

Recife/PE, 29 de Julho de 2024.

Ao LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO – LAFEPE

DIREITO ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO. IFA (INSUMO FARMACÊUTICO ATIVO). CONTRATAÇÃO DIRETA. TRIPLA FUNDAMENTAÇÃO. (I) INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 30, I, DA LEI Nº 13.303/2016. ART. 152, I, DO REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DO LAFEPE. LICITAÇÃO DISPENSADA. (II) DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 28, § 3º, I. ART. 2º, § 1º, I, DO REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DO LAFEPE. (III) ART. 29, XVIII, DA LEI nº 13.303/2016.

Prezados Senhores,

1. CONSULTA

Trata-se de consulta formulada pela Superintendência Jurídica do Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco Governador Miguel Arraes – LAFEPE, nos autos do Processo SEI nº 0060407887.000017/2024.18, no tocante à possibilidade jurídica de aquisição, por meio de contratação direta, dos medicamentos Olanzapina 5mg e 10mg (registros ANVISA 1.0183.0152.012-5 e 1.0183.0152.013-3), bem como Quetiapina 25mg (registro ANVISA 1.0183.0149.011-0).

O valor total estimado da contratação é de R\$ R\$ 7.156.932,60 (sete milhões, cento e cinquenta e seis mil, novecentos e trinta e dois reais e sessenta centavos), relativo à estimativa de fornecimento dos seguintes quantitativos: 4.679.610 comprimidos da Olanzapina 5mg; 9.622.950 comprimidos de Olanzapina 10mg; 5.299.890 comprimidos de Quetiapina 25 mg.

Conforme autorização que consta nos autos do processo SEI nº 0060407887.000017/2024.18 foi exposto que se trata de solicitação da coordenadoria de vendas, tendo como objetivo o atendimento da demanda dos compromissos assumidos pelo LAFEPE junto ao Ministério da Saúde – MS e o abastecimento dos medicamentos em todo território nacional.

Consta nos autos declaração de disponibilidade orçamentária, da lavra do Diretor Administrativo e Financeiro do LAFEPE, tendo sido consignado que: *"Declaro, para fins de custeio que o LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GOVERNADOR MIGUEL ARRAES S/A – LAFEPE, dispõe de recursos financeiros, cujo valor estima-se em R\$ 7.156.932,60 (sete milhões, cento e cinquenta e seis mil, novecentos e trinta e dois reais e sessenta centavos) - para atender a - Aquisição dos medicamentos: Olanzapina 5mg, 10mg e Quetiapina 25mg, para atendimento do Ministério da Saúde - conforme as disposições contidas no Termo de Referência em tramitação Processo SEI nº 0060407887.000017/2024-18 e demais informações abaixo. Centro de custo: 1151 Setor: COVEN – Coordenadoria de Vendas"*

Ainda, consta declaração da lavra do coordenador de vendas, de validação dos preços, aprovação da proposta e da documentação técnica, expondo que: *"Considerando a PROPOSTA de preço apresentada pela empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA, (ID nº 53389214) e valores das cotações (53490370) referente à Aquisição de Olanzapina 5mg, 10mg e Quetiapina 25mg, venho informar que os preços foram analisados, conferidos e validados por esta Superintendência estando condizentes a prática do mercado, sendo vantajosa a aquisição pelo LAFEPE. Quanto a DOCUMENTAÇÃO TÉCNICA (ID nº 53639371), a CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA, inscrita com CNPJ sob o nº 44.734.671/0001-51 encontra-se APTA, atendendo aos requisitos elencados no Termo de referência (ID Nº 53010299), Processo SEI nº 0060407887.000017/2024-18."*

Nota-se, ainda, o fornecimento dos documentos relativos à habilitação econômico-financeira pela empresa Cristália (ID. 53639174), seguido de Declaração de Revisão do Processo da lavra da Superintendente Comercial, expondo que: *"Conforme determina a matriz de competências e responsabilidades – Anexo I do Regulamento Interno do LAFEPE – e em atenção à solicitação da COVEN - Coordenadoria de Vendas, informo que realizei a REVISÃO quanto ao mérito e formalidades do procedimento licitatório LAFEPE na forma de Inexigibilidade de licitação, com base no art. 30, I, da Lei nº 13.303/2016 c/c art. 152, I, do Regulamento Interno de*

Licitações, Contratos e Convênios do LAFEPE em tramitação no SEI sob o nº 0060407887.000017/2024 que tem como objeto a formação de Ata de Registro de Preços para eventual aquisição por demanda dos medicamentos Olanzapina 5mg, 10mg e Quetiapina 25mg.”

Por fim, foi enviada a Comunicação Interna (CI nº 120/2024) ao Superintendente Jurídico do LAFEPE, encaminhando o processo para análise, aprovação e elaboração de opinativo, após o que a demanda foi dirigida ao Escritório Mello Pimentel Advocacia para emissão do competente parecer jurídico.

É o que importa relatar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 CONTRATAÇÃO DIRETA: inexigibilidade de licitação

De acordo com as informações técnicas fornecidas pelo LAFEPE o único fabricante registrado e autorizado pela ANVISA para fabricar e fornecer os medicamentos Olanzapina, 5mg e 10mg, e Quetiapina 25 mg, para além do próprio LAFEPE, é o Laboratório Cristália.

Assim, a aquisição por parte do LAFEPE dos medicamentos, por intermédio da empresa Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda., enquadra-se na hipótese de contratação direta prevista no art. 30, I, da Lei nº 13.303/2016 c/c art. 152, I, do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios do LAFEPE, qual seja a de inexigibilidade de licitação em razão da inviabilidade de competição:

“Art. 30. **A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição**, em especial na hipótese de:

I - **aquisição de materiais**, equipamentos ou gêneros **que só possam ser fornecidos por produtor**, empresa ou representante comercial **exclusivo**.”

“Art. 152. **A contratação direta pelo LAFEPE será feita quando houver inviabilidade de competição**, em especial na hipótese de:

I. **aquisição de materiais**, equipamentos ou gêneros **que só**

possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;"

Diante disso, o presente processo se enquadra perfeitamente nas fundamentações apresentadas, uma vez que, resta configurada a inexigibilidade de licitação em razão da inviabilidade de competição, levando em consideração o fato de que o registro das medicações acima referidas na ANVISA apenas prevê como fornecedor do medicamento a Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda.

Sobre o tratamento legal dado a inviabilidade de competição como fundamento para a contratação direta nas empresas estatais, colha-se o seguinte entendimento da doutrina:

"(...) competição inviável não seria apenas aquela em que é impossível haver disputa, mas também em que a disputa oferece obstáculos à consecução de interesses legítimos das estatais, tornando a realização inútil ou prejudicial, pelo confronto ou contradição daquilo que a justificaria."
(Barcelos, Dawison e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 187)

"(...) o conceito de inviabilidade de competição é bastante amplo. Compreende as hipóteses de impossibilidade de competição em virtude de ausência de pluralidade de alternativas, mas também outras hipóteses em que a seleção da particular a ser contratado não se subordina a critérios rigorosamente objetivos ou em que a realização de licitação for incompatível com as condições de mercado."
(Justen Filho, Marçal, "A contratação sem licitação nas empresas estatais", Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 316)

"(...) a licitação tem sentido quando puder ser estruturada a disputa objetiva entre particulares capazes de atender a uma necessidade da Administração que não puder ser ofertada a todos. Logo, a licitação depende da possibilidade de se estruturar, objetivamente, a competição. Fora desta hipótese não se verificam os pressupostos necessários para realização da disputa." (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, pág. 200)

"Como todo outro ato ou processo administrativo, a licitação deve estar vinculada a uma finalidade admitida em lei e conforme ao interesse público, que com o fim legal, na verdade, se confunde, pois se o agente realiza a finalidade da lei atinge, *ipso iure*, o interesse público, ao passo que se se desvia da finalidade legal, deixa de atingi-lo. **Só se pode, portanto, falar em obrigatoriedade de licitar se este for o meio adequado de atender ao interesse público, por meio da realização de prélio isonômico e apto a selecionar proposta vantajosa para a Administração Pública, observados os direitos dos participantes.**" (Petian, Angélica, "Dispensa e inexigibilidade de licitação", Comentários sobre a lei das estatais, Sérgio Ferraz (coord.), Adilson Abreu Dallari (et al.), São Paulo: Malheiros, 2019, pág. 211)

"A obrigatoriedade de licitação pública encontra limites, porque há casos em que ela não poderia se desenvolver regularmente. **Eis as hipóteses de inexigibilidade de licitação pública, ou seja, hipóteses em que não se poderia exigir que se procedesse à licitação pública, uma vez que, mesmo se a Administração Pública quisesse realizá-la, tal empreendimento estaria fadado ao insucesso por força da inviabilidade de competição. (...) Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos.**" (Niebuhr, Joel de Menezes e Niebuhr, Pedro de Menezes, Licitações e Contratos das Estatais, Belo Horizonte: Fórum, 2018, págs. 59/60)

