

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO - UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAIO AUGUSTO DE MORAES FORJAZ

**OS PARCEIROS PRIVADOS E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL NAS
CONTRATAÇÕES DAS ESTATAIS**

SÃO PAULO

2020

CAIO AUGUSTO DE MORAES FORJAZ

**OS PARCEIROS PRIVADOS E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL NAS
CONTRATAÇÕES DAS ESTATAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, na área de concentração “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”, linha de pesquisa “Justiça e funcionalização do Direito”, sob a orientação da Professora Doutora Renata Mota Maciel.

SÃO PAULO

2020

Forjaz. Caio Augusto de Moraes.

Os parceiros privados e o desenvolvimento social nas contratações das estatais

119. f

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2019. Orientador (a): Profª Pra. Renata Mota Maciel. I. Desenvolvimento social. 2. Licitação. 3 Empresa Estatal. 3. Manifestação de Interesse. 4. Parceria Público Privada.

I. Maciel. Renata Mota. II. Título.

Autor: Caio Augusto de Moraes Forjaz

Título: Os parceiros privados e o desenvolvimento social nas contratações das estatais.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, na área de concentração “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”, linha de pesquisa “Justiça e funcionalização do Direito”, sob a orientação da Professora Doutora Renata Mota Maciel.

Aprovado em: _____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Renata Mota Maciel

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

As contratações realizadas pelas empresas estatais objetivam atender ao interesse público, suprindo as necessidades relacionadas às respectivas áreas de atuação das empresas estatais, consoante previsto nos programas de governos e por consequência nas Leis de Diretrizes Orçamentárias, nos Planos Plurianuais e nas Leis Orçamentárias Anuais. Para tanto tais entes devem observar a Lei 13.303/2016, editada especificamente para as estatais, que antes do advento da citada lei observavam as disposições da Lei 8.666/1993 para efeito de contratações. As empresas estatais podem ser utilizadas como ferramenta do Estado para intervir na ordem econômica e no controle de mercado, conforme abordado no primeiro capítulo, que relata o movimento das Estatais no Brasil, as atividades desempenhadas, o papel do estado e a função social das empresas estatais. O segundo capítulo do trabalho aborda a Lei das Estatais, prevista na Constituição Federal, especificamente no artigo 173, §1º, destinado às empresas exploradoras de atividade econômica ou prestação de serviços, e avalia a disposição da Lei que possibilita às Estatais a adoção do procedimento da manifestação de interesse privado para receber propostas, bem como projetos para atender suas necessidades, e, em caso de aprovação de tais projetos, a possibilidade dos autores de competirem pelo objeto do futuro contrato, o que era vedado pela Lei 8.666/93. Destarte, considerando que o Estatuto das Estatais agasalha tal procedimento, a presente pesquisa aborda o necessário diálogo prévio, permanente e efetivo com a iniciativa privada e o condão de aperfeiçoar as contratações das estatais, afastando vícios decorrentes de projetos mal elaborados, bem como o potencial de alcançar o desenvolvimento social em sentido amplo, que neste trabalho será tratado como o dever do estado de garantir a todos, mas em especial a cidadãos e grupos vulneráveis acesso à educação, esporte, lazer, cultura e saúde, por meio de bens e serviços a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais, desde que previamente constatadas junto ao setor privado a viabilidade econômico-financeira e técnico-operacional, sem que isso seja óbice à finalidade específica da contratação da estatal, e tampouco tenha o desiderato de direcionar as contratações, sob pena de sofrer limitações junto aos órgãos de Controle Externo da Administração, que consoante abordado no terceiro capítulo precisam se aproximar da Administração com o que se obterá efetividade aos comandos da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. A hipótese que se formula é no sentido da efetiva participação do setor privado nas diretrizes e projetos da Administração Pública, com desiderato de desenvolvimento social, aliando interesses normalmente contrapostos, quais sejam, a seleção da proposta mais vantajosa, normalmente atrelada ao menor preço pela Administração Pública, e, de outro o setor empresarial que almeja o lucro. No quarto capítulo, aborda-se a necessidade de coordenação e planejamento para que, por meio das contratações das estatais, o país possa alcançar desenvolvimento social inclusivo, identificando na Lei 13.303/16 ferramentas capazes de deflagrar o delineamento de projetos nacionais bem planejados, tal qual a pré-qualificação permanente de empresas e a manifestação de interesse. Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, com abordagem teórica e pesquisa bibliográfica, propõe-se a adoção da manifestação de interesse privado para correção de falhas em projetos de obras e serviços e, em última análise, a adoção do procedimento para o desenvolvimento social de forma acessória.

Palavras-chave: Desenvolvimento social. Licitação. Empresa Estatal. Manifestação de Interesse. Parceria público-privada.

ABSTRACT

Hiring by state-owned companies, whether they are mixed capital or public companies, is ultimately intended to meet the public interest by supplying the needs directly and indirectly related to the respective areas of operation of state-owned companies, as provided for in the programs. consequently the Budgetary Guidelines Laws, the Multi-annual Plans and the Annual Budget Laws. To this end, such entities must comply with Law 13.313 / 2016, issued specifically for state-owned companies, which before the advent of said law were subject to the provisions of Law 8.666 / 1993. It is noteworthy that state-owned enterprises can be used as a state tool to intervene in the economic order and market control, as discussed in the first chapter, which reports on the movement of state-owned enterprises in Brazil, the activities performed, the role of the state and the function of state-owned enterprises. In this regard, the second chapter of the work deals with the State Law, provided for in the Federal Constitution, in article 173, paragraph 1, intended for companies that exploit economic activity or provide services, and evaluates the provision of the Law that allows the State to adopt the procedure of the expression of private interest to receive proposals, as well as projects to meet their needs, and, in case of approval of such projects, the possibility of the authors to compete for the object of the future contract, which was forbidden by Law 8.666 / 93 . Thus, considering that the Statute of State-owned companies embodies such procedure, this research addresses the necessary prior, permanent and effective dialogue with the private sector and the ability to improve the hiring of state-owned companies, removing vices arising from poorly designed projects, as well as the potential achieve social development in a broad sense, which in this paper will be treated as the state's duty to guarantee everyone, but especially vulnerable citizens and groups, access to education, sport, leisure, culture and health through goods and services. to be inserted in an ancillary way in the objects of the hiring of state-owned companies, provided that the economic-financial and technical-operational viability has previously been verified with the private sector, without this being obvious to the specific purpose of the hiring of the state-owned company, nor does it have the desideratum. direct hiring, otherwise they will suffer limitations from External role of Administration, which as discussed in the third chapter needs to approach Administration with which will obtain effectiveness to the commands of the LAW OF Introduction to the Rules of Brazilian Law. The hypothesis that arises is that the private sector effectively participates in the public administration guidelines and projects, with the aim of social development, combining normally opposing interests, which are, on the one hand, the public administration that usually hires its hires at the lowest price, and on the other, the business sector that seeks profit. The fourth chapter addresses the need for coordination and planning so that, through state contracting, the country can achieve inclusive social development, identifying in Law 13.303 / 16 tools capable of triggering the delineation of well-planned national projects. , such as the permanent pre-qualification of companies and the expression of interest. Thus, by means of the hypothetical-deductive method, with theoretical approach and bibliographical research, it is proposed the adoption of the expression of private interest for correction of failures in projects of works and services and, ultimately, the adoption of the procedure for development. in an ancillary way.

Keywords: Social Development. Bidding. State company. Expression of Interest. Public-private partnership.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	07
1	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ESTATAIS NO BRASIL.....	09
1.1	O movimento das estatais no Brasil.....	12
1.2	Das atividades desempenhadas pelas estatais.....	17
1.2.1	As sociedades de economia mista e as empresas públicas.....	24
1.3	As normas constitucionais e o papel do Estado na ordem econômica e social.....	28
1.3.1	A Constituição de 1998 e a ordem econômica. Estado liberal e social.....	30
1.3.2	A atuação de estado junto ao domínio econômico.....	34
1.4	A função social das estatais, a regulação e o controle.....	38
2	AS LICITAÇÕES DAS EMPRESAS ESTATAIS E A CONSAGRAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL.....	44
2.1	Breve abordagem da legislação aplicável às contratações públicas no Brasil.....	51
2.2	As parcerias público privadas no Brasil – objetivos e formas de contraprestação pela administração.....	54
2.3	A manifestação de interesse privado como ferramenta eficiente para a execução de projetos públicos e fomentar o desenvolvimento social.....	58
2.4	Problemas e soluções.....	62
2.5	A atividade empresarial estatal associada ao bem-estar social.....	63
3	A PARTICIPAÇÃO PRIVADA VOLTADA AO ALCANCE DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL NAS CONTRATAÇÕES DAS ESTATAIS E O CONTROLE EXTERNO DOS ATOS.....	67
3.1	O exame das parcerias público privadas nas contas das estatais - controle externo.....	72
3.2	A fiscalização e julgamento das licitações e contratos de PPP's.....	76

3.3	Do liame entre a função pedagógica e a função legiferante.....	79
3.4	A governança nas estatais e a lei de introdução às normas do direito brasileiro.....	82
4	OS PARCEIROS PRIVADOS E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL.....	88
4.1	O fomento ao desenvolvimento social pela licitação.....	91
4.2	A relevância do diálogo prévio com o setor privado.....	94
4.3	A pré-qualificação permanente voltada ao desenvolvimento social.....	96
4.4	A inovação e os procedimentos de diálogo com o parceiro privado.....	98
4.4.1	Hipótese de identificação de escopo com potencial de aglutinação de serviço acessório.....	99
	CONCLUSÃO.....	103
	REFERÊNCIAS BIBIOGRÁFICAS.....	107

INTRODUÇÃO

[...]

Os procedimentos relativos as contratações realizadas no âmbito das Empresas Estatais com a edição da Lei 13.303/2016, certamente demandarão aprofundados estudos e releituras das normas, sendo certo que as disposições aplicáveis às licitações passaram a vigorar obrigatoriamente a partir de 2018, oportunidade em que tais entes da Administração Indireta deveriam editar seus próprios regulamentos, de modo a atender escorreitamente as peculiaridades de cada organização empresarial. Não obstante a necessidade de atendimento as finalidades de cada empresa, ao longo do presente trabalho avaliar-se-á a possibilidade de alcançar maior desenvolvimento social com a efetiva participação da iniciativa privada nos atos preparatórios das contratações.

Inicialmente, verificar-se-á o movimento histórico das empresas Estatais no Brasil, as posições doutrinárias acerca da qualificação dos serviços públicos e de exploração da atividade econômica, os mecanismos de regulação e controle, bem como alguns institutos jurídicos inseridos no âmbito da Legislação das Estatais, que analisados de forma mais abrangente têm o condão de proporcionar e tornar cogente o alcance da função social das empresas públicas e do desenvolvimento social que no presente trabalho será tratado como o dever do estado de garantir à todos, mas em especial a cidadãos e grupos vulneráveis acesso à educação, esporte, lazer, cultura e saúde por meio de bens e serviços a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais.

O arcabouço legal concernente às contratações das Estatais será analisado com enfoque na solução de problemas existentes nas contratações e que implicam na falta de eficiência do Estado e que podem gerar desde ineficiência, até condenações por atos de improbidade, pois um dos problemas inerentes as contratações são os projetos que com o advento da nova Lei poderão ser aprimorados.

Pretende-se trazer à baila uma releitura da finalidade do procedimento da manifestação de interesse privado no âmbito das contratações das Estatais, com o desiderato de fomentar a maior participação do setor privado, que pode contribuir de forma positiva para o alcance do interesse público do ente contratante, bem como para o alcance do desenvolvimento social de forma muito mais abrangente e efetiva à realização do interesse coletivo, em face dos princípios constitucionais do Direito Administrativo, e em especial da aplicação da Lei 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas.

O novedio instituto dispõe sobre regras específicas quanto a governança corporativa que podem contribuir para a estabilidade das relações jurídicas e para a manutenção do Estado de Direito, com o que se pretende analisar a força das disposições da norma criada em 2016 e a repercussão de forma prática para efeito de eficiência na administração e alternativas modernas para as contratações públicas.

Nesse sentido a efetiva aplicação do instituto da Lei das Estatais e a criação de regulamentos próprios de licitações e contratos demandará a necessidade de estudos aprofundados sobre as repercussões que advirão das mais diversas interpretações que surgirão a respeito dos temas inerentes as contratações públicas.

