera decorrência daquela autorização legal. Não se pode olvidar que se trata de um agente econômico atuante no próprio mercado, mais do que mero interventor da Economia, e, como tal, deve ser aparelhado de formas aptas e admitidas no mercado para realizar seus objetivos sociais de forma plena.

Isso porque a submissão ao regime público, a par de não lhe conferir prerrogativas não extensivas ao setor privado, acaba lhe impondo ônus demasiadamente pesados para quem deveria observar as premissas da redução de custos e maximização de lucros, lugar-comum de quem atua em regime igualitário no contexto da livre iniciativa, *locus* do Estado enquanto explorador da atividade econômica.

Utilizando-se de expressão analógica do Direito, geralmente não aplicada fora do contexto processual, cuida-se de capacitar as empresas estatais com “paridade de armas” diante de seus competidores, motivo pelo qual parece ser justificável o afastamento das regras de licitação.

## Conclusão

A criação e utilização de empresas estatais são identificadas como uma das formas estatais de atuação na Economia, que oscila entre momentos históricos de máxima e mínima intervenção do Estado, passando pelas zonas cinzentas. Concebidas para inaugurar setores econômicos estratégicos, as instituições financeiras estatais são participantes ativas do mercado, para além das funções típicas de instrumento de regulação ou promotoras de políticas públicas.

Em um contexto de capitalismo de Estado, mais do que fomentar ou regular o cenário econômico, as empresas estatais, como participantes, devem concorrer em posição de igualdade com os demais *players* do segmento de mercado em que atuam.

Nesse cenário, percebem-se também influxos de modernização decorrentes não só do paradigma de Administração gerencial mas também da globalização dos mercados e do próprio setor específico da economia, que é dinâmico e formado por conglomerados ou grupos na estrutura basilar societária. Soma-se aos fatores a ocorrência da crise econômica de 2008/2009, que acirrou os instrumentos de prevenção, regulação prudencial etc. e gerou a edição de normas formais e informais para fazer face ao cenário.

Entre as normas, destaca-se a edição da Lei nº 11.908/2009, decorrente da Medida Provisória nº 443, de 21 de outubro de 2008, que autoriza ao Banco do Brasil S.A. e à Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais descritos nos artigos 17 e 18 da lei.

Pelo escopo da lei, fica claro que ela foi criada com o intuito de minimizar os efeitos da crise, de modo a aparelhar o segmento financeiro público com parcerias indispensáveis para viabilizar a possibilidade de concorrer melhor no mercado específico, complementando e alimentando sua atuação com a *expertise* de empresas em ramos complementares e extraindo delas boas práticas e experiências emergentes da sinergia da parceria. Como exemplo, sabe-se que as empresas de tecnologia são essenciais ao bom funcionamento da atividade regular de intermediação bancária, e, ainda mais do que isso, é comportamento do setor manter o controle de uma empresa de tecnologia para melhor acompanhar os contratos adjacentes.

Portanto, uma das principais formas de viabilizar essa parceria é com a participação e ingerência estatal na empresa privada revelando-se dupla vantagem: a) na incorporação de boas práticas de competição específicas, tendo o acordo de acionistas a função de servir de veículo para tal, tornando mais empresariais as relações entre os entes; b) no controle inerente à participação, que tem reflexo nos contratos de prestação de serviços etc., efetivando-se seu melhor conceito de eficiência.

Por intermédio de acordo de acionistas, o Estado injeta recursos no ente particular, recebe dele dividendos e melhores técnicas de gestão para tornar sua atividade mais adepta das práticas de mercado, em ganho de eficiência de suas atividades-fim.

Partindo-se da premissa que tais alianças e parcerias foram alinhadas para fins de alcançar uma posição de liderança de mercado em relação aos seus principais concorrentes do setor financeiro, o que compõe a finalidade teleológica da Lei nº 11.908/2009, é imprescindível que os contratos de prestação de serviços e de fornecimento com os parceiros seja também pautados na atuação privatista como arranjos que decorram do processo privado de atuação, motivo pelo qual se identifica uma inquestionável afinidade com a exploração das atividades econômicas previstas na concepção finalística.

Assim, também a norma deveria munir os sujeitos parceiros de prerrogativas na formatação de sua própria relação contratual. Mais especificamente, adotando-se uma forma livre de contratação, que poderá ser discriminada por intermédio de acordos operacionais, exatamente da mesma forma como o mercado privado atua.

Sustenta-se, ao longo deste artigo, que, para fins de concorrência comercial de uma empresa, a questão do proprietário – pessoa de direito público ou privado – é irrelevante ou neutra. Ora, a empresa pública enfrenta exatamente os mesmos proble-

mas de organização, monopólio ou competição, eficiência, que qualquer outra empresa particular.