"(...) **a licitação é adequada quando existe potencial número de interessados aptos a disputar entre si tanto o preço como as condições de execução do contrato. Mas há determinadas situações concretas que simplesmente impedem que exista esse procedimento de negociação coletiva em virtude de impossibilidade fática de disputa. O Estatuto das Empresas Estatais reconhece essa questão ao dispor sobre a chamada inexigibilidade de licitação.** A lei apresenta duas hipóteses em que a licitação é inexigível. Todavia, esse rol é meramente exemplificativo, porquanto sempre que houver inviabilidade de competição realizar-se-á a contratação direta. Vale dizer, a lei antecipa alguns casos típicos de inviabilidade de competição, sem que exclua diversos outros que possam surgir das inúmeras situações fáticas experimentadas pelas empresas estatais." (Dias, Frederico e Dantas, Bruno, Novo estatuto das empresas estatais: obrigatoriedade de licitação e hipóteses de contratação direta, in Noronha, João Otávio de;

Frazão, Ana; Mesquita, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei Nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 199)

"(...) há casos em que a competição entre particulares não é viável, seja em razão da singularidade do objeto a ser contratado ou da existência de uma única pessoa apta a fornecê-lo ou prestá-lo. Nestas hipóteses, estamos diante da figura jurídica da inexigibilidade de licitação. É neste universo que orbita a inexigibilidade de licitação, na medida em que ela pressupõe a inviabilidade de competição. Em que pese ao caput do artigo 30 da Lei nº 13.303/16 não constar expressamente o vocábulo 'inexigibilidade', temos como incontestável a sua presença em razão do fundamento jurídico para o afastamento da licitação, que continua sendo a inviabilidade de competição. A inexigibilidade de licitação tem toda a sua base de apoio lastreada na ruptura de um dos pressupostos nucleares para a realização de uma licitação, qual seja, a possibilidade de uma competição voltada a selecionar a melhor proposta em condições de ser contratada. A inviabilidade de competição tratada no dispositivo em questão possui um caráter absoluto. Significa, então, que a satisfação do interesse público determinante da contratação apenas poderá ser atendido por certo objeto, que é prestado por um único particular." (Guimarães, Edgar, Santos, José Anacleto Abduch, Lei das Estatais: Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e Contratual da Lei nº 13.303/2016, Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 79)

No caso em apreço, fica muito claro que a necessidade do LAFEPÉ só pode ser satisfeita por um único fornecedor, no caso a Cristália, de modo que resta evidente a inviabilidade de competição.

Diga-se ainda, que as próprias características do bem que o LAFEPÉ pretende adquirir por meio de contratação direta ensejam a inviabilidade da competição e a inexigibilidade de licitação. Neste sentido colha-se a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

"(...) o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse da estatal. Se essas características não forem relevantes para este, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade foge das raias jurídicas, devendo-se reputá-la inválida." (Niebuhr, Joel de Menezes e Niebuhr, Pedro de Menezes, Licitações e Contratos

das Estatais, Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág. 61)

Ademais, há de se destacar que o LAFEPE: (i) justificou de forma devida que não há nenhuma outra solução satisfatória que não implique na contratação direta; e (ii) deixou patente a vantajosidade da contratação sem a realização de licitação, atendendo assim, segundo Marçal Justen Filho, duas condições indispensáveis para que se possa afastar legitimamente a realização do procedimento licitatório:

“Cabe à empresa estatal verificar se existe alguma outra solução satisfatória. A constatação a ausência de alternativa deve ser devidamente justificada, mediante apresentação de documentação satisfatória. (...) **É sempre relevante assinalar que a ausência de licitação não autoriza contratação desvantajosa. Mais do que isso, não se admite a ausência da adoção de cautelas necessárias a obter a melhor contratação possível.**” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 318 e 321)

Muito embora se esteja analisando uma inexigibilidade de licitação tutelada pelo Estatuto das Estatais, cumpre fazer referência a resposta do TCE/PE à consulta formulada pela Secretaria de Justiça e Direitos Humanos de Pernambuco, na qual o Acórdão TC nº 0227/18 traçou balizas que, *mutatis mutandis*, restam plenamente aplicáveis ao caso em apreço:

“PROCESSO TCE-PE Nº 1721516-0
SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 21/03/2018
CONSULTA
UNIDADE GESTORA: SECRETARIA DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS DE PERNAMBUCO
INTERESSADO: Sr. PEDRO EURICO DE BARROS E SILVA – SECRETÁRIO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS DE PERNAMBUCO
RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO
ACÓRDÃO T.C. Nº 0227/18
VISTOS, relatados e discutidos os autos do Processo TCE-PE nº 1721516-0, ACORDAM, à unanimidade, os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do voto do Relator, que integra o presente Acórdão, CONSIDERANDO que o consulente é parte legítima para formular consulta perante esta Corte;

CONSIDERANDO os termos do opinativo do Núcleo de Engenharia deste TCE;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 2º, inciso XIV, da Lei Estadual nº 12.600/2004,

Em CONHECER da presente Consulta e emitir ao consulente a seguinte resposta:

“...obter orientação sobre a legalidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação, com lastro no inciso I do artigo 25, da Lei nº 8.666/93, de empresa que se apresenta documentalmente como detentora de produto único e exclusivo, para construção de unidades penitenciárias por Sistema de Construção Modular com Concreto de Alta Resistência”.

I - A realização da inexigibilidade deve ser precedida, inicialmente, da comprovação de que a contratação pretendida é a única que atende a necessidade da Administração Pública, inclusive relativamente a prazos de conclusão e entrega do objeto contratado;

II - A inviabilidade de competição deve ser demonstrada por meio de estudos técnicos que evidenciem, a partir das especificações, quantitativos e demais requisitos do próprio projeto a ser executado, que a solução pretendida oferece a melhor relação custo-benefício para a Administração;

III - Havendo viabilidade técnica e econômica, a Administração deve proceder a licitações distintas para a execução da obra em si e para a aquisição de componentes e serviços complementares;”

Em razão das informações prestadas pela consulente nos documentos que instruíram a presente consulta, verifica-se que os parâmetros estabelecidos pelo TCE/PE no Acórdão TC nº 0227/18 foram devidamente atendidos.

Diante dos documentos que nos foram apresentados e em razão do que foi até aqui detalhado, resta claro que se está diante de uma hipótese em que a competição é inviável e, portanto, a contratação direta é uma alternativa válida para atender o interesse do LAFEPE.

2.2. CONTRATAÇÃO DIRETA: LICITAÇÃO DISPENSADA.

Analisando a questão da submissão das estatais ao regime das licitações públicas à luz do texto da CF/88, Maria Sylvia Zanella Di Pietro traça um histórico das mudanças de tratamento que o tema sofreu dentro do figurino constitucional e só não chega a mesma conclusão de Adilson Abreu Dallari em razão de entender que o tratamento diferenciado às estatais no que toca ao regime licitatório

era dependente da existência do “Estatuto Jurídico da Empresa Pública” (lei que, ressalte-se, à época em que a autora se manifestou ainda não existia):

“A Constituição de 1988, na redação original, determinava, no artigo 170, § 1º, 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’. Vale dizer que apenas as obrigações trabalhistas e tributárias deveriam submeter-se ao mesmo regime próprio das empresas privadas; ficou campo aberto para que outros tipos de obrigações se submetessem a normas de direito público. A par disso, o art. 37, que abrange a Administração direta e indireta, sem distinção quanto ao tipo de atividade, tornou obrigatório que, com as ressalvas previstas em lei, as compras, alienações, obras e serviços, se sujeitassem ao procedimento de licitação. E, ainda, no art. 22, XXVII, na redação original, foi atribuída competência privativa à União para estabelecer ‘normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle’. Já na vigência dessa redação entendíamos que o fato de ser da competência da União estabelecer normas gerais sobre licitação não a obrigava a estabelecer o mesmo procedimento para todos os tipos de entidades, fossem elas de direito público ou privado. No entanto, o legislador optou por esse caminho, ao determinar, no art. 1º, parágrafo único, que todas as entidades da Administração direta e indireta estariam obrigatoriamente sujeitas às normas da lei. Não foi, evidentemente, a melhor opção tendo em vista que empresas estatais que exercem atividade econômica, muitas vezes em regime de competição com a iniciativa privada, além de submeter-se ao rígido procedimento da licitação, ainda detinham prerrogativas próprias da autoridade pública, como os poderes de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de exigir garantias, o de aplicar penalidades etc. Enfim, empresas estatais detinham supremacia sobre outras empresas privadas. **Agora, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 19, permite-se que se adote sistemática diversa para as empresas estatais. Em primeiro lugar, ao alterar a redação do art. 22, XXVII, fez remissão, com relação a tais entidades, ao art. 173, § 1º, III; com efeito, aquele dispositivo deu competência privativa à União para legislar sobre ‘normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito**