Além da abordagem acerca das repercussões da Lei das Estatais, pretende-se analisar as contratações das Estatais pelos órgãos de Controle Externo, sua função pedagógica e as novas diretrizes da aplicação da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Outrossim, espera-se que o aumento do diálogo entre os atores públicos e privados possa não somente reduzir desvios como aumentar a eficiência e quiçá fomentar o desenvolvimento social em sentido amplo, que como dito acima neste trabalho será tratado como o dever do estado de garantir saúde, educação, esporte, lazer e cultura por meio de bens e serviços, a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais, para suprir necessidades especificamente de cidadãos e grupos vulneráveis.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ESTATAIS NO BRASIL

Atualmente, o discurso em voga pelos atores governamentais nos âmbitos municipal, estadual e federal trata da necessidade de privatização das empresas públicas. Tal mote deve-se inicialmente aos inúmeros casos de corrupção que ocorreram nas estatais nacionais, bem como em face do maior potencial da iniciativa privada para gerar riquezas com mais intensidade do que o setor público, uma vez que não se sujeita a burocracia do Estado, em especial no desempenho das atividades corriqueiras relacionadas as contratações, além de dispor de recursos humanos, tecnologia e infraestrutura de ponta, o que certamente contribui para o melhor desempenho das empresas privadas que prestam serviços públicos ou exploram atividade econômica, quando comparadas com empresas estatais.

Todavia, nem sempre a iniciativa privada deteve a capacidade financeira, organizacional, recursos humanos, e infraestrutura para desenvolver as atividades econômicas e prestar serviços públicos sem que existisse a participação Estatal.

No Brasil o Estado começou a atuar na ordem econômica não por opção ideológica, mas em razão da ausência da iniciativa privada capitalizada, para explorar, por exemplo, as usinas hidrelétricas ou as siderurgias, o que denota que a gênese da intervenção do Estado no domínio econômico por meio de empresas controladas pelo Estado, remonta basicamente ao período da segunda guerra, momento em que prevalecia a ideia do nacionalismo e do populista, da década de 40, início da década de 50, fomentando o surgimento de diversas estatais (BARROSO, 1998).

Naquele tempo, não havia incentivos ou programas para fomentar o desenvolvimento e a exploração econômica pela iniciativa privada, o que tornava cogente ao Estado assumir as atividades empresariais para explorar diretamente atividades econômicas, com fulcro no desenvolvimento nacional (PINTO JUNIOR, 2010). Com o tempo a atividade interventiva do Estado não foi meramente conjuntural, para afastar crises, mas sim estrutural, o se tornou ferramenta de correção das limitações de investimento do setor privado (PINTO JUNIOR, 2010).

No contexto brasileiro a atuação de empresas estatais está atrelada a um mister histórico, na medida em que a acumulação de capitais europeu adveio de um mundo em que não havia nenhuma preocupação com direitos sociais, previdenciário, sistemas de saúde dentre outros, o que à toda obviedade facilitou o enriquecimento da iniciativa privada daquele continente, enquanto o Brasil abriu-se à industrialização em contexto totalmente diverso, já que na vigência de normas atinentes a jornada de trabalho, salário mínimo, férias, etc., tornando muito penoso o acúmulo de capitais, bem como impossibilitando investimentos por parte do setor privado, sendo certo que a intervenção do Estado no domínio econômico apresentou-se como única alternativa (BARROSO, 1998).

Não obstante, embora tenham sido criadas empresas estatais no século XIX, tais quais o Banco do Brasil (1808) e a Caixa Econômica Federal (1861), referidas instituições não tinham como desiderato o desenvolvimento econômico, o que ocorreu posteriormente, com a necessidade de implementar a industrialização no Brasil, na década de 40, oriunda das severas restrições impostas pela segunda guerra mundial (entre os anos de 1938 e 1945), dando azo ao surgimento de Estatais para solucionar os problemas vividos e garantir agilidade administrativa, autonomia financeira e flexibilidade na gestão de pessoal.¹

Na década de 40, foram criadas a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (1941), da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD (1942) e a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF (1945). Na década de 50, foram criados o BNDES e BNB (1952) e a Petrobrás (1953), Furnas e a RFFSA (1957) e a CEPAL (1959). Na década de 70, as empresas estatais tiveram importante papel no crescimento econômico do país, que ficou marcado na história como o período do “milagre brasileiro”, oportunidade em que foram criadas empresas como: Embraer e Correios (1969), SERPRO (70), Telebrás, Embrapa e Infraero (72), Codevasf e Dataprev (74), Radiobrás, Imbel, Núcleo e Eletronuclear (75), dentre outras.²

¹ Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>. Acesso em: 19 fev. 2019.

² Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>. Acesso em: 19 fev. 2019.

Acerca do período denominado de “milagre brasileiro”, vale pequena digressão uma vez que, no lapso temporal entre os anos de 1968 e 1973 ocorreu grande desenvolvimento econômico, com o alcance de enormes taxas (11,1% ao ano) relativas ao Produto Interno Bruto (PIB). Referido período se caracterizou pelo rápido crescimento acompanhado de queda na inflação, e de superávits em pagamentos, o que apesar de amplamente estudado, não foi objeto de consenso no que tange aos fatores determinantes. A literatura abarca três linhas. A primeira linha de interpretação enfatiza as políticas monetária e creditícias expansionistas e os incentivos às exportações; a segunda atribui grande parte ao mercado externo; enquanto a última aponta para as reformas do Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG) Castello Branco (1964-1967), especificamente às reformas fiscais/tributárias e financeira (VELOSO; VILLELA; GIAMBIAGI, 2008).

Ato contínuo ao período citado acima, em decorrência da profusão de Estatais, foi criada por meio do Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, a Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST) objetivando coordenar e monitorar a qualidade dos investimentos, bem como a conformidade com as políticas econômicas e sociais vigentes à época, ou seja, para controlar os recursos e gastos de empresas estatais federais. A SEST foi instalada na estrutura da Presidência da República, mas vinculada à Secretaria de Planejamento (SEPLAN), que tinha status de Ministério. Posteriormente, a SEST foi transferida da Presidência da República para o Ministério da Fazenda, por meio do Decreto nº 94.159, de 31 de março de 1987, momento em que começam paulatinamente a surgir as primeiras iniciativas para privatização de empresas estatais. Posteriormente a SEST retornou ao âmbito da Presidência quando das negociações relacionadas a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme Decreto nº 96.902, de 03 de outubro de 1988³, passando posteriormente a integrar a SEPLAN com nova denominação (Secretaria de Orçamento e Controle de Empresas Estatais), que também passou a ser denominada de Secretaria de Planejamento e Coordenação.⁴

³ Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁴ Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>. Acesso em: 19 fev. 2019.

Nota-se que a criação de órgão de controle das Estatais visava evitar abusos nas gestões das empresas, o que conforme escólio de Montesquieu, denota:

A experiência eterna de que todo aquele que tem em mãos o poder é levado a abusar dele; e assim prossegue até que encontre limites. Quem o diria? Até a virtude tem limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder (BORGES, 1997, p. 3).

Como é cediço, não apenas a desestatização, mas também a implementação de meios de controle, programas de conformidade e integridade, e de governança corporativa para a prática de atos governamentais, no âmbito da administração direta ou da indireta, são ferramentas capazes de mitigar e quiçá desarraigar condutas ilícitas que prejudicam o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

A toda obviedade, o desenvolvimento econômico deve caminhar *pari passu* ao desenvolvimento de políticas públicas que tenham o condão de alcançar melhorias sociais, o que, no entanto, não foi colocado dentre as prioridades do Estado ao longo da história, em especial no que tange as consequências derivadas das contratações de tais entes, conforme será avaliado adiante.

1.1 O Movimento das estatais no Brasil

O modelo de desenvolvimento empresarial brasileiro composto pelas empresas estatais, pelas companhias privadas nacionais e pelo capital estrangeiro enfrentou seus primeiros desafios e crise no final da década de 70, já que até então eram tidas como ferramentas benéficas à economia. Entretanto com a dívida internacional e as pressões inflacionárias, as empresas estatais passaram a ser utilizadas pelo governo como instrumentos de política macroeconômica, atuando para regular os preços de sua produção, com os desideratos de controle do crescimento, da inflação, e para fomentar empréstimos nos mercados internacionais, visando equilibrar o declive vivido à época, o que não surtiu os efeitos desejados, sendo determinante para a deterioração da condição financeira de muitas estatais, o que associado ao contexto internacional que clamava por um Estado menor, foi decisivo para a privatização de companhias brasileiras (PARGENDLER, 2013).

Na década de 1990, as privatizações fizeram parte da agenda do governo federal que criou o Programa Nacional de Desestatização (PND), objetivando eliminar uma perna do tripé do capitalismo brasileiro, qual seja a empresa estatal, de modo que dos quase R\$ 90 bilhões arrecadados com o Programa de Desestatização, ao longo dos anos 90, aproximadamente 90% foram destinados ao pagamento da dívida pública, sendo certo que o saldo foi para a saúde e educação. Ademais, aumentou o capital sendo que dos 4% de 1995 passou para 24% entre 1996/1997 e em 1999 ultrapassou 42%, com a privatização das empresas de telecomunicações (MENDES, 2002).

O Programa Nacional de Desestatização foi editado a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e decretou a extinção da Secretaria de Planejamento e Coordenação, sendo certo que suas atribuições foram passadas para a Secretaria Nacional de Planejamento, na estrutura do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, consoante disposições contidas na Lei nº 8.028, também do dia 12 de abril de 1990.⁵

Tem-se que a privatização das estatais brasileiras, tanto outrora, como nos dias atuais caracteriza a deficiência do Estado para gerir tais organizações que por conta de fatores diversos⁶, muitas vezes são deficitárias e dependentes do Estado, não conseguindo prestar serviços de boa qualidade, o que também denota mais uma vez que apesar de muitos sustentarem a bandeira ideológica do neoliberalismo, o trespasse de estatais para a iniciativa privada, tal qual a Estatização de outrora, não se caracterizam como puras opções ideológicas, o que configura a derrota de

⁵ Disponível em:

<<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁶ Os fatores que tornam as Estatais deficitárias não se resumem à corrupção oriunda dos gestores públicos sistematizada ao longo dos anos em muitos setores, e que contemporaneamente veio à tona novamente com os escândalos de corrupção que tomaram conta do país nos últimos 13 anos. Não há que se falar em estado mínimo ou máximo, o que se busca é o desenvolvimento econômico aliado ao social e para tanto é preciso incutir na cultura empresarial ações voltadas à governança, ao compliance, ao combate à corrupção, pois muitas vezes o agente público se corrompe em razão de ações dos privados que em nome do lucro chegaram a criar departamentos voltados ao pagamento de propinas. O Estado deve punir severamente agentes públicos que se corrompam e ao mesmo tempo precisa dotar suas instituições de mecanismos de controle interno, infraestrutura e recursos humanos, qualificados, treinados, capacitados e remunerados adequadamente observando a meritocracia de modo a mitigar e extirpar condutas que atrasam à Administração Pública e acabam por levar à privatização de empresas que poderiam permanecer sobre o controle do Estado se não fossem tais mazelas.

um modelo, que precisa ser substituído ao menos em algumas áreas (BARROSO, 1998).

Não obstante, é possível asseverar que o capitalismo brasileiro começou a mudar radicalmente no início dos anos 90, pois até então, a economia brasileira era muito fechada, protetiva e sem estímulos, o que, por consequência, fomentava inadvertidamente a fabricação de produtos caros e de qualidade inferior se comparado com os bens produzidos em outros países, o que à época foi exposto pelo Presidente da República ao analisar a qualidade da indústria automobilística nacional (MENDES, 2002).

Destarte, seguindo a tendência mundial da economia e visando mitigar barreiras à produção, o Brasil iniciou o processo de descentralização visando flexibilização, desburocratização e reorientação das atividades do setor público, uma vez que até então se dava grande ênfase ao Estado, que dependia de receitas fiscais insuficientes para garantir todos serviços e ações de bem estar social sem ser dotado de recursos humanos e de infraestrutura adequados, gerando má administração das empresas públicas, por vezes inchadas, contaminadas pela burocracia e obstadas pelo controle excessivo. Destarte, adveio a necessidade de privatizar empresas direta ou indiretamente controladas pelo Estado, passando os serviços públicos para a iniciativa privada pela venda dos ativos ou pela concessão da exploração desses serviços (MATOS, 1996).

Nessa toada, não se pode olvidar que o desempenho econômico menos eficientes das empresas estatais deve-se às distorções de natureza política, aos desvios de conduta típicos de agentes políticos, a inexistência de objetivo de lucro, o que mitiga investimentos em nome da redução de custos, na burocracia das licitações e de seus infundáveis procedimentos recursais, no pouco interesse do fornecedor do setor público em construir boa reputação e na corrupção, o que transforma a privatização na política mais recomendada (PINTO JUNIOR, 2010).