Portanto, de modo geral, segundo entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias, quando as regras de direito público constituírem óbices intransponíveis, devem-se adotar os mesmos processos das empresas privadas, sob pena de não se conseguir concorrer igualmente com os demais atores do mercado. Em suma, uma organização comercial tem que se comportar como tal, quem quer seja seu dono, e essa interpretação visa tornar efetiva essa premissa.

Para fins da Lei nº 11.908/2009, fica claro que, na intenção de aparelhar melhor os bancos públicos brasileiros com parcerias, também se quis permitir a eles que as relações com os parceiros fossem realizadas sem que óbices fossem apontados no processo de contratação.

Aplicar, portanto, a Lei de Licitações a tais relações seria incongruente com a finalidade da Lei nº 11.908/2009, criada para fazer face a um contexto de crise e permitir melhores condições de concorrência aos seus sujeitos. Assim, é impensável aplicar aos contratos firmados no bojo das parcerias, embora para fornecimento ou prestação de serviços, as regras gerais de licitações normalmente submetidas às empresas públicas, já que não se trata de meros entes privados, mas sim de entes privados nos quais há participação efetiva das empresas estatais no controle acionário. Pensar diferente é deixar de aparelhar as instituições financeiras estatais com a “paridade de armas” que lhes é necessária para competir em igualdade com os demais *players* do mercado, que se organizam por conglomerados e grupos financeiros.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Empresa público-privada. **Revista dos Tribunais**, ano 98, v. 890, dez. 2009.

BANCO DO BRASIL. **História**. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portalbb/page301,9171,9171,21,0,1,1.bb?codigoNoticia=8300&codigoMenu=5902>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Admi-**

**nistrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BASÍLIO, Flávio A. C. et al. **A Estrutura do Setor Bancário Brasileiro e o Ciclo Recente de Expansão do Crédito: O Papel dos Bancos Públicos**. 2010. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/00022dde5ba072ede09d99837a4eea5973c.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014. 14:30.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislacao/](http://www.planalto.gov.br/legislacao/)>. Acesso em: 21 ago. 2014.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 00175/2008 - MF/MP/BCB. Brasília, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-175-MF-MP-BCB-443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-175-MF-MP-BCB-443.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009. Autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras

sediadas no Brasil; altera as Leis nºs 7.940, de 20 de dezembro de 1989, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.524, de 24 de setembro de 2007, e 11.774, de 17 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 27 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.888. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 441.280. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.08.2011. DJE nº 158, divulgado em 17/08/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 549/2006. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 24 maio 2006. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em: 27 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 017.072/2000-5. Decisão nº 1.383/2002. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU 25.10.2002. TCU. Processo nº 012.207/2009-9. Acórdão 566/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 19.3.12. TCU. Processo nº 008.037/2006-6. Acórdão nº 2.176/07, Rel. Min. Raimundo Carreiro. DOU 19.10.07: Mencione-se, ainda, o Acórdão nº 1.390/2001, relativo ao Processo nº 006.244/2004-6, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 15.09.2004.

BREMMER, Ian. **O fim do livre mercado**. Trad. Luiz Euclides T. Frazão Filho, São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Eduardo. **CAIXA**. Uma História Brasileira. São Paulo: Metalivros, 2002.

CARRASQUEIRA, Simone. **Investimento das Empresas Estatais e Endividamento Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS NETO, Pedro Sabino. **Gestão efetiva e desestatização: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1994.

FERRAZ, Daniel Amin. O Grupo de Sociedades: mecanismo de inserção

da empresa transnacional na nova Ordem Econômica Internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1633>>. Acesso em: 2 set. 2014.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Qualimark, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Fórum, 2014.

GUERRA, Sérgio. Neoempresendedorismo Estatal e os Consórcios com Empresas do Setor Privado. In: marshall, Carla. (Org.). **Direito Empresarial Público II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GUZMAN, Andrew T. How International Law Works. **International Theory**, v. 1, n. 2, p. 285-293, 2009. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2176015](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176015)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2014.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. **Regulação Sistêmica e Prudencial no Setor Bancário Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal**. Função Econô-

- mica e Dilemas Societários. São Paulo: Atlas, 2010.
- PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regulação Econômica e Empresas Estatais. **Revista de Direito Público da Economia** – RDPE, n. 15, 2006.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. **Golden Share**: as empresas participadas e os privilégios do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- SADDY, A. **Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.
- SANTOS, Jailson Moreira dos. A história da Caixa Econômica Federal do Brasil e o desenvolvimento econômico, social e político brasileiro. In: O desenvolvimento econômico brasileiro e a Caixa: trabalhos premiados. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento; Caixa Econômica Federal, 2011. p. 167-181. Disponível em <[http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201111011244400.Livro\\_CAIXA\\_T\\_0\\_167.pdf](http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201111011244400.Livro_CAIXA_T_0_167.pdf)>. Acesso em: 3 set. 2014.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. (Série DireitoGV)
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do imperador**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Participação Privada nas Empresas Estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.