Federal e Municipais, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III'. Por sua vez, pelo art. 173, § 1º, III, a lei que definir 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, disporá sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública'." (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Temas polêmicos sobre licitações e contratos, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 24/25)

Por seu turno, analisando tanto a legislação constitucional como a legislação ordinária sobre a exigibilidade de prévia licitação nas contratações efetuadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas em regime concorrencial com os particulares, Jessé Torres Pereira Junior destacava a perda de competitividade que atinge as estatais quando elas se submetem ao regime previsto na Lei Federal nº 8.666/93, mas, no trecho destacado de uma obra, só acena para a possibilidade de as estatais se desvencilharem do regime licitatório nos termos do Estatuto Jurídico referido na CF/88 (à época, inexistente):

"A questão não é nova em nosso direito público. Em sua evolução histórica, na segunda metade deste século, sempre deu causa a dissensos, em sede de controle administrativo ou judicial. Sob o regime do Dec.-lei nº 200/67, que inaugurou, na ordem jurídica brasileira, a estrutura de administração direta e indireta, discutiu-se sobre a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao dever de licitar para contratar, prevalecendo o entendimento de que se submetiam ao princípio da licitação, mas não às normas do decreto-lei, porquanto eram dotadas de personalidade jurídica de direito privado e deviam atuar como empresas privadas (Súmula 158, do Tribunal de Contas da União). Sob o regime do Dec.-lei nº 2.300/86, que se auto denominou de estatuto jurídico das licitações e contratos da Administração Pública brasileira, formulou-se a tese de que somente as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos estavam obrigadas a licitar e contratar segundo suas normas, tese que resultou vencida em face da CF/88, que tratou indistintamente as chamadas 'estatais' exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos. A Emenda 19 ressuscita a controvérsia, para dirimi-la em favor da tese antes vencida, isto é, essas entidades devem obediência aos princípios

administrativos da licitação, mas não às normas gerais federais existentes na matéria. A novidade é que, agora, a Constituição encampa a tese e remete para um futuro estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista a incumbência de definir as normas implementadoras daqueles princípios. **O fundamento da escolha parece guardar correlação com o sombrio diagnóstico sobre as deformações geradas por essas entidades, desde que introduzidas, na Administração Pública brasileira, pelo Dec.-lei nº 200/67. Se, atreladas ao regime jurídico da administração pública em geral, as empresas públicas e sociedades de economia mista perdem competitividade e mostram-se ineficientes, deficitárias e defasadas em termos tecnológicos, a Emenda presume que, sujeitas a estatuto jurídico diferenciado, possam licitar e contratar com a fluência necessária para superar a distância que as separa da economia de mercado e de seus desafios de eficiência e eficácia.**" (Pereira Junior, Jessé Torres, Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 25)

Na então ausência do Estatuto Jurídico das Estatais mencionado na EC/19, Jessé Torres Pereira Junior defendia que as empresas públicas e sociedades de economia mista editassem normas internas para regulamentar suas licitações e adequá-las às regras de economia de mercado:

"A Constituição não exclui do dever de licitar pessoa jurídica alguma, tenha ela personalidade de direito público ou privado, integrante da Administração Pública, aí compreendidos os Poderes constituídos, nas três esferas da Federação. A Constituição tampouco concede imunidade em matéria de licitação pública. A regra do art. 173, § 1º, de que se valem os que sustentam ponto de vista adverso em matéria afim, tem o sentido de tornar competitivas, enquanto instrumento de intervenção estadual na economia (o que só se admite em caráter excepcional, já que o princípio é o da livre iniciativa – CF/88, art. 170), as empresas públicas e sociedades de economia mista criadas por lei para tal fim. A restrição do art. 173, § 1º, não se há de sobrepor à especialização dos arts. 22, XXVII e 37, XXI, que a essas empresas estendem o dever de licitar sem discriminar as que fomentam a economia. O fato de o Estado explorar atividade econômica por intermédio dessas entidades não mitiga, ao contrário acentua, devido à excepcionalidade do cometimento, a natureza pública da função que devem desempenhar, por delegação da lei (CF/88, art. 37, XIX). A função pública presente

na atuação dessas empresas coloca-as, em tema de licitação, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista que são prestadoras de serviços públicos, para as quais, sufraga-se à unanimidade, se impõe o dever de licitar. (...) **A Emenda 19 faz depender do estatuto o futuro regime jurídico dessas entidades. A norma é de eficácia contida, na expectativa da sobrevinda da lei específica. À falta desta, o regime jurídico dessas empresas públicas e sociedades de economia mista deve observar a legislação vigente. Entidades que desempenham função social e econômica de relevante interesse público não podem atravessar período de anomia por prazo indeterminado, já que a Emenda sequer o fixou para a promulgação da lei, como fez em relação a outras matérias (v. arts. 27 e 30 da Emenda). (...) Quanto às licitações e contratações, de que o estatuto geral também pretende ocupar-se, a solução para evitar a temporária indefinição normativa será em valerem-se as entidades do permissivo inscrito no art. 119 da Lei nº 8.666/93, e editarem regulamentos próprios, que, não reproduzindo as disposições da lei geral de licitações, já darão cumprimento ao regime delineado pela Emenda 19, estabelecendo regras procedimentais harmonizadas com os princípios licitatórios, com as peculiaridades da estrutura organizacional da empresa e com as características dos serviços que presta ou do mercado em que atua.** Viável a solução porque o mencionado art. 119 não foi recepcionado na íntegra pela Emenda 19. No que, em sua parte final, sujeita os regulamentos internos às disposições da Lei nº 8.666/93, o art. 119 passou a conflitar com a redação que a Emenda trouxe para o art. 173, § 1º, III, da Constituição, que remete para a lei, que aprovará o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, a disciplina das licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações por essas entidades. Logo, há de considerar-se derogado o art. 119 nesse aspecto, desde logo liberadas aquelas empresas para a adoção de normas internas que se balizem apenas pelos princípios que presidem as licitações e contratações, e, não pelas disposições da Lei nº 8.666/93. Todavia, à falta de regulamento interno e enquanto não sobrevier a lei especial, cada empresa pública e sociedade de economia mista deve sujeição, em suas licitações e contratações, ao disposto na Lei nº 8.666/93 e suas alterações.” (Pereira Junior, Jessé Torres, Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, págs. 20, 29/30)

Em posição arrojada para a época, Celso Antônio Bandeira de Mello militava no sentido de que as empresas estatais que exploram

atividades econômicas, mesmo na ausência da lei que instituiria o Estatuto Jurídico de tais entidades, já podiam contratar sem licitação, quando ficar evidenciado que tal procedimento compromete seu desempenho empresarial ou inviabiliza o atingimento de seus objetivos:

"Com efeito, em inúmeros outros artigos da Constituição - como no art. 37, XXI, atinente à licitação - encontram-se normas que impõem a quaisquer entidades da Administração indireta ou fundacional regramento diverso do aplicável às empresas privadas, sem discriminar-se se são ou não exploradoras de atividade econômica. E em nenhum deles caberia duvidar de que também estas últimas estão abrangidas pelos sobreditos preceitos, conquanto as normas em questão lhes confirmam tratamento distinto do que se aplica às empresas privadas. Assim, também, não há por pretender que o art. 37, XXI, esbarre no art. 173, § 1º. **Entretanto, será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas (as empresas estatais). Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabiliza o desempenho das atividades específicas para as quais foi constituída a entidade, entender-se-á inexigível a licitação. Isso ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está proposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o que haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade.**" (Mello, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 340 apud Junior, José Calasans, A licitação nas empresas estatais, Revista Zênite de Licitações e Contratos, págs. 879 e seguintes, Edição nº 56, Out/1998 e págs. 525 e seguintes, Edição nº 208, Jun/2011)

E da 27ª edição do Curso de Direito Administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello, colhem-se, ainda, as seguintes lições:

"Se a entidade for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, quando atinentes ao cumprimento da finalidade industrial ou comercial para que tenha sido criada, salvo alguma exceção mais adiante anotada, serão sempre regidas pelo Direito Privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos. Sua responsabilidade, contratual

ou extracontratual, estará sob a mesma disciplina aplicável às empresas privadas e o Estado não responde subsidiariamente por seus atos (...) **Sem dúvida, a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas que lhe são próprias inibiram seu desempenho expedito e muitas vezes obstarium à obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos.**” (Mello, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, págs. 208/209)

Aderindo à tese de Celso Antônio Bandeira de Mello, Raquel Melo Urbano de Carvalho citava a questão das chamadas atividades-fim desenvolvidas pelas empresas estatais e da inviabilidade de submeter seu exercício ao regime licitatório:

“Esclareça-se, conforme orientação vigente desde a Constituição de 1988, que a vinculação das paraestatais exploradoras de atividade econômica ao dever de licitar nos termos da Lei Federal nº 8.666 dá-se apenas no tocante às suas atividades-meio. Os contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo artigo 173, § 1º, da CR os quais sejam instrumentais à sua intervenção da iniciativa privada devem ser necessariamente precedidos de licitação. Mas a exploração da atividade econômica em si não se submete à licitação prévia, à obviedade. Assim sendo, quando a Caixa Econômica Federal deseja firmar contrato de aquisição de computadores (atividade meio), está obrigada a fazer licitação prévia. No entanto, quando firma contrato de mútuo com um cliente de determinada agência bancária (atividade fim), está logicamente dispensada de realizar procedimento licitatório. Também Dinorá Adelaide Musetti aduz que, mesmo após a nova redação do artigo 173, § 1º da CR, **a celebração de contratos típicos às atividades-fim das estatais não exige a realização de licitação pública, sob pena de inviabilização de sua atuação.** As inviabilidades seriam ‘aquelas relacionadas com o desempenho das atividades operacionais da entidade, assim entendidas aquelas pertinentes à atividade de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços que constitui a finalidade da existência da sociedade.’ O Tribunal de Contas da União, anteriormente à Emenda Constitucional nº 19/98, já entendia que **‘cabe aplicar o dever de licitar às atividades-meio, enquanto que as atividades-fim que correspondem a atos negociais serão regidas pelo direito comercial’**. Manteve, após a alteração do artigo 173, §

1º, da CR a posição de que **as atividades-fim das empresas estatais regem-se pelo direito privado e não estão sujeitas ao dever de licitar; esta obrigação é exigível apenas nas suas atividades-meio.** O fundamento dos reiterados posicionamentos é o de que não é razoável exigir licitação relativamente às atividades-fim, por ser impossível comprometer-se, com definitividade, a concorrência das paraestatais no mercado, aspecto que exige significativa cautela hermenêutica, em cada caso concreto." (Carvalho, Raquel Melo Urbano de, Curso de direito administrativo, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, Salvador: Jus Podivm, 2009, págs. 748/749)

Para José dos Santos Carvalho Filho (que dava como exemplo de atividade de exploração econômica desenvolvida por estatal a ser desonerada dos rigores da Lei 8.666 a fabricação de medicamentos por preços inferiores aos de mercado) restaria inviabilizada a atuação estatal na seara empresarial privada sem a devida elisão ou, no mínimo, abrandamento do regime licitatório instituído pela Lei de Licitações e Contratos:

"... no que concerne a empresas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômico-empresariais, urge conciliar o art. 37, XXI, e o art. 1º, parágrafo único, do Estatuto¹, com o art. 173. § 1º, CF. **É que referidos entes, embora integrantes da Administração Indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica. É o caso, por exemplo, de empresa pública criada para a venda de medicamentos, por preços inferiores aos de mercado, a indivíduos de comunidades de baixa renda;** ou de uma sociedade de economia mista que explore supermercado para fins sociais. É claro que a venda de tais produtos e a prática de outras operações ligadas a esses fins terão de sujeitar-se às regras comerciais comuns. Para as atividades-meio, contudo, deverá incidir normalmente a Lei nº 8.666/93." (Carvalho Filho, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 14ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pág. 198)

Explicando os motivos que levaram o legislador a se preocupar em equiparar as sociedades de economia mista e as empresas

¹ O autor está a se referir à Lei Federal nº 8.666/1993.

públicas que explorem atividades econômicas às empresas da iniciativa privada, o ex-ministro da Justiça José Eduardo Martins Cardozo sustentava que mesmo antes das alterações havidas no texto do artigo 173 da Carta de Outubro em razão da Emenda 19, seria inconstitucional impor obrigações às empresas estatais que as impedissem de exercer suas atividades à feição de suas concorrentes que não integram a Administração Pública:

"De início, observemos o já anteriormente referido art. 173, § 1º, da CF. Como já salientado anteriormente, seja no seu texto original, seja no texto hoje vigente, nossa Lei Maior firma a diretiva de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica deverão sujeitar-se sempre ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários'. **A intenção do legislador parece ser clara. Seu desejo é o de equiparar as empresas estatais às empresas privadas comuns para que, no exercício de suas atividades privadas, atuem em condição igualitária, ou ao menos a mais equivalente possível. Devem ter os mesmos direitos e os mesmos deveres.** Sendo assim, parece-nos rigorosamente correto afirmar que as empresas públicas, as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica e suas subsidiárias jamais poderão receber da legislação infraconstitucional qualquer tipo de tratamento privilegiado que as coloque em patamar jurídico diferenciado daquele em que estão situadas as empresas comuns, de modo a que possam vir a receber qualquer favorecimento especial na sua atuação. Seria inconstitucional. **Do mesmo modo, haverá de ser ofensivo à nossa Lei Maior o estabelecimento de quaisquer deveres ou ônus de atuação que impeçam sua atuação no mercado nos moldes em que uma empresa privada o faria. Devirão sempre atuar em pé de igualdade, vedados privilégios e o estabelecimento de ônus de qualquer natureza que impliquem formas de desigualdade jurídica de tratamento ao longo das suas respectivas atuações no campo econômico.** Disto decorre uma observação que não poderá nos passar despercebida. **Se o dever de licitar vier a sujeitar todos e quaisquer contratos celebrados por empresas estatais que explorem atividade econômica, por óbvio, será impossível que possam atuar em igualdade de condições com as empresas privadas. Exigir-se a licitação para contratos firmados em disputa de mercado para uma empresa seria praticamente alijá-la de quaisquer formas de competição características do mundo privado. (...) Seria absurdo. Seria tratá-las em franca desigualdade de**

condições com as empresas privadas comuns, que, libertas do dever de licitar, contratariam com seus clientes ou freqüentes com a liberdade e agilidade negocial. Seria, enfim, condená-las, a priori, ao mais amplo e evidente fracasso no mundo dos negócios. (Cardozo, José Eduardo Martins, "O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica" in Curso de Direito Administrativo Econômico, Volume III, São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 784/785)

Para Marçal Justen Filho, perfilhando pronunciamentos do Tribunal de Contas da União, a regra para se afastar o regime licitacional de uma contratação efetivada por uma empresa estatal que explora atividade econômica (sendo tal avença decorrente de procedimentos usuais de mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal), era saber se havia vínculo da aludida contratação com a atividade de mercado que constitui o núcleo de atuação da empresa. Destacava ainda o autor a inadequação do regime licitatório com a competitividade inerente à realidade empresarial das empresas privadas², e que um exemplo de atividade-fim de uma empresa estatal exploradora de atividade econômica seria a aquisição de insumos para industrializar os produtos por ela negociados:

"A obrigatoriedade da licitação poderia inviabilizar o desempenho de certas atividades. Assim, imagine-se impor a uma distribuidora de combustíveis, controlada pelo Estado, o dever de realizar licitação para 'alienar combustível'. A venda de combustíveis é o núcleo da atuação dessa empresa estatal. Subordinar essa contratação a uma prévia licitação corresponderia a impedir a atuação empresarial no mercado. Do mesmo modo, uma instituição financeira não está obrigada a licitar contratos de conta

² Nesta mesma senda, também citemos a lição de Hely Lopes Meirelles: "Com a Emenda Constitucional 19, de 1998, foi dada nova redação ao art. 173, § 1º, III, ficando claro que essas empresas, quanto a licitação e contratação, ficarão somente sujeitas aos princípios da Administração Pública, nos termos do seu futuro Estatuto. Evidentemente, tais empresas, que exercem atividades econômicas, não devem ter as mesmas restrições previstas para as suas congêneres prestadoras de serviços públicos, sob pena de contrariar o preceito constitucional de que o regime jurídico daquelas entidades deve ser assemelhado ao das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). A diretriz constitucional se justifica. As empresas que exercem atividades econômicas não devem sujeitar-se às regras rígidas da Lei 8.666, de 1993, pois prejudicariam seu desempenho e competitividade no mercado." (Meirelles, Hely Lopes, Licitação e contrato administrativo, 15ª ed., atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, São Paulo: Malheiros, 2010, págs. 139/140)