Isso não significa dizer que a única solução para as empresas estatais seria a privatização, mesmo porque evidências empíricas demonstram que a exposição a

concorrência de mercado tende a ser mais efetiva para mudar o comportamento empresarial do que a simples substituição do público pelo privado, pois aparentemente a inferioridade estatal frente a força privada deve-se a priorização da execução de políticas públicas ao invés da maximização do lucro, o que não obsta a possibilidade de realizar ajustes internos para a redução de custos e melhoria da produtividade de Estatais (PINTO JUNIOR, 2010), sem que haja necessariamente a sua privatização.

Entretanto o processo de privatização foi adiante, contemplando objetivos de toda ordem e alguns conflitantes na medida em que concomitantemente objetivava a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público e o fortalecimento do mercado de capitais, por meio de maior oferta de valores mobiliários e da democratização do capital das empresas alvo das privatizações (PARGENDLER, 2013).

Naquela oportunidade, o objetivo do governo era maximizar as suas receitas com a privatização para cobrir um déficit externo considerável, o que era veementemente repellido pelos críticos da desestatização sob o argumento de que os ativos eram naturalmente considerados como um patrimônio do povo brasileiro e que as Estatais seriam vendidas por um preço irrisório (PARGENDLER, 2013).

Conforme estudos de Pargendler (2013), antes das privatizações adveio a reforma da Lei das S.A. que conferia o direito de retirada aos acionistas minoritários dissidentes em caso de cisão e impunha uma exigência de oferta pública obrigatória para as ações ordinárias de propriedade dos acionistas minoritários pelo mesmo preço pago ao bloco de controle. Em que pese o desiderato oficial da alteração da lei das S.A.s fosse o de estimular o desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil, acabou por eliminar proteções existentes e viabilizou a estratégia planejada, de previamente desmembrar companhias subsidiárias das estatais, evitando pagamentos em espécie a acionistas dissidentes, bem como disputas judiciais. Com a eliminação da exigência de oferta pública obrigatória foi possível ao Estado receber a totalidade do prêmio de controle, e determinou a exclusão dos acionistas minoritários, o compartilhamento do prêmio pago aos controladores, como previsto

pela Lei anterior e pelo qual se pode dizer que eles haviam pago quando compraram ações, expondo-os a um sério risco de expropriação na hipótese de fechamento do capital após a transferência de controle.

Após a promulgação da Lei, o Estado brasileiro procedeu à venda de sua participação nas estatais, destacando-se nesse processo aquelas do setor de telecomunicações. Posteriormente, entre os anos de 2000 a 2018 foram criadas novas empresas estatais, sendo certo que em fevereiro de 2009 existiam 138 empresas estatais federais, sendo 120 foram classificadas em Setor Produtivo e 18 em Setor Financeiro⁷, o que denota sensível alteração da política quando comparado o lapso temporal do ano de 1990 a 2000 e a política implementada entre 2000 e 2016 período em que mais de 40 novas estatais foram criadas.⁸

Por oportuno, nos termos do Boletim das Empresas Estatais Federais nº 8, relativo ao terceiro trimestre de 2018, o Setor Produtivo compreende as empresas estatais federais regidas pela Lei no 6.404/1976, que atuam em diversos setores tais como petróleo e derivados, energia, transportes, comunicações, abastecimento, saúde, pesquisa e desenvolvimento, enquanto o Setor Financeiro aquelas instituições que atuam no Sistema Financeiro Nacional, regidas pela Lei no 4.595/64, sujeitas às normas e controles do Banco Central do Brasil.

Neste momento, o que se vislumbra é um movimento similar ao da desestatização, pois nas eleições de 2018 foi escolhido pelo sufrágio popular um novo presidente da República, que vem aperfeiçoando medidas tendentes a desregulação do mercado e de incentivo à iniciativa privada exploradora de atividade econômica e prestadora de serviços públicos⁹.

⁷ Boletim das Empresas Estatais Federais n. 8 – Período: 3º trimestre de 2018. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/planejamento-divulga-o-8o-boletim-das-estatais-federais-referente-ao-3o-trimestre-de-2018>> Acesso em: 22 fev. 2019.

Setor Produtivo - Compreende as empresas estatais federais regidas pela Lei no 6.404/1976 e suas alterações, que atuam em diversos setores tais como petróleo e derivados, energia, transportes, comunicações, abastecimento, saúde, pesquisa e desenvolvimento.

Setor Financeiro - Abarca instituições que atuam no Sistema Financeiro Nacional, regidas pela Lei no 4.595/64, sujeitas às normas e controles do Banco Central do Brasil.

⁸ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/estatais-criadas-desde-lula-sobrecarregam-tesouro-19951647>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

⁹ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/guedes-governo-anunciara-17-estatais-a-serem-privatizadas-em-2019/>> Acesso em: 30 out. 2019.

1.2 Das atividades desempenhadas pelas estatais

Entre as diversas atividades desempenhadas pelas empresas estatais encontram-se os serviços públicos propriamente ditos, bem como a exploração da atividade econômica, que nos termos da Constituição Federal pode ser exercida sob regime de monopólio ou em regime de mercado, o que por obviedade demanda redobrada atenção do Estado, seja porque concorrerá com empresas privadas, ou porque atuará através da edição de leis, decretos, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo exercendo poder de polícia, normatizando, fazendo o controle interno e externo ou por meio de agências reguladoras.

Contudo, antes de adentrar em tais searas, importante abordar a distinção entre serviço público e o conceito de atividade econômica, pois tanto um como outro são extremamente relevantes para efeito de intervenção do estado na ordem econômica e social, e configuram modelos importantes para o controle da economia e do Estado Democrático, objetivando as livres concorrência e iniciativa, bem como erradicar desvios de finalidade, a prática de crimes como a corrupção no âmbito público ou privado.

A diferenciação entre os serviços públicos e aqueles voltados à exploração da atividade econômica pode ser muito tênue em razão dos múltiplos contornos que influenciam o desenvolvimento das atribuições do Estado, tais quais: fator histórico (época), o contexto fático, a regionalidade, oscilações políticas e econômicas, o que torna árdua a tarefa da doutrina e da jurisprudência pátria quando se deparam com a necessidade de objetivamente conceituar o que é serviço público, bem como a atividade econômica.

Não caberá à doutrina determinar com precisão o que é “serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época” ou que “são atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado delas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade que são realizadas pelo Estado como serviços públicos” (MEIRELLES, 2000, p. 206).

É cediço que a expressão serviço público é ordinária e usualmente empregada para toda atividade exercida pelo Estado, dilatando seu campo conceitual e englobando como serviço público atos administrativos de mero expediente (MUKAI, 2004), sendo tal semântica defesa para efeito técnico-jurídico,¹⁰ pautada em critérios subjetivos e não em signos¹¹.

Para a escoreita intepretação do sentido almejado pelo constituinte no uso da expressão “serviço público” é preciso de plano verificar o texto da norma, sendo possível resolver a questão pelo postulado da prioridade da disposição legal, eis que este estabelece os contornos conceituais do instituto e da dicotomia mencionada. Entrementes, sendo impossível deprender do texto com precisão o significado da palavra, deve-se verificar a linguagem da época da promulgação da Constituição, se se trata de linguagem comum ou se se trata de palavra técnica, sendo o emprego técnico prioritário para aferir o significado do postulado (MARTINS, 2012).

No caso dos serviços públicos, há verdadeira zona periférica de incerteza para conceituá-los, o que torna indispensável delimitar o campo de atuação para a escoreita classificação do regime jurídico pertinente (GORDILLO, 1998).

Nessa toada, é cediço que conceituar serviço público é uma das mais árduas missões uma vez que no âmbito do serviço público perpassam as variações políticas do Estado (TÁCITO, 2003).

Certo é que o conceito de serviço público vem se alterando e se transformando consoante as mudanças políticas, econômicas e sociais que trazem

¹⁰ O ministro do STF Marco Aurélio ao tecer considerações sobre a interpretação do sentido dos vocábulos, asseverou: “O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos sagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escoreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, que por força de estudos acadêmicos, que no caso do Direito pela atuação dos Pretórios” (RE 166.772-RS, DJU 20.5.1994).

¹¹ Conforme ensinamento de Ricardo Marcondes Martins, quando o constituinte se vale de uma palavra, o significado da palavra, ao menos o núcleo essencial desse significado, constitucionaliza-se junto com a palavra. Vale dizer: a mera menção da palavra no texto constitucional importa a constitucionalização do significado atribuído a essa palavra. O que defini o significado do signo é seu uso na linguagem.

soluções não necessariamente albergadas no texto constitucional, já que transplantadas pura e simplesmente de legislação de outros países cuja realidade e interesses são outros (SCARTEZZINI, 2006).

A interpretação do texto constitucional nacional é indispensável para alcançar a escoreta definição de serviço público, que não pode se dissociar da noção de função Administrativa, sendo que qualificar os serviços públicos, ora como universal, ora como econômico, demanda detida análise, na medida em que não podem ser identificados segundo as respectivas naturezas, pois não há completa simbiose entre ambos para formar o que se denominaria de serviço público econômico, sendo certo que o princípio da livre iniciativa que objetiva a distribuição de riquezas é inaplicável ao serviço público (SCARTEZZINI, 2006).

Nessa senda, ainda que os serviços públicos possam ter certas características inerentes a atividade econômica por força da alocação de recursos materiais para a satisfação de certas necessidades (JUSTEN FILHO, 2003), se as forças de mercado tiverem o condão de afetá-los, estes deixarão de ser públicos para passarem a ser atividade econômica regulada pelas leis do capital e do mercado (GROTTI, 1988).

A Carta Magna de 1988 diferencia os serviços públicos em quatro tipos, a saber: (i) serviços de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado; (ii) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas em que também é obrigatória a concessão a terceiros. (iii) serviços de prestação obrigatória pelo Estado sem exclusividade. (iv) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, que se não for prestado diretamente deverá ser outorgado por meio de concessão ou permissão (BANDEIRA DE MELO, 2008).

Nessa esteira, verifica-se que os serviços públicos estão definidos no próprio Texto Constitucional e aparece em 30 dispositivos: (arts. 21, incs. X, XI, e XII; serviço público federal, art. 25, serviço público estadual, e 30, inc. V, serviço público municipal) e também serviços públicos outros que poderiam ser previstos pelo legislador infraconstitucional.

Destarte, conclui-se que a relação dos serviços públicos constante da Constituição não é exaustiva, pois permite que a legislação infraconstitucional qualificar determine outras atividades com o status de serviço público.

Nessa senda, têm-se que os serviços postais e o correio aéreo nacional (art. 21, X) são de prestação exclusiva e obrigatória pelo Estado, sendo certo que os serviços de radiodifusão e sons e imagens são obrigatórios ao Estado quanto por meio de concessão em atenção ao princípio insculpido no artigo 223¹² do texto constitucional, qual seja o princípio da complementariedade.

De outra banda, os serviços de prestação obrigatória, sem exclusividade tratam das atividades relacionadas à educação, saúde, previdência social, assistência social, e radiodifusão sonora de sons e imagens, sendo certo que os demais serviços elencados no artigo 21, XI da Constituição Federal¹³ não se revestem de obrigatoriedade para o estado, devendo ser outorgados a terceiros se não houver atividade estatal.

Nessa toada, encontra-se na doutrina pátria entendimento voltado a abordar a essencialidade do serviço para a população, e não somente a designação como tal em lei, valendo destacar para tanto a necessidade da relevância do serviço que não possa ser atendida satisfatoriamente pela iniciativa privada, sendo que a designação que envolve a essencialidade é tarefa precípua do Poder Constituinte (GRAU, 1998).

¹² Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem. § 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. § 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

¹³ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

De outra banda, definem-se como serviço público as múltiplas atividades desempenhadas pela Administração, que deve utilizar seus poderes, bens, agentes em seus atos e contratos para realizá-lo de modo eficiente (MEDAUAR, 1999).

Nota-se que a essencialidade dos serviços muitas vezes revela-se primordial para parte da doutrina conceituar a atividade como pública, sendo que para estes havendo interesse social demanda-se que seja prestado pelo Estado.

De outro giro, parte da doutrina entende o conceito de serviço público depende do preceito constitucional ou legal, com regime jurídico de direito público, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello que diz que deve ser designada como tal “a atividade e comodidade material fruível diretamente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de Direito Público” (BANDEIRA DE MELO, 2008, p. 599).

O mesmo autor, ao tratar do tema, lembra com propriedade que a expressão “serviços” muitas vezes é aplicada no cotidiano, sem técnica jurídica, e, por vezes, determinadas atividades industriais e comerciais do Estado desempenhadas sob regime de direito privado, consoante preconiza a Constituição Federal no artigo 173, são qualificadas erroneamente como serviço público, embora a distinção entre as atividades constitucionais atribuídas à iniciativa privada e ao Estado seja óbvia, já que admite-se ao Poder Público a exploração de atividade econômica por relevante interesse coletivo definidos em lei e por imperativos da segurança nacional (BANDEIRA DE MELO, 2008).

Com base nos mandamentos constitucionais e doutrinários é possível concluir sob o ponto de vista legal, que há maior liberalidade para que o legislador preveja que determinada atividade seja qualificada como pública, enquanto para efeito de atividade relacionadas a ordem econômica a discricionariedade limita-se aos comandos da Constituição, pelo qual cabe aos privados tal exploração excepcionados os casos de atuação Estatal.

Como se vê, o Constituinte dividiu em dois blocos e campos de atuação entre particulares e o Estado, sendo que os ditos serviços públicos elencados na Constituição não se exaurem em si, pois a própria Carta permite ao legislador infraconstitucional delimitar outros serviços públicos que *a priori* são titularizados pelo Estado, tal qual a exploração da atividade econômica é atividade de titularidade privada.

Em que pese o Estado ter a prerrogativa de outorgar serviços público à particulares, consigna-se não ser crível qualificar como serviço público certas atividades privadas entregues a livre iniciativa por força de lei, eis estas dependem de autorização de órgãos públicos, em exceção ao teor do artigo 170 da Constituição Federal, pois estas são privadas, mas precisam de previa manifestação administrativa para garantir condições compatíveis com o interesse público (BANDEIRA DE MELO, 2008).

Têm-se que o Estado não poderá desempenhar qualquer atividade ao livre arbítrio de seus governantes, pois existe uma seara atribuída ao setor privado que somente poderá ser invadida pelo Poder Público em situações excepcionais (GUIMARÃES, 2005).

O Poder Legislativo que arquiteta ou não um serviço público, desde que observados os limites constitucionais, pois além dos previstos na lei maior, outros podem ser qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. (JUSTEN FILHO, 2003).

Nessa trilha, o art. 173, da Carta de 1988 estabelece que, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, estando abarcadas além das previstas no artigo supra aquelas reservadas como monopólio do Estado, nos termos do art. 177 da Constituição da República e o serviço público que possa ser enquadrado com acepção de exploração econômica.

Eros Roberto Grau (2003, p. 32) afirma que “serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie serviço público”, e assim sendo “a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica” (GRAU, 2003, p. 32), sustentando a distinção entre serviço público privativo e não-privativo, sendo os primeiros relativos ao Estado, sem necessariamente serem exclusivos, já que podem ser concedidos ou permitidos à particulares e os segundos se referem à prestação de atividade econômica que se for desenvolvida pelo Estado, podendo ai ser considerada serviço público, mas em sendo desempenhada pelo particular torna-se econômica, tal qual educação e saúde.

Nessa toada, depreendem-se do art. 173 da Constituição da República as diretrizes reguladoras das entidades que, mediante expressa previsão legal, atuam como exploradoras de econômica, podendo-se constatar que o legislador atribuiu às empresas públicas e sociedades de economia mista a prerrogativa de atuar nesse campo reservado aos particulares, determinando que a lei estabeleça o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços dispondo sobre: (i) sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (ii) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (iii) - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (iv) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (v) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Portanto, tem-se que a atuação do Estado para explorar atividade econômica, quando possível, dá-se pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista, as quais são regidas precipuamente por normas de direito privado muito embora integrem a Administração Pública indireta (GRAU, 2003).

No que tange aos serviços públicos, prevê o artigo 175 da Constituição Federal que sua execução cabe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, devendo a lei dispor o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, os direitos dos usuários, a política tarifária; e a obrigação de manter serviço adequado.

Apesar da multiplicidade de alternativas e interpretações, entende-se que o legislador constitucional conferiu ao Poder Público a possibilidade de conjugar os elementos que caracterizam um serviço como público por atender a coletividade, bem como atribuiu à Administração Pública sua titularidade, o que por consequência determina o regime de execução público.

Independentemente do regime, seja público ou privado, bem como do desiderato da prestação de serviços públicos ou exploração da atividade econômica, têm-se que é imprescindível para o desenvolvimento econômico e social a adoção de mecanismos de controle e de regulação por parte do Poder Público, para garantir segurança jurídica aos investidores, visando a efetiva execução dos contratos sem riscos inerentes a ambientes de negócios corrompidos por práticas ilícitas ou em desacordo com o quanto preconizado nas normas de regulação.

Para tanto, cabe ao Estado intervir na ordem econômica e social consoante lhe autoriza nossa Carta Magna.

1.2.1 As sociedades de economia mista e as empresas públicas

As estatais podem ser sociedades de economia mista ou empresas públicas. Ambas materializam a possibilidade do Poder Público de desempenhar atividades de natureza comercial e industrial o que justifica a personalidade jurídica de direito privado, sendo certo que podem desempenhar atividade de natureza econômica ou prestarem serviços públicos, quer a título de intervenção no domínio econômico

(artigo 173 da CF), ou quando o estado assume a prestação do serviço (art. 175 da CF) (DI PIETRO, 2005).

No Brasil, a adoção das empresas públicas objetivou atingir interesses próprios do Estado, consoante visto no capítulo anterior, bem como interesses coletivos, sendo crível dizer que inicialmente foi revestida de contornos imprecisos, enquanto em outros países como Estados Unidos, Inglaterra, Itália e Canada já estavam bem desenvolvidas. (MEIRELLES, 1999).

Nessa toada, têm-se que as controvérsias doutrinárias a respeito das empresas públicas e das sociedades de economia mista se amainaram a partir de 1964, por força da dicção do artigo 163 da Constituição que estabeleceu a submissão ao regime de direito privado, bem como em razão do quanto contido no artigo 5º, II e II do Decreto-lei 200/67 (DI PIETRO, 2005).

As empresas públicas diferentemente das sociedades de economia mista não admitem a participação de capital privado. As empresas públicas situam-se em zona de transição entre os instrumentos públicos e privados (MEIRELLES, 1999).

As sociedades de economia mista em tese não deve ser burocratizada a ponto de atrapalhar os movimentos e a flexibilidade mercantil com método estatais, um vez que sua natureza híbrida visa exatamente a aplicação de instrumentos jurídicos do direito privado, sendo que a dualidade não está atrelada exclusivamente aos aspectos financeiros de composição das ações, ou seja, capital público e privado, mas em especial na participação estatal com maior capital e dos indivíduos, que podem se traduzir nos elementos de ordem técnica, administrativa, científica e cultural, uma vez que nem sempre o capital é o propulsor das atividades da empresa, podendo o estado atuar fomentando a atividade, sem que isso signifique que o estado não tenha participação ativa (MEIRELLES, 1999).

Ressalta-se que não se enquadram na categoria de sociedade de economia mista as empresas destinadas ao desempenho de atividades puramente privadas, com capital minoritário do poder público (JUSTEN FILHO, 2011). De outra banda,

não se pode olvidar que é possível uma empresa privada ser transformada em estatal, por meio de aquisições consensual ou de desapropriação, o que em ambos os casos deve ser precedido de lei (JUSTEN FILHO, 2011).

As sociedades de economia mista não possuem privilégios, mas podem gozar de prerrogativas concedidas pelas leis criadoras, o que, no entanto, não torna possível sua não sujeição as normas de direito privado quando em regime de exploração econômica, sendo necessário observar os preceitos constitucionais da subsidiariedade e da competitividade com a iniciativa privada, uma vez que é dever do estado estimular o mercado para o desenvolvimento de atividades econômicas (MEIRELLES, 1999).

Tais entidades devem ter sua atuação orientada por sua natureza funcional, com foco nas utilidades para a coletividade, sem que se negue a possibilidade de almejar lucro, pois a ausência de lucro obriga maiores investimentos do setor público, em razão de ser defeso praticar preços irrisórios que implique em consequências malélicas ao mercado, em especial quando a empresa estatal atuar em regime de competição com a iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2011).

Embora tais entidade estejam sujeitas ao regime de direito privado por força de Lei, as empresas públicas são obrigadas a licitar, mas suas dívidas não estão sujeitas ao regime de precatórios (JUSTEN FILHO, 2011).

Tanto a empresa pública como as sociedades de economia mista obedecem ao princípio do paralelismo das formas para criação e extinção por lei que autoriza a criação, possuem personalidade jurídica de direito privado com derrogação parcial por normas de direito público estando sujeitas ao controle estatal e vinculadas os fins definidos na lei instituidora podendo desempenhar atividade de natureza econômica (DI PIETRO, 2005).

De outra banda, as empresas públicas e as sociedades de economia mista se distinguem pela forma de organização e pela composição do capital social, sendo certo que as sociedades de economia mista são obrigadas a se constituir como

anônimas, consoante artigos 235 a 241 da Lei das Sociedades Anônimas, enquanto as empresas públicas podem se constituir sob qualquer forma admitida em direito, e o capital da empresa pública é exclusivamente do estado (DI PIETRO, 2005).

Corrobora o quanto acima exposto a lição de Lemos Jorge (2019, p. 246), *in verbis*:

As empresas públicas, em que pesem as diversas semelhanças com as sociedades de economia mista, em especial o fato de irmanarem-se nos objetivos colimados pelo Estado, diferenciam-se destas em razão da natureza do capital social – que no caso das sociedades de economia mista pode ser distribuído entre Governo e particulares, desde que mantido o controle acionário do ente político instituidor; e também em função da forma de constituição, que somente pode se dar sob a forma de sociedade anônima.

Em resumo, nota-se que a doutrina brasileira contemporânea define as empresas estatais como:

[...] entidades integrantes da administração pública indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado. Apesar de sua personalidade de direito privado, as empresas estatais estão submetidas a regras especiais decorrentes de sua natureza de integrante da administração pública. Estas regras especiais decorrem de sua criação autorizada por lei, cujo texto excepciona a legislação societária, comercial e civil aplicável às empresas privadas. Na criação da sociedade de economia mista, autorizada pela via legislativa, o Estado age como poder público, não como acionista. A sua constituição só pode se dar sob a forma de sociedade anônima – ao contrário da empresa pública, que pode assumir qualquer forma societária prevista em lei e cujo capital é exclusivamente público –, devendo o controle acionário majoritário pertencer ao Estado, em qualquer de suas esferas governamentais (BERCOVICI, 2010, p. 473).

Independentemente desses fatores, certo é que as atividades das empresas estatais devem ter como norte os interesses do Estado, para o desenvolvimento do país.

Destarte, a ordem econômica deve direcionar as atividades relevantes para o desenvolvimento nacional sem olvidar de uma função social que as empresas estatais devem buscar, em harmonia com os aspectos sociais e econômicos da nossa Constituição.

Nessa senda, verifica-se que as estatais exercem papel fundamental na economia sendo relevante destacar a natureza jurídica da sociedade de economia mista, que congrega capital público e capital privado na mesma empreitada e pode gerar conflitos e divergências em razão de interesses opostos entre seus acionistas, motivo pelo qual o Estado deve utilizar com cautela sua posição de controlador para impor seu interesse em detrimento do interesse dos acionistas minoritários e da própria companhia, sob pena de gerar prejuízos à companhia, e em última análise à economia (SALGADO, 2018).

1.3 As normas constitucionais e o papel do Estado na ordem econômica e social

Atualmente o Estado Brasileiro vive sob críticas oriundas dos mais diversos ramos da sociedade, normalmente pautadas escorреitamente nas recorrentes práticas ineficientes, burocráticas, morosas que contribuem severamente para a proliferação da corrupção, sendo certo que até mesmo setores outrora vistos como fomentadores do processo econômico, tal qual o petrolífero, passaram a ser encarado com ceticismo, conduzindo os governantes a entoar novamente discursos relacionados a necessidade de desregulamentação e de privatização.

No período liberal o Estado continuou onipresente sendo correto asseverar que a sociedade brasileira buscou as bênçãos do poder estatal como característica marcante das raízes de colônia (BARROSO, 1988).

A respeito nas raízes de colônia na ordem econômica e dos modelos de regulação, vale a citação de Renata Mota Maciel M. Dezem (2018, p. 120) a seguir:

[...] o objetivo de extrair caminhos para a ordenação brasileira em matéria antitruste, deve ser visto com cautela, o que significa dizer que o passado colonial e a evolução brasileira subsequente não podem ser esquecidos, ao contrário, a histórica e estrutural concentração econômica encontrada no Brasil impede qualquer tentativa de transplantes legislativos ou teóricos estrangeiros, sem que se passe por um filtro crítico, enformado pelo modelo de poder econômico encontrado por aqui.