corrente bancária. Mas será diferente a situação quando a contratação não estiver abrangida no âmbito do objeto desenvolvido no mercado, em competição com outros agentes, em igualdade de condições. Assim, a construção da sede administrativa de entidade da Administração indireta comporta plena aplicação do regime licitacional, precisamente porque não há vínculo com a atividade de mercado que constitui o núcleo de sua atuação. A distinção foi consagrada na doutrina e encampada em decisão do Tribunal de Contas da União, tal como se evidencia no texto do Acórdão nº 121/1998 (rel. Min. Iram Saraiva). Examinou-se naquela oportunidade, a contratação de transporte de combustíveis líquidos pela Petrobras Distribuidora S.A. Concluiu-se no sentido de ser cabível a contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade fim da BR, ou seja, aqueles decorrentes de procedimentos usuais de mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal ...'. A decisão do TCU acolheu, por isso, o entendimento de caracterizar-se hipótese de dispensa de licitação para as atividades-fim desempenhadas pelas entidades administrativas que exercitam atividade econômica. Somente as atividades-meio exigiriam a prévia licitação. (...) O fundamental reside em que a decisão reconheceu a possibilidade de contratação direta nas hipóteses de mecanismos de mercado incompatíveis com a licitação, demandando rapidez e informalidade para o êxito empresarial. **A submissão dessas contratações a licitação acarretaria a inferioridade da entidade administrativa perante competidores no mercado. Passaria a ter preços mais elevados e perderia a clientela. Não poderia aproveitar vantagens que descobrisse no mercado, eis que a contratação não seria realizada segundo os mesmos procedimentos característicos da atividade mercantil.** A distinção entre atividade-meio e atividade-fim, que se difundiu especialmente a partir da jurisprudência trabalhista, configura uma árdua questão e tende a conduzir a resultados frustrantes. Afinal, uma mesma atividade pode ser qualificada como 'fim' ou como 'meio', dependendo do parâmetro de comparação. Portanto, deve-se adotar enorme cautela com a utilização dessa conceituação. **A diferença entre atividade-fim e atividade-meio está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da entidade. A atividade-fim é aquela para a qual se vocaciona a sociedade de economia mista ou empresa pública. Considera-se todo o restante como atividade-meio.** Nem sempre é simples a diferenciação, eis que inúmeras contratações se referem indiretamente à atividade-fim. **Assim, a aquisição de insumo necessário à produção de um derivado ou manufaturado enquadra-se na atividade-fim.** Mas a construção de uma fábrica não estaria albergada na mesma categoria, comportando submissão ao procedimento

licitatório. O tema voltou a ser objeto de considerações do TCU, posteriormente. Tratou-se de questionamento sobre contratação realizada pelo Banco do Brasil. No voto do Min. Guilherme Palmeira, ficou consignado que `exigir do Banco do Brasil – nas condições postas de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o jugo do princípio da eficiência – a realização de licitação para contratar seguro de penhor rural nas operações de financiamento rural iria de encontro às próprias deliberações desta Corte em que foram excepcionadas da incidência da Lei nº 8.666/1993 aquelas operações incluídas nas atividades finalísticas das empresas. Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seu próprio regulamento, **podendo utilizar-se da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim**. (Acórdão nº 624/2003, Plenário) (...) **Deve-se reconhecer que o tratamento consagrado pela Lei nº 8.666 é apto a produzir, em determinadas situações, resultados desastrosos para as entidades administrativas. A aplicação rigorosa da disciplina legal conduziria à inviabilização da atuação de empresas estatais que operem em competição com a iniciativa privada.** Como visto, o art. 173 da CF/88 veda que as empresas exploradoras de atividade econômica usufruam de benefícios não extensíveis à iniciativa privada. Essa regra não elimina a submissão das empresas estatais a inúmeros rigores inerentes à atividade administrativa do Estado. **Ora, a eliminação dos benefícios e vantagens deve ser acompanhada da exclusão concomitante de encargos e ônus peculiares ao direito público, mas apenas na medida em que tal possa comprometer a atuação da entidade administrativa no mercado. Esse comprometimento caracteriza-se pela ofensa à isonomia em face dos agentes privados, em vista da eliminação da competitividade da entidade administrativa no âmbito do mercado. Não se aplicará o regime de direito público quando produzir encargos que tornem inviável a competição da empresa pública ou sociedade de economia mista com os agentes privados. O raciocínio aplica-se tanto ao aspecto de vantagens quanto ao de encargos constantes da disciplina publicística.** (Justen Filho, Marçal, Comentários à lei de licitações e contratos, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, págs. 28/30)

Colha-se também a sucinta, porém precisa lição de Carlos Ari Sundfeld:

“Destarte, também as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica são colhidas pelas

regras atinentes ao dever de licitar. **Isso não impede, contudo, o descabimento da licitação para operações específicas, de natureza econômica e imediatamente ligadas ao cumprimento dos fins da entidade. É exemplo alienação de bens por empresa estatal criada justamente para produzi-los, caso em que a operação se fará nos moldes comerciais comuns.**”(Sundfeld, Carlos Ari, Licitação e contrato administrativo, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 39, apud, Niebuhr, Joel de Menezes, Licitação pública e contrato administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, pág. 27)

Diógenes Gasparini entendia que uma atuação empresarial expedita das empresas públicas e das sociedades de economia mista que atuam como interventoras no domínio econômico e condizente com seus misteres prescinde, por ausência de pressuposto lógico, da realização de certame licitatório, constituindo-se, portanto, em hipótese de inexigibilidade de licitação (o autor trazia à baila inclusive posicionamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e do TCU, este último referente a PETROBRÁS):

"Como interventoras no domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório. Nesses casos, não há por que promover uma licitação para a aquisição de bens necessários ao atingimento de suas finalidades, nem para a venda dos bens por ela produzidos. Não fosse assim, haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais expedita, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar. Nesse caso, sob pena de soçobrar a empresa pública, deve-se entender inexigível a licitação. A esse intento assinala Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit. P. 505) que: 'Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento de uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput'. Mas a licitação será indispensável o desejado não se enquadrar no seu objeto estatutário, como seria a construção de um novo laboratório de uma empresa pública voltada à produção de um certo produto químico, necessário a alcançar seus precípuos objetivos sociais. Igualmente, a licitação

seria indispensável se o desejado fosse a venda de um imóvel integrante de seu patrimônio. Nas duas hipóteses as respectivas operações não integram suas precípuas finalidades: fabricação e venda de produtos químicos destinados à melhoria da lavoura. (...) **No entanto, a aquisição de bens necessários ao atingimento de seus fins e a alienação do produto de sua atividade não necessitam de qualquer espécie de procedimento licitatório (TCU – Ac. 624/203 – Plenário e RT, 739:394). Destarte, não há razão para se promover o certame para a compra de óleo bruto para ser refinado pela PETROBRAS, nem para a venda de gasolina por ela produzida. Em suma: já decidiu o TCU que os negócios que têm por objeto uma obra, um serviço ou uma compra relacionados com as atividades-fim dispensam esse procedimento, pois são regulados pelo Direito Comercial.**” (Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo, 15ª edição, atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 495 e 507)

Pontuando a diferença de regime quando as empresas estatais estão a exercer suas atividades-fim ou atividades-meio, Aline Paola C. B. Câmara de Almeida (citando Celso Antônio Bandeira de Mello, Caio Tácito e José Edwaldo Tavares Borba, com o último inclusive imputando inconstitucionalidade à Lei 8.666 quando ela trata do assunto da exigibilidade de licitações nas estatais³) lecionava o seguinte:

"Não há dúvidas de que quando a entidade está desenvolvendo atividade vinculada diretamente à sua própria finalidade não há de se falar em procedimento

³ A exemplo de José Edwaldo Tavares Borba, Antônio Carlos Cintra do Amaral também defende a inconstitucionalidade da Lei 8.666/93 em face das alterações no texto do artigo 173 da Lex Mater promovidas pela EC 19: "Limito-me a registrar que as empresas estatais tiveram sua eficiência comprometida pelo excesso de rigidez da Lei nº 8.666. (...) se um dirigente de empresa privada resolver adotar a Lei nº 8.666 para realizar as suas licitações, e não for demitido de imediato, a empresa irá à falência.(...) A Lei nº 8.666 estabelece normas rígidas aplicáveis à Administração Pública em geral, não se limitando aos princípios da licitação, pelo que não foi recepcionada pela nova ordem constitucional no que se refere à sua aplicação às empresas estatais. Conclusão: a Lei nº 8.666 não tem mais validade relativamente às empresas estatais. (...) A norma do art. 173, inciso III, é de eficácia plena, na classificação do Professor José Afonso da Silva em sua Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Além do mais, o Congresso Nacional, ao não aprovar a lei prevista no art. 173 da Constituição, está cometendo uma inconstitucionalidade por omissão. (...) Limito-me, portanto, a dizer que as empresas estatais estão juridicamente desvinculadas da Lei nº 8.666, embora continuem na prática, a cumpri-la." (Amaral, Antônio Carlos Cintra do, Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários, Belo Horizonte: Fórum, 2006, págs. 71 e 76/77)