Assim, vale lembrar que a Constituição de 1934 abriu um título para a ordem econômica e social, interrompida em 1937, retornando no período entre 1946- 1964, e sendo retomada findo o governo militar (BARROSO, 1988).

Atualmente a Constituição de 1988 abarca disposições que a caracterizam como liberal, mas sem olvidar dos aspectos sociais inerentes e necessários ao desenvolvimento econômico da nação. Sobreleva anotar que os signos constantes da Norma Constitucional não estão ali consignados à toa.

Segundo Umberto Eco um signo é “tudo quanto, à base de uma convenção social previamente aceita possa ser entendido como algo que está no lugar de outra coisa” (ECO, 2002, p. 11).

Destarte, imperioso observar as vertentes liberais e sociais do texto constitucional e a sua aplicação de forma harmônica, sem olvidar que o desenvolvimento econômico não deve se distanciar do social, uma vez que o alcance do primeiro fomenta o segundo e tem o condão de concretizar a soberania nacional, o pleno emprego, a educação, a moradia enfim o Estado Democrático de Direito, consoante preconiza nossa Carta Magna, de modo que a nação se desenvolva economicamente e socialmente, conforme se verá adiante.

Têm-se que a intervenção do estado na economia é cogente na medida em que traduz o desiderato da constituição de realizar o desenvolvimento nacional correlacionado ao planejamento da atividade estatal como agente normativo e regulador nos termos do artigo 174 da Constituição, o que em última análise, se não foi feito pelos governantes pode caracterizar crime de responsabilidade, o que determina que a concepção de organização jurídica do Estado para o alcance da vontade coletiva em nome da solidariedade social (SILVA, 2018).

Posto isto, cumpre observar que a atuação de entes administrativos, justificada pela lei de criação das empresas públicas como instrumento de atuação do Estado, deve estar acima de interesses privados, em que pese se apliquem às sociedades de economia mista as disposições da Lei das Sociedades Anônimas,

esta mesma lei disciplina a finalidade da sociedade de economia mista, que é atender ao interesse público, que motivou sua criação, sendo certo que o objetivo essencial das empresas estatais não é a obtenção de lucro, mas a implementação de políticas públicas (BERCOVICI, 2013).

1.3.1 A Constituição de 1998 e a ordem econômica. Estado liberal e social

A Carta Magna ostenta a Ordem Econômica e Financeira em quatro capítulos, dos artigos 170 a 192, sendo crível asseverar que a opção do legislador constituinte por um específico modelo econômico é patente quando da leitura do inciso IV, do artigo 12 da Constituição de 1998 que estabeleceu dentre os princípios fundamentais do Estado brasileiro, a livre iniciativa, que caracteriza o Estado liberal, em contraposição ao sistema do coletivismo econômico, marcado por rígido planejamento estatal e pela apropriação social dos meios de produção (BARROSO, 1998).

Ademais, o conceito como um princípio setorial, aplicável à atividade econômica, apareceu novamente no caput do art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa ...", sendo certo que em decorrência deste, a legitimidade da atuação estatal na ordem econômica exsurge em hipóteses restritas, como nos casos de monopólio público expressamente previstos no texto (e.g., art. 177) e nas que vêm enunciadas no caput do art. 173, *in verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei CF, arts. 52, XXII e 170, 11.

Para caracterização da livre iniciativa, pressupõem-se a existência de propriedade privada, ou seja, a apropriação particular dos bens e dos meios de produção e liberdade de empresa, de lucro e no princípio da legalidade, conforme consubstanciado no parágrafo único do art. 170 da CF: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos

órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei", no art. 170, IV e (CF, artigo 52, 11) da Constituição Federal, respectivamente.

Por consequência lógica e visando a manutenção do estado democrático de direito, a Carta Constitucional estabeleceu medidas destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa.

Nessa senda, têm-se que o princípio da liberdade de iniciativa deve ser regulado pela atuação suplementar do Estado, não sendo equivocado asseverar que o princípio da liberdade de empresa ajusta-se com o da definição da função social da empresa, enquanto a liberdade de lucro e de competir moderam-se com o da depressão do poder econômico, e o princípio da liberdade de contratação cinge-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade (MOREIRA NETO, 1989).

O texto constitucional impõe severa dificuldade ao Estado, na medida em que há que se conciliar a oferta de direitos sociais a todos, bem como assegurar o desenvolvimento econômico apesar da escassez de recursos orçamentários, da insegurança jurídica dentre outras questões afetas ao estado de direito, mas que pela letra da Carta Magna impõe aos governantes corrigir distorções que afetam a economia de modo a garantir a proteção da dignidade da pessoa humana. (LEMOS JORGE; MEYER-PFLUG MARQUES, 2018).

Nota-se que apesar da intenção do legislador de caracterizar o Estado como liberal, as disposições supra denotam o viés social presente na nossa Lei maior, em consonância com a teoria econômica neoclássica que justifica a atuação do Estado no campo econômico para correção de falhas de mercado capazes de gerar a redução do bem estar coletivo, e a ineficiência de fatores de produção, o que está normalmente associado a questões como: a concentração de mercado que dificulta ou afasta a competição, inclusive em monopólios naturais; fornecimento de bens públicos não passíveis de consumo excludente; presença de externalidade sociais

não captadas pelos mecanismos de preços; assimetrias de informações; crises econômicas, que podem justificar a intervenção estatal (PINTO JUNIOR, 2009).

Em que pese o liberalismo plasmado no texto constitucional, entende-se a inviabilidade da adoção da aplicação da auto regulação de mercado, uma vez apesar da sociedade depender da oferta de bens e serviços e o mercado oferecer tais gêneros para consumo da população, o desiderato maior é auferir lucro e não o de servir a coletividade, com o que torna-se impossível a promoção a contendo do interesse geral, sem a mínima intervenção do estado mercado econômico (MARTINS, 2012).

Ademais, a noção de intervenção estatal depende de muito de fatores, tais como históricos ou geográficos, à exemplo da vedação ao trabalho infantil ou das políticas de proteção ao meio ambiente, que hodiernamente raramente são cunhadas como soluções intervencionistas, que restringem o livre mercado de forma indesejável, enquanto no século XIX e no início do século XX, quando crianças trabalhavam por longas jornadas e o meio ambiente era sacrificado indiscriminadamente sem quaisquer restrições significativas, isso era tido como normal ou como auto regulação de mercado (COUTINHO, 2019).

A ausência de regulação estatal fomentando a auto regulação do mercado, por seus agentes econômicos está relacionada a uma escolha política voltada a ideologia neoliberal, o que não está ligado a natureza humana, mas apenas as regras liberais, sendo certo que a expansão dos mercados objetivando a maximização de interesses próprios tende a fazer que a ausência do Estado pareça algo natural (BENACCHIO, 2018), o que se contrapõe as disposições constitucionais voltadas ao social.

Nessa toada, considerando o viés social da nossa Constituição é possível afirmar que a proteção a liberdade das pessoas é suficiente apenas para parte da sociedade que de fato têm condições de usufruí-la, sendo certo que a insuficiência do liberalismo total do Estado interessa às grandes corporações e àqueles que de fato possuem direitos sociais, tais quais: educação (liberdade de expressão);

habitação (proteção à intimidade); alimentação e saúde (proteção a integridade física); emprego (liberdade econômica) (MARTINS, 2012).

Não há como pensar em sistema concorrencial sem ter presente os interesses tutelados (DEZEM, 2018), pois mesmo que prevaleça no contexto atual a opção política favorável ao livre mercado, a intervenção do Estado no domínio econômico pode se tornar cogente em hipóteses de crises que impliquem continuidade de empresas privadas que eventualmente atuam em atividades estratégicas como medida preventiva de comoção social, eis que não cabe ao Estado apenas o papel passivo de garantir a segurança jurídica aos agentes privados, mas sim atuar melhorando o ambiente de negócios, de forma ativa observando a relevância de atividade relativas a empreendimentos cujos reflexos socioeconômicos sejam importantes em conjunto com os estímulos de mercado (PINTO JUNIOR, 2010).

Assim a atuação estatal no domínio econômico, como regulador se torna indispensável para garantir os direitos sociais da população, que não pode se sujeitar a receber rebarbas por conta de eventual política de desregulação.

Com a inclusão do princípio da eficiência na norma constitucional, especificamente no caput do artigo 37 a Administração Pública passou a adotar postura contributiva no que concerne ao aperfeiçoamento da gestão e planejamento das atividades públicas, de modo a obter ganhos de eficiência e racionalização de recursos, se vislumbrando tal comportamento inclusive no campo da intervenção do estado no domínio econômico, tal qual ocorre com o estabelecimento de parcerias público privadas, disciplinada pela Lei 11.079/2004, ou com a possibilidade de participação de empresa estatal em empresa privada, com aporte de capital e presença no controle (SILVA, 2018).

1.3.2 A atuação de estado junto ao domínio econômico

Como se vê, cabe ao Estado a função de intervir no mercado seja com o desiderato social ou de crescimento e fomento de atividades lucrativas, eis que ambos devem andar *pari passu*.

Assim sendo, o Poder Público poderá disciplinar, fomentar e atuar diretamente de modo intervir no domínio econômico, sendo que as classificações acerca do tema são variadas, mas é possível sistematizar a intervenção como: (i) regulatória por meio da edição de normas, leis decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, em mercados grande relevância como a política de crédito e a política de câmbio, dentre outros; (ii) concorrencial por meio de incentivos a iniciativa privada, (iii) monopolista atuação direta do Estado e (iv) sancionatória que seria aquela relativa ao poder de polícia. Exemplificando a competência normativa relacionada a atividade econômica, algumas de origem constitucional, têm-se o Código de Defesa do Consumidor (art. 51, XXXII), a lei de remessa de lucros (art. 172), a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 42), dentre inúmeras outras. Outras formas de atuação, estão relacionadas a elevação ou redução da alíquota de impostos, decisivas para expansão ou retração de determinado segmento da economia, bem como o fomento por oferta de financiamento público a determinadas empresas. Por fim, o Estado interfere, ainda, na ordem econômica, mediante atuação direta (BARROSO, 1998).

Nessa toada, consoante visto anteriormente o Estado poderá atuar prestando serviços públicos e explorando atividades econômicas, sendo certo que algumas estatais podem ser criadas para atender diretamente aos órgãos integrantes da Administração ou pertencentes à Administração indireta, por entidades com personalidade jurídica própria, ou seja, por meio da criação por lei de empresas públicas ou sociedade de economia mista.

Exemplificando, tem-se que Lei 8.666/93, que regulamenta as licitações estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito

dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, e antes da edição da Lei 13.303/16 as empresas públicas, as sociedades de economia mista se subordinavam, estabelece a possibilidade de contratação por dispensa de licitação no artigo 24, inciso VIII, nos seguintes termos:

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

O dispositivo se aplica exclusivamente às contratações entre a Administração direta e entidades a ela vinculadas, prestadoras de serviço público, o que abrange empresas criadas para dar suporte à Administração e que não necessariamente prestem serviço público propriamente dito, eis que se estendida a possibilidade de contratar diretamente empresas estatais prestadoras de atividade econômica estar-se-ia burlando o artigo 173, da Constituição Federal, na medida em que estas atuam em regime idêntico aos das empresas privadas, não se admitindo privilégios de qualquer ordem (JUSTEN FILHO, 2003). O mesmo autor ainda ressalta a necessidade de observância aos princípios da eficiência e da economicidade o que determina que o ente estatal pratique preços condizentes com os de eventual empresa privada e excepciona a questão do menor preço para atividades que desempenhadas pelo Estado para garantir valores tutelados pela Constituição e que estariam em risco caso o estado renunciasse ao desempenho de tais atividades (JUSTEN FILHO, 2003).

No que tange as atividades desempenhadas pelas empresas estatais, passada esta breve digressão quanto à possibilidade legal de contratá-las diretamente, ressalta-se que os diversos ramos de atuação das estatais compreendem inúmeras atividades¹⁴, valendo destacar que algumas possuem como clientes a própria Administração Pública, as quais podem ser qualificadas como serviços públicos destinados à manutenção e continuidade da atividade

¹⁴ A título exemplificativo consultar o seguinte endereço na rede mundial de computadores: Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/orgaos-entidades/empresas/>> Acesso em: 28 out. 2019.

administrativa do Estado, tais como serviços de tecnologia da informação, imprensa oficial, abastecimento alimentar etc. São aquelas empresas criadas para dar suporte à Administração.