licitatório, eis que o objetivo é a prática de atos negociais em regime de concorrência. Neste caso há o afastamento completo do princípio constitucional da licitação – sequer sendo a hipótese de inexigibilidade. Não incidência, portanto, do princípio da licitação. Por outro lado, quando a contratação atende a objetivos da atividade-meio, concernente a qualquer atividade que não se relacione ao núcleo do seu objeto, como a contratação de empresa de limpeza e manutenção dos seus prédios ou a locação de veículos para transporte de seus funcionários, deve ser instaurado processo seletivo para a contratação da proposta mais vantajosa. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO já sustentava à época do Decreto-Lei nº 2.300/86 **que quando as estatais se encontravam diante do 'exercício de atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho imediato de atividade industrial ou comercial que, por lei, lhes incumba desenvolver como objeto das finalidades para que foram criadas' estavam afastadas do princípio licitatório** (...) CAIO TÁCITO também explica: (...) 'A obrigatoriedade da licitação prévia dirige-se às atividades-meio, ou seja, à captação do concurso de terceiros para a execução dos serviços que lhes são delegados. Em tais relações contratuais as empresas estatais são, em verdade, receptoras – e não prestadoras de serviço.' JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA fundamenta a inaplicabilidade de licitação para as atividades-fim no princípio da moralidade: '(...) **O Processo de licitação, por exemplo, não se aplica indiscriminadamente às empresas do governo, mesmo porque, em muitos casos seria impraticável. Não teria cabimento promover uma licitação para que uma empresa industrial ou comercial do Estado vendesse o seu produto. A licitação seria, contudo, pertinente para a venda de um imóvel da empresa. O que deve nortear a decisão é o princípio da moralidade. A licitação, quando compatível com o interesse da empresa, deve ser realizada. Não havendo adequação para a licitação, a empresa deverá agir segundo as práticas do mercado, por elas pautando a sua ação.** (...) **A Lei nº 8.666, de 21.06.93, deve ser considerada inconstitucional na medida em que pretende submeter, de forma abrangente, as empresas do Estado ao processo licitatório.** Essa lei exclui a licitação a venda dos bens produzidos ou comercializados pela entidade em virtude de suas finalidade (art. 17, II, e), o que resolve parte do problema, mas não o elimina, posto que continuaria a sujeitar as compras das empresas a procedimentos nem sempre viáveis.' (...) **Realmente, se as empresas estatais atuam em regime de competição, tanto não podem lhes ser concedidas quaisquer vantagens – e o inciso II do § 1º do art. 173 equipara seus direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários aos dos particulares – quanto não lhes podem**

ser criados encargos especiais que possam ultrapassar o limite imposto pelo princípio da isonomia. Se estivessem submetidas ao princípio licitatório para o exercício da atividade-fim, os ônus que lhes seriam impostos não corresponderiam aos das demais empresas privadas, destituindo-as da isonomia. Além disso, seria malferido o princípio da eficiência, posto que estariam sujeitas a uma série de procedimentos e exigências que o mercado competitivo não poderia aguardar, colocando-as em natural desvantagem em relação a seus concorrentes. Verifica-se, pois, que as estatais estão desobrigadas do procedimento licitatório – ainda que simplificado – para o exercício da atividade-fim.” (Almeida, Aline Paola C. B. Câmara de, “O regime licitatório das empresas estatais” apud Souto, Marcos Juruena Villela, Direito administrativo empresarial, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, págs. 194/197)

Joel de Menezes Niebuhr destacava alguns dos ajustes negociais que podiam ser enquadrados como típicos das atividades-fim desempenhadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica:

“Sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista convém tecer comentários mais detidos. Ocorre que elas se subdividem em três categorias: as que realizam atividade econômica em sentido estrito; as prestadoras de serviços públicos; e as auxiliares do Poder Público, que prestam a ele atividades instrumentais. A questão ganha complexidade no que tange à primeira categoria, relativas às entidades empresariais criadas pelo Poder Público para participarem diretamente do mercado, sujeitas ao regime estatuído no artigo 173 da Constituição Federal, cujo inciso II do § 1º prescreve a elas ‘a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’. Em vista disso, depreende-se que o regime jurídico delas é híbrido, uma vez que foram criadas pelo Poder Público, para a satisfação de interesse público, e, noutro lado, precisam atuar no mercado com desenvoltura, tanto que lhes foram atribuídos os mesmos direitos e obrigações incidentes sobre a empresa privada. Para harmonizar essas duas faces das empresas públicas e sociedades de economia mista, é necessário apartar as suas atividades fim das suas atividades meio. **A atividade fim diz respeito à produção industrial e à comercialização de seus produtos, que se sujeita integralmente ao regime de Direito Privado, por consequência, no que concerne a ela não se configura a obrigatoriedade de licitação pública. Ou seja, essencialmente, a atividade de comprar insumos e**

comercializar a produção não se sujeita ao regime administrativo, não se sujeita à licitação pública. Todavia, no que tange aos meios para aportar tais finalidades (atividades meio) incide o regime administrativo, protetor do interesse público, que impõe a obrigatoriedade de licitação pública. Por exemplo, para comprar novo prédio, mobília, computadores, etc., é necessário proceder à licitação pública.”.(Niebuhr, Joel de Menezes, Licitação pública e contrato administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, págs. 26/27)

Em síntese, podemos afirmar que antes da Lei nº 13.303/2016 a doutrina convergia para a inviabilidade do regime licitatório quando o mesmo se desvelava atentatório à capacidade operacional das empresas públicas e sociedades de economia mista que operavam em regime concorrencial com as empresas privadas, não havendo consenso quanto a forma como tal problema seria debelado, se só com o Estatuto Jurídico das Estatais, se com normas internas ou inclusive independentemente da existência do Estatuto.

Ainda fazendo remissão ao regime anterior à Lei nº 13.303/2016, diga-se que as possibilidades de as empresas estatais promoverem contratação direta sem a necessidade de realizar procedimentos licitatórios estavam adstritas às hipóteses definidas na Lei nº 8.666/93 em que a licitação era dispensada (art. 17), dispensável (art. 24) ou inexigível (art. 25).

A licitação dispensada diferencia-se da licitação dispensável em razão de nesta última a competição ser possível, porém por vezes inconveniente e inoportuna, ao passo que primeira houve uma clara manifestação do legislador em indicar hipóteses em que a licitação é simplesmente proibida:

“As hipóteses ao dever geral de licitar, lançadas no art. 17, diferem daquelas relacionadas no art. 24. As do art. 17 traduzem decisão do legislador, que exonerou o administrador de exercer discricção para decidir quanto à dispensabilidade, ao declarar que a licitação está ‘dispensada’ nos casos que enumera. As do art. 24 reservam ao administrador discricção para decidir se dispensa ou não a licitação, se configurada, no caso concreto, a hipótese em tese definida nos incisos; tanto que a redação do art. 24, caput, declara ser ‘dispensável’ a licitação.” (Pereira Junior, Jessé Torres, Comentários à lei das licitações e

contratações da administração pública, 8ª edição, rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 216)

“A licitação dispensada é tratada no art. 17; a dispensável, elencada no art. 24; e a inexigível, no art. 25 da Lei nº 8.666/93. **É imperioso reconhecer que, em termos práticos, essa divisão apresenta vantagens, pois há consequências diversas para cada hipótese.** A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é a oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora de serviços. **Outro aspecto distintivo entre licitação dispensada e dispensável é o fato de que, em princípio, na primeira não é necessário, observar as formalidades do art. 26 da Lei nº 8.666/93, significando, com isso, simplificação. Assim, conquanto esse artigo seja bom orientador para salvaguardar o gestor, não é obrigatório seu pontual acatamento, na licitação dispensada, exceto nas hipóteses reguladas pelos §§ 2º e 4º do art. 17. Na dispensa de licitação, ao contrário, com a ressalva dos incisos I e II do art. 24, é sempre obrigatório acatar as formalidades instituídas no art. 26 da Lei de Licitações.**” (Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby, Contratação direta sem licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 205)

“Ainda, cumpre destacar que as hipóteses enumeradas nas alíneas dos incisos I e II do artigo 17 da Lei nº 8.666/93 foram qualificadas pelo legislador como de licitação dispensada. O caput do artigo 24, por sua vez, prescreve que, no tocante aos vinte e quatro incisos que lhe seguem, a licitação é apenas dispensável. **É solar a diferença de sentido entre algo que se declara dispensado e outro que se declara dispensável. Dispensada significa que a licitação pública já foi efetivamente afastada do legislador, em virtude do que a competência do agente administrativo é vinculada, cabendo-lhe, diante de uma das figuras contratuais enunciadas, apenas reconhecer a dispensa.** A discricionariedade do agente administrativo, nesses casos, resume-se na avaliação da oportunidade e conveniência de realizar uma das espécies de contrato qualificadas, efetivamente, como de licitação dispensada. Realizado esse juízo, tendo-se decidido a respeito da celebração de tais contratos, a dispensa se impõe. **Já o dispensável denota que a dispensa ainda não foi ultimada, depende da avaliação do agente administrativo, que, diante de uma das hipóteses prescritas nos incisos do**

artigo 24, deve analisar se a licitação pública realmente produz ou não gravame ao interesse público, retratando competência discricionária. E, reacentua-se, essa competência discricionária é orientada pela norma programática prescrita na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, em razão do que o agente administrativo deve priorizar a obrigatoriedade de licitação pública, tratando de modo paritário, todos os interessados no contrato e preservando, com isso, o interesse público e moralidade administrativa. Ou seja, diante de uma das hipóteses admitidas pelo artigo 24 da Lei nº 8.666/93, o agente administrativo somente deve optar pela dispensa de licitação pública nas situações em que o interesse público concretamente sujeita-se a risco de sacrifício ou gravame de monta." (Niebuhr, Joel de Menezes, Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, págs. 64/65)

Ou seja, no regime da Lei 8.666/93, nas licitações dispensadas, ao contrário das dispensáveis, sequer se cogita a realização de licitação, vez que a mesma já é afastada por força legal.