De outra banda há aquelas que atuam na exploração de atividade econômica em regime de concorrência com a iniciativa privada, tal como as instituições financeiras.

Além dessas, ainda há aquelas que atuam em regime de monopólio, conforme disposição contida no artigo 177, § 1º da Constituição Federal, que possibilita que a União contrate com empresas estatais a realização das atividades de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão.

Compulsando a Carta Magna ainda vislumbram-se outros nichos de atuação estatal consoante expressamente previsto no artigo 21, que estabelece caber à União a exploração direta ou através terceiros: emissão de moedas, serviço postal, serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão, serviços de energia elétrica, aproveitamentos dos cursos d'água, navegabilidade aérea, aeroespacial, transporte ferroviário, aquaviário, rodoviário interestadual e internacional, portos marítimos, fluviais e lacustres¹⁵.

¹⁵ A respeito da quebra de monopólios e da intervenção do Estado no Domínio Econômico cita-se trecho da palestra proferida por Luís Roberto Barroso a respeito da intervenção do estado no domínio econômico - o estado como agente normativo e regulador na exploração de atividades econômicas e na prestação de serviços públicos. Editora Zênite. Doutrina/Parecer - 305/50/ABR/1998; "Voltando a um terreno de sistematização, essa transformação do Estado econômico brasileiro envolve três coisas distintas, que, em geral, são tratadas de forma um pouco embaralhada. A transformação econômica do Estado brasileiro envolve, em primeiro lugar, a quebra de determinados monopólios.

Sem adentrar à índole das atividades constantes do rol supra descrito, diante do caráter econômico que exsurge do mero desenvolvimento de tais atividades com enorme potencial lucrativo, mesmo podendo caracterizá-los como monopólio da União, ou como serviços públicos, dada a relevância que tais atividades apresentam para a sociedade, vislumbra-se mais uma vez o Poder de Intervenção do Estado na Economia, na medida em que essas atividades certamente não ficam sob o regime de exploração exclusivo do Estado, pois a iniciativa privada tem totais condições de explorá-los.

Nessa esteira, o citado artigo 21 da Constituição Federal estabelece as atividades cujo Poder Público está autorizado a explorar de forma direta, mas, no entanto, não torna defesa a atuação da iniciativa privada, eis que apenas determina que o Estado conceda o beneplácito para tanto, com o que se depreende explicitamente quatro comandos da nossa Lei Maior inerentes à atuação do Estado como: fiscalizador, incentivador, planejador e explorador, todos com o fito de que a Ordem Econômica:

As emendas constitucionais quebraram o monopólio do petróleo e quebraram, por exemplo, o monopólio na área de telecomunicações; quebraram o monopólio sem alienar a empresa estatal que o explorava. Significa criar um modelo pelo qual a empresa estatal - que explora uma atividade - vai passar a concorrer com outras empresas, estas privadas, exploradoras da mesma atividade. A Petrobrás vai ter concorrentes explorando e vendendo petróleo no segmento de distribuição. Esse não é um setor monopolizado, como se sabe. E a Embratel vai passar a ter concorrência. Portanto, a primeira transformação importante é: quebra-se o monopólio, mas mantém-se a empresa estatal. Esta é a hipótese 1. A empresa estatal vai ter de aprender a viver num regime de concorrência, de competição. Não deixa de ser boa a ideia de que os monopólios sejam quebrados e existam empresas privadas concorrendo com as empresas estatais. Além da quebra de monopólios, outra transformação econômica, no Brasil, que com esta não se confunde, é a abertura do mercado às empresas estrangeiras e ao capital estrangeiro. Esse é um fenômeno diferente que se passa, por exemplo, em matéria de mineração, em que se volta ao regime anterior a 1988, em que se admitem as empresas privadas e não se exige que sejam nacionais; a questão da navegação de cabotagem, em que também se fez a abertura ao capital estrangeiro, embora ainda dependente de lei; a área do petróleo, na qual não só se quebrou o monopólio, como também se facultou - conforme regulado em lei - a concorrência de empresas estrangeiras, até porque não vai haver empresas nacionais capazes de concorrer em relação ao petróleo. Houve ainda a importante supressão do art. 171 da Constituição, que definia as empresas brasileiras de capital nacional. Portanto, além da quebra do monopólio (modificação 1), a abertura de alguns setores importantes ao capital estrangeiro (modificação 2), houve uma terceira transformação (ou modificação 3), e esta a mais importante, até de menor expressão constitucional, porque quase toda é feita em nível infraconstitucional: a privatização, ou seja, alienação de empresas controladas pelo Estado, fossem prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. A privatização é um fenômeno distinto dos outros dois, porque aí sim diz respeito à retirada do setor público, ao 4 de 6 menos da prestação de determinados serviços e da exploração de determinadas atividades.

[...] além de garantir a livre iniciativa e buscar a justiça social, deve, pela interpretação constitucional, observar os princípios fundamentais e a dignidade da pessoa humana, também estabelecidos na Constituição, buscando, assim, diminuir as desigualdades sociais e promover a erradicação da pobreza, sem deixar de proteger a livre iniciativa em todos os seus desdobramentos.” (DEZEM; RUIZ; OLIVEIRA, 2018, p. 325).

1.4 A função social das estatais, a regulação e o controle

Como é cediço a função social da propriedade se desdobra na função social da empresa, sendo certo que a última encontra grande destaque no contexto capitalista, apesar de positivada na legislação pátria somente com a edição da Lei das sociedades anônimas (Lei n. 6.404/76), que em seus comandos, especificamente nos artigos 116, § único, e 154, atribuiu aos administradores e controladores de sociedades anônimas o dever de cumprir a função social da empresa (DEZEM; CALÇAS, 2019), o que à toda obviedade se estende às empresas estatais em especial às sociedades de economia mista que obrigatoriamente adotam o regime das sociedades anônimas, enquanto as empresas públicas podem adotar quaisquer formatos jurídicos empresariais.¹⁶

Ressalta-se que as sociedades de economia mista são constituídas pela combinação de capital público e privado, enquanto as empresas públicas apenas podem ser constituídas por capital público (incluindo entes da Administração indireta), o que à toda obviedade impacta no controle e no regime societário, pois a primeira como visto aqui somente poderá adotar o regime da Lei das S/A e a segunda não está obrigada a adotar tal regime, ao menos em tese, o que mostra-se relevante na medida em que a Lei das Estatais não tem o condão de esgotar todos os assuntos relacionados à gestão das estatais, o que determina a conjugação da lei

¹⁶ Decreto Lei 200/1967. 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).

das S/A ou da legislação específica do modelo societário adotado pela empresa pública (FRAZÃO, 2018).

Sobreleva anotar nesta oportunidade, a função social das empresas públicas, não somente com enfoque nas razões e motivos tratados na doutrina empresarial e consagrados na Lei 11.101/2005, mas em especial daquelas prestadoras de serviço público, que atingem uma gama da sociedade notadamente hipossuficiente, cujo serviço público é o seu maior patrimônio, sendo algumas superavitárias e outras dependentes conforme a dicção da Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal que no artigo 2º, inciso III, diz que empresa estatal dependente¹⁷ é a empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

Nesse diapasão imperioso verificar que o conceito de função social contido nos artigos 116, parágrafo unido e 154, caput da Lei 6404/1976 não se confunde com o interesse público característico da empresa pública ou da sociedade de economia mista sujeitas ao regime especial do capítulo XIX da mesma Lei, eis que este está delimitado no objeto social e representa a própria razão de ser da companhia estatal sob controle estadual, enquanto o primeiro arrima-se em norma geral de forma indistinta à todas as sociedades anônimas, alcançando um universo definido de beneficiários e não tem por escopo a função regulatória ou de políticas públicas (PINTO JUNIOR, 2010).

Nessa senda, a Lei n. 11.101/2005 reconhece expressamente a função social da empresa, em seu artigo 47 quanto dispõe sobre os objetivos do sistema de insolvência brasileiro, em especial, como norte aos institutos da recuperação judicial e extrajudicial das empresas em crise (DEZEM; CALÇAS, 2018), valendo o mesmo raciocínio para a interpretação do artigo 2º, I da Lei recuperacional, que expressamente determinou não se aplicar a “empresa pública e sociedade de economia mista” o

¹⁷ A respeito da conceituação jurisprudencial de empresa estatal dependente vide Acórdão 937/2019-TCU-Plenário.

regime de recuperação, sem proceder a qualquer distinção entre as prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica.

A função social da empresa exsurge com destaque para a relevante função de conformar a racionalidade econômica e o atendimento aos interesses sociais, em especial por mecanismos regulatórios com fulcro de delinear comportamentos, e que não se confunde com o estímulo a condutas voluntárias no espectro da responsabilidade social (FRAZÃO, 2011).

Aspecto interessante e que adiante será tratado é a concretização do desenvolvimento social por meio das contratações das empresas estatais superavitárias ou daquelas dependente, pois ambas encontram na prática entraves significativos que prejudicam diretamente o alcance de tal desiderato, seja por conta da burocracia para realizar suas contratações, pela falta de implantação de governança corporativa, ou pelos interesses de acionistas de maximização de lucros dentre outros que acabam por estimular a corrupção e inquinam o interesse coletivo.

Não obstante, têm-se que a edição da Lei 13.303/16 soma-se aos demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, e até mesmo aos preceitos constitucionais que versam a respeito da função social da empresa *ex vi* artigo 173, §1º, I da CF, de modo que resta amplamente positivado o poder-dever das empresas de atuar em nome do coletivo, vedando abusos de direito e fomentando o bem comum.

Nesse contexto, a prerrogativa de comandar ou dirigir os negócios empresariais não decorre exclusivamente da propriedade acionária, mas da necessidade de servir a coletividade, na medida em que o lucro se justifica no cumprimento da função social, mas não é um fim em si mesmo, pois cabe aos administradores a preservação da empresa mesmo que as decisões levem a mitigar os lucros, mas que se baseiem em fundamentos idôneos para a tomada de decisões que levem em conta também aspectos éticos e de interesse público (PINTO JUNIOR, 2010).

Não se justifica a maximização dos lucros dentro dos limites legais em detrimento da função social, motivo pelo qual o discurso de responsabilidade social corporativa mostra-se pouco produtivo se não se admitir a possibilidade de sacrifício da lucratividade em prol de outros interesses dignos de proteção. Para tanto se faz cogente a participação ativa de todas as partes interessadas (trabalhadores, consumidores, fornecedores, credores, acionistas minoritários, comunidade local) no processo decisório em especial aquelas com poder de negociação para influenciar nas deliberações, pois somente assim alcançar-se-á o beneficiário legítimo da função social (inclusão social) que mantém relação de fato ou de direito com a empresa, incluindo o meio ambiente e a sociedade em que atua (PINTO JUNIOR, 2010).

Entrementes, o interesse público a que alude a Lei das Sociedades Anônimas não retrata aquele interesse público genérico que deve ser observado pela Administração Pública, eis que consoante dicção do artigo 238 da citada Lei, “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidade do acionista controlador, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação” (FRAZÃO, 2018, p. 125).

O cumprimento do interesse público retrata especificamente o cumprimento dos fins sociais previstos na lei que autorizou a criação da Estatal e em seu estatuto, que devem ser executados por meio de uma estrutura empresarial (MARQUES NETO; ZAGO, 2015).

Destarte, o princípio da função social da empresa não funciona como meio para flexibilizar a busca de qualquer interesse público, ou seja, o alcance de interesse alheios ao interesse público que ensejou a criação da empresa. Assim, o interesse social das estatais será alcançado com a compatibilização dos interesses dos acionistas com aquele que justificou o interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional dando aplicabilidade efetiva ao artigo 173, o que foi ressaltado no âmbito da Lei 13.303/16 no que tange a importância da lei autorizadora e aos

estatutos das estatais que devem estabelecer cautelosamente o objeto social (FRAZÃO, 2018).

Além do estatuto social a nova legislação das empresas públicas, inova ao estabelecer que o interesse público da empresa alinhado com o desiderato de sua criação expressa-se pela consonância de seus objetivos e aqueles de política pública na forma explicitada na carta anual.¹⁸

Ressalta-se que a novel legislação trouxe maior certeza ao conceito de função social da empresa uma vez que o caput do artigo 27 da Lei 13.303/2016, correlaciona os objetivos da empresa à função social a ser alcançada, com o intuito de evitar a flexibilização do objeto social para implementação de políticas de responsabilidade social sem correspondência com o fim empresarial, exceção feita ao quanto disposto nos § 1º, 2º e 3º do mesmo artigo que possibilitam investimentos em prol de inovações e benefícios ao consumidor, a adoção de práticas ambientais sustentáveis e até mesmo o patrocínio de atividades sociais, culturais, esportivas, mas ressaltando a necessidade de observância a economicidade sustentada e justificada (FRAZÃO, 2018).