A exemplo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016), também estabeleceu hipóteses em que o procedimento licitatório é inaplicável, vedado e proibido, ou seja, estabeleceu hipóteses em que a licitação é dispensada e o fez, por exemplo, no inciso I do § 3º do seu artigo 28:

"Art. 28.(...)

§ 3º **São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:**

I - **comercialização**, prestação ou execução, de forma direta, **pelas empresas mencionadas no caput, de produtos**, serviços ou obras especificamente relacionados **com seus respectivos objetos sociais;**"

Comentando o aludido dispositivo, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes Torres lecionam o seguinte:

"Nossa opinião é no sentido de que **a permissiva dada pelo inciso I, do § 3º do art. 28 pode abranger tanto situações específicas em que a estatal "vende" seus produtos e serviços, como situações específicas de contratação de fornecedores, diretamente vinculados ao exercício de sua atividade econômica principal.** Assim, **a referida hipótese de inobservância das regras licitatórias pode se dar tanto na**

'venda' direta de produtos, serviços ou obras, pela estatal, como na 'aquisição' de produtos, serviços ou obras vinculadas diretamente à venda anteriormente indicada, desde que especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais. (...) De qualquer forma, tanto em uma como em outras hipóteses, é imprescindível que seja identificada incompatibilidade do procedimento licitatório formal com essas atividades, diretamente relacionadas com o objeto social. Essa compreensão se aproxima do pressuposto principal, defendido pela doutrina, ainda na égide da Lei nº 8.666/1993, de que **não se pode ser considerada apta a atender ao interesse público a exigência de utilização de rígido regime licitatório, para que a empresa estatal participe da competição de mercado, quando esse regime se demonstra relevantemente prejudicial ou impeditivo.**" (Barcelos, Dawson e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, págs. 104/105)

Comentando os dois incisos do § 3º do artigo 28 do Estatuto das Estatais Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma ressaltam que nos casos de licitações dispensadas, a lei procurou aproximar as empresas estatais da realidade das empresas privadas com quem elas competem no mercado:

"Em ambos os casos, reconheceu-se legislativamente que não cabe o procedimento licitatório por se estar diante de atividades que dizem respeito à própria atuação empresarial traçada. Nesta linha, **flexibilizou-se o pressuposto de que o dever de licitar é monolítico e se reconheceu, em aderência com a Constituição, que o regime de contratação das estatais deve lhes permitir atuar em regime análogo ao regime privado, o que atenua o cumprimento dos ritos das licitações** (...) As previsões do art. 28 conectam-se às hipóteses estatais, que atuam em regime de mercado. Elas são como o reverso do dever legal de licitar. De modo simples: **as estatais sujeitam-se ao dever de licitar em tudo aquilo que não diga respeito à necessidade de elas agirem mercado.** Perceba-se que **o fenômeno da inexigibilidade é conatural à própria essência das estatais.**" (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, págs. 170 e 177)

Para Marçal Justen Filho o § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016

disciplina hipóteses de licitação dispensada, ou, na redação dada pela norma, disciplina hipóteses de inaplicabilidade de licitação:

“O § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2006 alude a dispensa da observância dos dispositivos legais sobre licitação. A utilização do vocábulo ‘dispensa’ não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. **O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem as próprias regras sobre licitação.** (...) **Na hipótese de inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido,** em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa. Então, **pode até existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação.** (...) Nos casos de inaplicabilidade de licitação, não se faz necessário o procedimento necessário para a dispensa e a inexigibilidade. Isso significa a desnecessidade de um procedimento formal, destinado a documentar com minúcia as características do caso concreto. **Assim se passa, de modo muito evidente, no caso de contratações envolvendo o objeto social da empresa estatal. Tais operações serão desempenhadas segundo as práticas de mercado, sem um tratamento formal diferenciado similar ao reservado para as contratações diretas propriamente ditas. Mesmo no caso da pactuação de parcerias empresariais, o procedimento a ser adotado não envolverá avaliações de vantajosidade econômica, norteadas por critérios objetivamente econômicos.**” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 298/300)

Na esteira das lições de Marçal Justen Filho (e de outros autores como Ricardo Alexandre⁴), diga-se que o Tribunal de Contas de Pernambuco, antes da vigência da Lei 13.303/2016, se manifestou da seguinte forma na Proposta de Voto nº 089/06 GAU4 exarada nos

⁴ “No tocante às hipóteses de licitação dispensada prevista na Lei de Responsabilidade das Estatais, podemos afirmar que tais situações, apesar de não mencionadas expressamente na Lei 8.666/1993, já eram reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como situações em que não seria exigida a realização de licitação. Assim, por exemplo, não se tem notícia de alguém que tenha ido à Caixa Econômica ou ao Banco do Brasil e tenha necessitado participar de uma licitação para abrir uma conta corrente bancária (hipótese tratada no item I). Do mesmo modo, também nunca se soube de qualquer licitação que a VISA ou a Mastercard tenham participado para firmar parcerias com bancos estatais para emissão de cartões de crédito (hipótese tratada no item II).” (Alexandre, Ricardo, Direito administrativo, 3ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 325)

autos do Processo TC nº 0403892-7 (Prestação de Contas do Exercício de 2003 do LAFEPE):

“É perfeitamente compreensível que o LAFEPE não possa se submeter a determinadas regras da Lei Federal nº 8.666/93, na medida em que fosse comprometida a sua capacidade de produção. Como esclarece a defesa, as aquisições de insumos ocorrem de acordo com a demanda de sua produção. Aliás, a própria Constituição Federal flexibiliza a matéria em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista quando, em seu art. 173, inciso III, determina que a regulamentação das normas sobre licitações públicas seja expressa na lei que estabelecer o seu estatuto jurídico, observados os princípios da administração pública. É essa demanda que define o processo licitatório a ser adotado. Bem colocada pela defesa, deve ser observada a diferença entre os laboratórios de capital privado e o LAFEPE, vinculado este último ao procedimento licitatório. **Esta vinculação, no entanto, não pode comprometer sua capacidade de produção e, conseqüentemente, concorrência dentro do mercado, com o oferecimento de medicamentos a baixo custo.”**

Bem, especificamente sobre o inciso I do § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho atenta para a escolha do legislador de se afastar do conceito de atividade-fim como definidor da não aplicação das regras sobre licitação e optar pela relação do contrato com o objeto social da empresa pública e da sociedade de economia mista:

“A licitação será inaplicável nas hipóteses em que o contrato for relacionado especificamente com o objeto social. A redação legislativa não pode ser ignorada, eis que reflete a preocupação em evitar uma solução ortodoxa, dotada de cunho excessivamente formalístico. A licitação será inaplicável porque o objeto social se constitui em atividade econômica, que se desenvolve no mercado. Em princípio, essa atividade será exercitada sob regime competição. **A realização de procedimento licitatório formal seria incompatível com a exploração econômica eficiente e poderia inviabilizar a existência ou comprometer a eficiência da empresa estatal.** O dispositivo alude à contratação especificamente relacionada ao objeto social. O advérbio ‘especificamente’ impede a ampliação indevida da disciplina. Existem muitas contratações que são compreendidas no objeto social, mas não de modo específico. **A licitação não será aplicável naqueles casos em que a contratação estiver diretamente compreendida na atividade**

que se constitui em objeto social. O dispositivo alude à 'comercialização', prestação ou execução, de forma direta', constituindo-se em exploração específica da atividade contemplada no objeto social. Essa redação exclui outras hipóteses contratuais, por meio das quais a empresa estatal obtém recursos ou produz as soluções indispensáveis para assegurar a exploração de sua atividade." (Justen Filho, Marçal, "A contratação sem licitação nas empresas estatais", Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 301)