Sobreleva anotar que a disposição supra não tem o condão de afastar a utilização das empresas estatais como instrumento de política pública, que são estratégias utilizadas pelos governantes para alcançar o interesse público primário que se configura com o atendimento de demandas de interesse coletivo e não a satisfação de interesse secundário de cunho meramente financeiro ou patrimonial, eis que o conceito de política pública não se exaure na prestação de serviços públicos, sendo certo que a intervenção estatal pode reequilibrar as relações sociais e econômicas com base em valores constantes do nosso ordenamento jurídico que

¹⁸ Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos; § 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput.

agasalhem a implementação de políticas com viés redistributista (PINTO JUNIOR, 2010).

Por óbvio o acréscimo de medidas com o condão de desenvolvimento social nas contratações das Estatais certamente demandará previsão orçamentária e estudos de viabilidade para que as proposições com tal desiderato social agregado não se tornem novos problemas para a conclusão das contratações de tais entes, mas sim, novas soluções que seriam efetivamente executadas pela iniciativa privada para atender à necessidade primária das estatais, e as derivadas da sociedade que neste contexto abarcam as sugestões em estudo.

Nesse contexto, tratar-se-á nos próximos capítulos de disposições constantes da Lei 13.303/2016, tal qual o maior diálogo prévio com a iniciativa privada, que se aplicadas com abrangência diversa da corriqueira, tem o condão de proporcionar novas perspectivas e a possibilidade de alcançar a plena função social da empresa, tais quais inúmeras normas de preservação do meio ambiente foram editadas no contexto das contratações estatais que serão abordadas de passagem no último capítulo.

2 AS LICITAÇÕES DAS EMPRESAS ESTATAIS E A CONSAGRAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

O artigo 27¹⁹ da Lei 13.303/2016 em seu *caput* traz expressamente que a empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo, na senda do quanto exposto no capítulo anterior.

Ocorre que se os administradores das empresas estatais não impuserem medidas que tornem cogente à sociedade a busca pela inclusão social, desenvolvimento econômico, acesso aos serviços e ao consumo, o desiderato do legislador constitucional dificilmente será alcançado pela Lei das estatais para implementar medidas tendentes a de fato atender o interesse coletivo.

O presente trabalho almeja abordar e reler institutos inseridos na Lei das estatais não apenas com foco no desenvolvimento da infraestrutura, mas em especial no desenvolvimento social e econômico, de forma concatenada e não somente por consequência, uma vez que o desenvolvimento nacional certamente abarca melhorias sociais, com a geração de maior produção de mercado, o aumento da arrecadação dentre outros benefícios percebidos a longo prazo, condicionados a mecanismos inibidores de falhas e fraudes que mostrem-se profícuos.

¹⁹ DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA PÚBLICA E DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação. § 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

No presente capítulo pretende-se abordar um instituto jurídico já existente na legislação brasileira, mas que se aplicado com enfoque distinto do até então visto pode ter força para implementar políticas públicas sociais por meio de contratações realizadas pelas estatais, de forma análoga a outros meios de intervenção do estado, tal qual o uso da estatal para atender objetivos econômicos mais amplos (PINTO JUNIOR, 2010).

A respeito do uso das estatais para atingir objetivos mais amplos, vale transcrever trecho da obra de Pinto Junior (2010, p. 242-243), *in verbis*:

Cumpra analisar se, além de implementar políticas públicas, a empresa estatal também pode servir de instrumento para consecução de objetivos macroeconômicos e políticas industriais setorializadas. No primeiro caso, as estratégias podem consistir em: (i) estabilização de preços e tarifas para combater a inflação; (ii) fixação de tetos globais de dispêndios (despesa e investimentos) para controlar a demanda agregada; (iii) contenção das importações para superar crises cambiais agudas; (v) expansão do endividamento em moeda estrangeira para equilibrar a balança de pagamentos; e (vi) controle do acesso ao crédito bancário para permitir a geração de superávit primário nas contas públicas.

Por óbvio a proposta de incluir objetos acessórios em contratos públicos certamente poderá suscitar tensões com o uso das contratações das estatais com o objetivo de atender também interesses coletivos.

Nesse contexto, urge a necessidade constante de repensar a atuação das estatais de tal sorte que o critério de eficiência empresarial seja adequado aos interesses superiores do próprio Estado (DE LUCCA, 1986, apud PINTO JÚNIOR, 2010).

E é exatamente sobre o enfoque dos interesses superiores do próprio Estado que se pretende abordar a manifestação de interesse privado não apenas para o alcance do desenvolvimento da infraestrutura, mas também para atender as necessidades sociais e coletivas de forma conjugada.

Referido expediente é o procedimento administrativo consultivo que concede aos particulares a oportunidade de elaborarem modelagens de negócios, por conta e risco, com o objetivo de delegação de utilidades públicas, normalmente para o

desenvolvimento de concessões e parcerias público privadas, prevendo a apresentação de estudos e projetos específicos, sem a garantia de pagamento pelos gastos e de adoção do material elaborado ou do lançamento da licitação. O propósito é corroborar com a estruturação de modelagem de concessões permitindo o diálogo entre a Administração e a sociedade, sejam os usuários que receberão os benefícios diretos dos serviços ou do bem explorado, sejam os demais particulares interessados, tais como empresas, fornecedores, membros das academias científicas moradores de comunidades vizinhas (SCHIEFLER, 2015).

Como visto alhures dentre as diretrizes e os princípios consagrados no artigo 170 da Constituição Federal, o exercício da livre concorrência proporciona que a iniciativa privada explore atividades econômicas consagrando as disposições que regulam a ordem econômica nacional, com o desiderato de assegurar a vida digna, justiça social a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a diminuição das diferenças regionais e o amplo emprego²⁰.

Ressalta-se que tais objetivos são comuns às empresas públicas, sendo cogente a utilização destes entes não apenas para intervir na economia, mas também para mitigar a desigualdade social.

Nesse contexto, normalmente as empresas que compõem a denominada iniciativa privada dentre as inúmeras atividades que desempenham, atuam prospectando clientes e negócios, eis que entre particulares é livre pactuar desde que não caracterize afronta a legislação, o que não ocorre ordinariamente no ambiente dos negócios públicos, uma vez que à Administração aplica-se o princípio da legalidade que está previsto na Constituição Federal, pulverizado em subprincípios, tais como: legalidade administrativa (art. 37, *caput*), legalidade penal (art. 5º, inc. XXXIX) e legalidade tributária (art. 150, incs. I e III) e funciona como

²⁰ **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

instrumento de garantia contra eventuais ações arbitrárias, sendo certo que no âmbito da Administração Pública é célebre o ensinamento no sentido de que, enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíba, o Poder Público só poderá fazer aquilo que esteja expressamente previsto em lei, o que se aplica *in totum* às licitações, sendo de suma relevância, pois constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei. (AMORIM, 2010).

Nessa toada, normalmente as licitações são deflagradas após as análises e avaliações realizadas internamente pela Administração Pública, que apesar de contar com ferramentas como a da audiência pública, pouco se utiliza previamente da expertise privada para instruir suas contratações.

Se isso não bastasse, a legislação brasileira não regulamenta a atuação de intermediários para a realização de negócios públicos, o que é conhecido como lobby, e recentemente foi reconhecido como profissão oficialmente pelo Ministério do Trabalho, o que se for bem regulamentado, de modo a afastar e punir severamente eventuais desvios de finalidade, certamente poderá gerar a colheita de ótimos frutos, na medida em que os privados poderão fomentar e propor negócios à Administração valendo-se de sua experiência e *know how*, gerando celeridade e maior eficiência nas contratações públicas.

Um entrave para tanto é a falta de informação e precisão sobre a finalidade do lobby no Brasil, bem como em razão da corriqueira associação equivocada à corrupção e ao tráfico de influências, o que destoa da essência do lobby que é “uma atividade lícita e imprescindível para a consolidação e efetivação do regime democrático, além de se constituir em uma medida de transparência e facilitar sobremaneira o combate à corrupção” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 6).

Ressalta-se que o lobby tem fundamento em diversos dispositivos da Constituição do Brasil, dentre eles o Preâmbulo, art. 1º, V; art. 2º; art. 5º, XXXIV, LXX e LXXIII; art. 14; art. 31, § 3º; art. 37, § 3º; art. 61, caput § 2º; art. 74, § 2º; art. 144; art. 198 e art. 204, constituindo-se, em uma exigência do próprio sistema constitucional pátrio (MEYER-PFLUG, 2009).

Nessa senda, a mesma autora ensina:

Apenas o direito de petição aos poderes públicos (Art. 5º, XXXIV) já seria suficiente para demonstrar a possibilidade da prática do lobby na busca da proteção de interesses diversos junto aos órgãos públicos. Entretanto, verificou-se que o Texto Constitucional possui inúmeros dispositivos que conclamam a participação popular. Ao se assegurar o pluralismo e o respeito às mais diversas correntes ideológicas acaba a Constituição por permitir a prática do lobby que na sua essência constitui na possibilidade de os grupos de interesse poderem, livre e legitimamente, defender os seus interesses perante os órgãos públicos e a própria sociedade. É a possibilidade de esses grupos de interesse se fazerem ouvir e tal prerrogativa aprimora a democracia, posto que todas as influências e interesses são levados em consideração quando da tomada de decisões. O lobby é uma prática lícita e essencial para a consolidação da sociedade democrática baseada na soberania popular, na qual qualquer cidadão tem o direito de expressar sua opinião e tentar influenciar o processo (2008, p. 37).

No contexto da iniciativa privada não são raras as prospecções que não geram negócios imediatos, mas que proporcionam a aquisição de maior conhecimento de mercado, informações sobre empresas e instituições, bem como acerca do desenvolvimento de tecnologias, troca de experiências que certamente são incorporados e aplicadas nas prospecções que de fato atinjam o desiderato almejado, qual seja, a celebração novos negócios, na medida em que o dia a dia das relações comerciais e executivas se torna um importante canal de conhecimento e de relações o que se denomina *network*.

De outra banda, aplica-se à Administração Pública o princípio da indisponibilidade do interesse público, que tende a afastar de seu âmbito de atuação atividades relacionadas a prospecção de negócios, clientes e contatos, de forma direta, uma vez que tais ações demandam tempo e custos sem necessariamente trazer retorno imediato, o que poderia configurar até mesmo improbidade administrativa. O que para o particular é um ato negocial comercial e visa lucro, para o ente estatal constitui a pura prestação de serviço público – sendo, entretanto, o mesmo objeto, visto por ângulos distintos os quais não colidem ou se excluem (RIGOLIN, 2012).

Pode-se cogitar que eventual aversão à negociação tenha origem na insegurança que paira sobre a licitude da relação público-privada, o que é motivado,

em especial pela ilusória vedação imposta pelo princípio da indisponibilidade do interesse público (SCHIEFLER, 2016).

Por essas razões, a manifestação de interesse privado pode atrair empresas que tenham interesse na implantação de futuros empreendimentos junto a Administração Pública, o que envolve empreiteiras, construtoras, empresas de consultoria especializadas no desenvolvimento de projetos, fundos de investimentos e de comércio, ou mesmo universidades e demais membros da comunidade científica, o que denota uma pluralidade de possíveis interessados, quiçá infinita e que indubitavelmente podem contribuir efetivamente para a delimitação dos objetos a serem contratados. O instituto não é, propriamente, uma novidade brasileira. Existem registros de procedimentos similares na Inglaterra, na Austrália, na Itália, no Chile, no Peru e na Colômbia (GARCIA, 2015).

Ocorre que no âmbito da Administração Pública o procedimento corriqueiro é a deflagração de processos licitatórios para a contratação de empresas visando a elaboração de projetos básicos e executivos, que após executados internamente ou contratados no mercado, proporcionam a contratação e a execução de obras e serviços para efetivar políticas públicas voltadas a atender normalmente a infraestrutura, voltada ao saneamento básico, moradia, mobilidade, saúde, educação, transporte, segurança dentre outras áreas.

Referidos procedimentos passam pela fase interna e externa, sendo certo que a fase interna deve ser instruída com estudos, avaliações, pareceres etc. enquanto a fase externa se presta a analisar as propostas e a habilitação dos candidatos.