Especificamente sobre o inciso I do § 3º do seu artigo 28 da Lei 13.303/2016 Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma também entendem que as atividades relacionadas diretamente ao fim social da empresa estatal não se submetem ao regime licitatório:

"(...) **o cumprimento das atividades que se conectam diretamente ao objeto social da empresa não exige a realização de licitação.** O objeto social da empresa conecta-se diretamente aos objetivos que levam a sua constituição, sendo que o atingimento deste, de modo efetivo, configura a própria função social da estatal, na acepção empregada pelo art. 27, *caput*, da Lei nº 13.303/2016. Assim, o afastamento do dever de licitar, neste caso, implica o reconhecimento imediato dos objetivos da sociedade se faz segundo técnicas de Direito Privado, prestigiando esta lei o caráter empresarial das estatais. (...) **A inteligência da norma é exatamente reconhecer que o cumprimento das missões institucionais da sociedade não impõe que se realize licitação. Exigir que a atuação primária da empresa se dê por meio de licitação implicaria sacrificar sua natureza privada, apartando-a do modo de atuação a ela natural.**" (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, págs. 177/178)

Por fim, comentando o inciso I do § 3º do seu artigo 28 da Lei 13.303/2016, Aldem Johnston Barbosa Araújo afirma se tratar de uma hipótese na qual o dispositivo tutela uma hipótese na qual a licitação sequer é cabível:

"(...) influenciado pelas discussões havidas na doutrina, nos tribunais de contas e no judiciário, o legislador aderiu à tese da inaplicabilidade do regime licitatório às "atividades-fim" das

empresas estatais (que, na forma do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto foram associadas a atividades especificamente relacionadas aos objetos sociais das entidades). **E trata-se de verdadeira inaplicabilidade, não dispensa ou inexigibilidade de licitação, de modo que, estando-se diante de uma atividade-fim (ou seja, de uma atividade especificamente relacionada ao objeto social) da empresa pública ou sociedade de economia mista nem sequer se cogitará realizar licitação, não por ser uma situação excepcional ou uma situação onde a competição é impossível, mas sim por se tratar de uma situação onde a licitação, em virtude da natureza da empresa estatal não é cabível.**” (Araújo, Aldem Johnston Barbosa, O Estatuto das estatais (Lei 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica, Revista dos Tribunais, v. 105, nº. 973, págs. 97–161, nov., 2016)

Como a licitação não será aplicável naqueles casos em que a contratação estiver diretamente compreendida na atividade que se constitui em objeto social, resta fazer o confronto entre o inciso I do § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016 e o caso concreto para verificar se há perfeita subsunção dos fatos à norma.

Como já fora mencionado anteriormente, trata-se da contratação de medicamento psicotrópico Quetiapina por parte do LAFEPE junto à empresa Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda e o Decreto Estadual nº 1.180/1966, que obriga o LAFEPE a produzir medicamentos e especialidades farmacêuticas em número suficiente ao atendimento das unidades sanitárias do Estado de Pernambuco é bem claro ao dispor em seu artigo 1º que:

“O LAFEPE deverá produzir, prioritariamente, medicamentos e especialidades farmacêuticas para o atendimento das necessidades das unidades sanitárias do Estado”

Some-se a isto o disposto no artigo 4^{o5} do Estatuto Social do

⁵ Art. 4º - Constitui objeto social da Sociedade a industrialização, comércio, representação, importação, exportação e distribuição de produtos químicos, farmacêuticos, complementos alimentares, veterinários e correlatos, hemoderivados, armações e lentes para óculos, cosméticos e perfumes, produtos de higiene pessoal e limpeza hospitalar, industrial e doméstica, saneantes domissanitários, material médico cirúrgico hospitalar e odontológico, podendo, ainda, identificar e desenvolver parcerias para receber e absorver transferência de

LAFEPE e fica bastante claro que a aquisição do medicamento psicotrópico está diretamente compreendida na atividade que constitui o objeto social da sociedade de economia mista, devendo-se, portanto, a luz do inciso I do § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016, afastar a aplicabilidade da licitação no presente caso.

2.3. CONTRATAÇÃO DIRETA: DISPENSA DE LICITAÇÃO.

Sem prejuízo do que já foi exposto, não se pode olvidar que falar em “contratos sob o regime de direito privado” e “desnecessidade de licitação”, no mais das vezes, não é bem compreendido e, por conseguinte, aceito pelos órgãos de controle, o que deve gerar temperamentos na aplicação do entendimento sustentado anteriormente.

Assim, afigura-se-nos mais prudente, por ser de mais fácil aceitação pelos órgãos de controle, o enquadramento da contratação em foco na hipótese de dispensa prevista no art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016, que dispõe:

“Art. 29. **É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:**

(...)

XVIII - na **compra e venda** de ações, de títulos de crédito e de dívida e **de bens que produzam ou comercializem.**”

Ao comentar o dispositivo, Marçal Justen Filho categoriza-o como uma verdadeira hipótese de inaplicabilidade de licitação:

“A redação do dispositivo é parcialmente equivalente à do art. 17, II, *c, d, e e*, da Lei 8.666/93. A dispensa de licitação compreende operações (aquisição e alienação) de bens móveis, abrangendo ações e outros valores mobiliários e títulos de crédito. **O dispositivo também abrange a alienação dos bens produzidos ou comercializados pela própria empresa estatal. Mas a hipótese já se encontra, rigorosamente, abrangida no conceito de inaplicabilidade de licitação. Nesse caso não existe licitação por força do previsto no art. 28, § 3º, I da mesma Lei 13.303/2016.**” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto

tecnologia na sua área de atuação, bem como proceder a pesquisas técnicas e científicas destinadas ao contínuo desenvolvimento de suas atividade industriais.

jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 315/316)

Para Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes Torres não há hipóteses de aplicação do art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 que não estejam contempladas pelo inciso I do § 3º do artigo 28 da mesma lei:

“(…) não vislumbramos cenário que escaparia ao enquadramento do art. 28, § 3º, I, que pudesse ser contratado diretamente, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016.”

(Barcelos, Dawison e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 184)

Nesta mesma linha é a lição de Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma:

“A lei reuniu diversas hipóteses que, no fundo, são uma emanção do que está contemplado no art. 28, § 3º, no que se refere à inexigibilidade de licitação naquilo que se configura como o núcleo da atuação empresarial da estatal. O que se tem aqui é a materialização do pressuposto constitucional que flexibiliza o dever de licitar na exata medida em que isso não se compatibilizar com a dimensão empresarial da estatal.” (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, pág. 198)

Por tudo o exposto, verifica-se que a incidência de tal dispositivo à operação em foco é evidente, já que o LAFEPE, em rigoroso cumprimento de seu objeto social, está fazendo a aquisição de medicamento psicotrópico e posteriormente efetuar a venda de tais produtos para o Ministério da Saúde.

3. CONCLUSÃO.

Ante todo o exposto, conclui-se pela legalidade da contratação direta, para aquisição por parte do LAFEPE do medicamento psicotrópico Quetiapina 25mg e 100mg, junto à empresa Cristália

Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda., em razão de a situação em análise ser um flagrante caso de inaplicabilidade das regras de licitação onde, mesmo que aplicáveis, as regras apontariam para uma inexigibilidade ou dispensa do procedimento licitatório.

Contudo, a despeito dos 3 (três) argumentos expostos neste opinativo serem autônomos e suficientes para sustentar a contratação direta objeto da presente análise, crê-se que o procedimento em foco deve adotar como o fundamento principal a hipótese de dispensa do art. 29, XVIII, do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, por se tratar de uma aplicação direta e objetiva do aludido dispositivo, sem necessidade de construções doutrinárias/jurisprudenciais ou aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o que se faz necessário nos outros dois fundamentos.

Ressalte-se a necessidade de atendimento das demais exigências previstas na Lei nº 13.303/2016 e do Regulamento de Licitações e Contratos do LAFEPE no processo de dispensa ou de inexigibilidade objeto deste opinativo, notadamente a justificativa dos preços.

As opiniões expressas neste documento foram emitidas considerando as informações fornecidas pelo consulente, com base na legislação brasileira vigente e na jurisprudência atualizada até esta data.

Com efeito, pontua-se que o presente parecer não se reveste de caráter definitivo, uma vez que, diante da posse de novos fatos e/ou documentos, nos inclinamos pela necessidade de outra manifestação mais aprofundada sobre o caso.

Por fim, insta salientar que à luz da legislação e do entendimento jurisprudencial incumbe a esta assessoria prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar nos aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da estatal consulente, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Sendo o que cumpria momentaneamente expor, fica-se ao

inteiro dispor para esclarecer quaisquer questionamentos adicionais ou discutir algumas das considerações efetuadas.

É o parecer. S.M.J.

MELLO PIMENTEL ADVOCACIA
(EDNALDO FERREIRA – OAB/PE Nº 43.466)