Nota-se que tais procedimentos para a contratação de projetos básicos e executivos obedecem uma sucessão de atos burocráticos, que também encontram outros obstáculos relacionados a falta de recursos humanos, quer quantitativa, quer qualitativa a depender do órgão público de que se trata, bem como, sofrem com a influência da legislação regente que em nome da transparência, do controle e do devido processo legal (contraditório e ampla defesa) muitas vezes propicia ilimitados recursos aos particulares interessados, bem como a sociedade em geral, o que ao

invés de contribuir com o desenvolvimento das políticas públicas, mitiga o desenvolvimento social, econômico e da infraestrutura nacional, caracterizando um dos entraves para o correto e adequado planejamento dos projetos públicos.

Nessa senda, não é rara a paralisação de contratações públicas em decorrência da inadequação da elaboração de projetos básicos e executivos, muitas vezes em razão da celeridade exacerbada imposta aos governantes que ao assumirem seus cargos eletivos se veem obrigados a fazer, transformar e executar ações e políticas pública, sem, contudo, observar o tempo necessário para o devido planejamento e realização de todos os atos, bem como a qualificação dos profissionais envolvidos, a capacitação dos entes públicos, os recursos humanos e a estrutura necessária para realizar as avaliações, orçamentos e executar de forma profícua as obras e empreendimentos de infraestrutura.

Sem dúvida esse é um dos principais problemas das contratações públicas, pois a urgência no desenvolvimento de projetos prioritários gera um sensível déficit na atividade pública de planejamento, o que pode comprometer o próprio sucesso do empreendimento a exemplo dos planos de mobilidade urbana das cidades que sediaram os jogos da Copa do Mundo no Brasil, tais como trem, Metrô e BRT (GARCIA, 2015).

Do mesmo modo, muitos contratos administrativos são alterados no decorrer da execução por conta de planejamento inadequado, o que pode gerar prejuízos ao erário na medida em que geram adequações de planilhas, alteração de métodos construtivos, acréscimos quantitativos e qualitativos, inclusão de itens novos, reequilíbrios econômicos financeiros, isso quando não são rescindidos e levam a demandas judiciais que em muitos casos acabam por impor ao Estado condenações milionárias.

Destarte, é possível asseverar com segurança que grande parte das políticas públicas não atingem o fim colimado pela Administração e deixam de atender corretamente o interesse público pela execução falha de projetos básicos e executivos, por conta dos fatos sinteticamente relatados acima.

Soma-se a isso, a cultura misoneísta que impede a aplicação de institutos jurídicos que se caracterizam como ferramentas inovadoras e eficientes previstas em leis hodiernas, tal qual a Manifestação de Interesse Privado, e que deveriam substituir ou até mesmo revogar disposições legais antiquadas, consoante será abordado a seguir.

2.1 Breve abordagem da legislação aplicável às contratações públicas no Brasil

No Brasil as contratações públicas regem-se pela Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos. A Lei 8.666/1993 veda a participação na licitação do autor do projeto básico ou executivo consoante dicção do artigo 9º, inciso I²¹, com fulcro nos princípios da moralidade e isonomia, para evitar que pessoas com vínculos com a Administração, possam se beneficiar na licitação, infringindo assim os princípios citados. Tal vedação impede que a pessoa (física ou jurídica) autora do projeto venha a se favorecer, inserindo condições no projeto que possam vir a beneficiá-la quando de sua participação no certame do objeto pretendido.

Trata-se de uma cautela do legislador, que entendeu a simples potencialidade do dano como suficiente para tornar defesa a participação de pessoa que pudesse frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos (JUSTEN FILHO, 2005).

De outra banda, as disposições dos § 1º, do art. 9º, da Lei nº 8.666/93 alberga exceção à sobredita vedação, no que concerne especificamente a participação do autor do projeto básico como consultor ou técnico para exercer fiscalização, supervisão ou gerenciamento à serviço da Administração.²²

²¹ "Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;"

²² § 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

Por sua vez, o §2º do citado dispositivo da Lei de Licitações admite a realização de certames de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado, o que se aproxima da inteligência do procedimento de manifestação privada, mas ainda está longe de ser a solução para as contratações mal planejadas, uma vez que os problemas de execução normalmente estão intimamente ligados ao projeto básico, ou seja ao momento em que se define com nível de precisão adequado o objeto, com base em estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

De se frisar que obrigatoriamente devem constar dos projetos básicos os requisitos elencados no artigo 6º, IX, alíneas “a” a “f” da Lei 8.666/93, que em síntese tratam da identificação dos elementos constitutivos do empreendimento, das soluções técnicas globais e localizadas, variantes do projeto, tipos de serviços, de materiais e equipamentos informações sobre estudos e deduções de métodos construtivos, subsídios para montagem do plano de licitação e gestão do empreendimento e orçamento detalhado do custo global fundado em quantitativos de serviços e fornecimentos.

Como se vê a regra geral é o impedimento ao autor do projeto básico a se candidatar a execução do futuro empreendimento, o que se por um lado evita eventuais direcionamentos, de outro tende a ser contraproducente uma vez que certamente o autor do projeto básico teria maior familiaridade com o trabalho até mesmo para solucionar eventuais problemas durante a execução.

Nessa trilha, com o surgimento da Lei nº 11.079/2004, que instituiu no Brasil as parcerias público-privadas – restou admitida a possibilidade de o particular elaborar o projeto básico e executar o empreendimento, uma vez que como dito acima nem sempre o ente público conhece a melhor solução técnica a ser disponibilizada e com tal regramento passou a ser possível o Poder Público se valer da expertise de determinado particular no desenvolvimento do projeto, com fulcro na otimização de resultados. Nesse contexto sobreleva ressaltar que na hipótese de

participação do particular na elaboração do projeto básico, este assume responsabilidade muito maior do que outrora, passando a responder de forma solidária pelo escopo, o que por si só torna cogente a estruturação do projeto profícua e eficiente, na medida em que o sucesso da empreitada e de sua execução dependerá dessa etapa preliminar (GARCIA, 2015).

Anteriormente, outros dispositivos constantes da Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões de serviço público aproximavam-se da inteligência do instituto ora em apreço. Confirmam-se as disposições:

Art. 21 Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Art. 31 Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

No mesmo sentido, a Lei nº 12.642/2011 que trouxe o Regime Diferenciado de Contratação inovou ao estabelecer a contratação integrada compreendendo a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final o objeto, típica contratação *turn-key*, na qual se contrata um modelo de negócio na modalidade “concepção-execução” (GARCIA, 2015).

Tais disposições configuram-se como exceções à regra geral de contratação pública, eis que como visto o art. 9º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, proíbe que o autor do projeto básico participe da licitação, vedação que é inaplicável às concessões e às parcerias público-privadas e foi estendida às contratações realizadas no âmbito das Estatais, nos termos do artigo 31, §4º e §5º da Lei das Estatais, - 13.303/2016, *in verbis*:

§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender

necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas.

§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.

Como se vê, o legislador dotou as empresas estatais de profícuo instrumento de aproximação do setor privado para aumentar a eficiência nas contratações públicas, tão carentes de projetos bem elaborados.

2.2 As parcerias público privadas no Brasil – objetivos e formas de contraprestação pela administração

A Lei 11.079/2004 em linhas gerais objetivou flexibilizar a estruturação de projetos de infraestrutura pública através de investimentos privados, adotando a possibilidade de pagamento de subsídios pela Administração ao particular de modo a implementar projetos de alto retorno econômico e social, mas que por si só não seriam autossustentáveis financeiramente, admitindo o pagamento de subsídio pela Administração aos concessionários de serviços públicos cuja mera cobrança de tarifa não sustentaria a continuação dos serviços, bem como viabilizar a amortização de investimentos realizados para a prestação de serviços diretamente ao Poder Público, com prazo superior ao quinquenal previsto na Lei 8.666/1993 (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Nessa senda, têm-se que a concessão comum não exauriu as necessidades prementes do Estado, o que impulsionou a Lei das Parcerias Público Privadas como alternativa viável à gestão pública, abarcando duas modalidades de concessão pública: Patrocinada e Administrativa, sendo defeso ao Poder Público qualificar como PPP a contratação de obras, serviços, fornecimento, instalação de bens públicos, pela qual não se possa repassar a remuneração de seus custos, por prazo inferior a cinco anos ou sem qualquer interesse, participação ou contraprestação dos usuários ou do próprio Estado, bem como se utilizar deste instituto sem demonstrar a eficiência no cumprimento e alcance do interesse público e no emprego do erário, em especial no que tange ao respeito aos interesses e

direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução, sendo essas premissas essenciais à percepção primária da necessidade de realização da PPP (GARCIA, 2015).

A modalidade contratual foi criada com o intuito de permitir que o prestador de serviço financie a infraestrutura pública, por meio da realização de investimentos amortizáveis paulatinamente pela Administração, sendo certo que o interesse de certos administradores e empresas pode eventualmente gerar afrouxamento dos conceitos, o que causa certo temor e desconfia por parte da doutrina quanto a aplicação da concessão administrativa quando o correto seria empregar o contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações, com o risco de se contratar vigilância ou limpeza de prédio público por prazos superiores a 5 anos, sem que se investimento algum justifique essa longa duração (SUNDFELD, 2005).

Nessa senda, é muito difícil conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como usuária, na qualidade e frequência para acobertar tais serviços, em especial se contemplados no negócio a implantação de bens e a execução de obras (BANDEIRA DE MELLO, 2008).

Não obstante as posições supra, que merecem ser muito bem observadas, tem-se que para a implantação de uma Parceria Público Privada o ente interessado necessariamente terá que elaborar estudos de ordem econômica, técnica, e, em especial, jurídica, por se tratar de um contrato de longo prazo, objeto de financiamento, garantias, avaliações de risco, demandando por conseguinte acurada análise e precisa regulamentação normativa, já que embora a Lei Geral possua as diretriz para a implantação para todas esferas de governo, não supre todas as necessidades específicas que o instrumento exige. Destarte, mostra-se recomendável que cada entidade implante seu respectivo programa de parceria estabelecendo o arcabouço normativo de sua competência. Assim, restará possível abarcar amplamente os assuntos de interesse local de forma instrumental e adequada (GUEDES, 2014).

A toda obviedade por se tratar de Instituto inovador de implantação relativamente complexa, há necessidade de um período de maturação para a aplicação plena dos dispositivos em debate, em especial que os órgãos de controle (Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas), adaptem-se e qualifiquem-se para tanto, propiciando adequado ambiente de negócios (segurança técnica e jurídica) para os decorrentes investimentos em projetos de longo prazo (DALL'OLIO, 2018).

Nesse enfoque cumpre ao controle externo exigir dos gestores públicos estudos econômicos demonstrem a viabilidade técnica e econômica da PPP, ao invés da utilização de outros instrumentos, tais quais o contrato administrativo comum regulado pela Lei 8.666/93, ou a concessão de serviços normatizada pela lei 8987/95, de modo a dar maior credibilidade as PPPs que necessariamente devem ter consistência de modo a alcançar o almejado saldo positivo ao interesse público (FERNANDES, 2005).

A preocupação quando da aplicação de um novo instituto jurídico é salutar, eis que muitas vezes os contornos são definidos, aprimorados ou deformados pela exegese do ordenamento jurídico que pode contrastar com os fatos, motivos e consequências, cabendo aos controle externo analisar cada caso, com esteio nas disposições aplicáveis à espécie, sem olvidar do princípio da aderência às diretrizes e normas, pelo qual não se pode substituir a vontade do administrador, competindo aos órgãos de controle, o dever de obrigar o gestor a aderir às diretrizes e normas e limitar a ação ao terreno da legalidade, legitimidade e economicidade. Assim sendo cabe aos órgãos de controle tolerar as interpretações juridicamente razoáveis, permitindo ao gestor a liberdade responsável da Administração, antecedida da explicitação da motivação e sucedida da prestação de contas, contábil e qualitativa (FERNANDES, 2005).

Referida orientação vai ao encontro das disposições do Manual de Auditoria Governamental para os países em desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas (ONU) que apresenta as definições para economia, eficiência e eficácia, donde se depreende o seguinte:

- **Economia:** É a administração prática e sistemática dos assuntos de uma entidade, empresa ou projeto públicos, com o mínimo de custos operacionais, com o objetivo de cumprir as funções e responsabilidades estabelecidas por lei e regulamentos ou recomendadas especificadamente.
- **Eficiência:** É a realização das metas de produção planejadas e de outros objetivos específicos programados de uma maneira sistemática, que contribui para reduzir os custos operacionais, sem prejuízo do nível da qualidade ou da oportunidade dos serviços prestados pela entidade, empresa ou projeto públicos.
- **Eficácia:** É a adoção de um curso de ação que garanta o alcance dos planos, objetivos ou metas (benefícios) determinados previamente e claramente definidos, para entidades, empresas ou projetos públicos a custos mais razoáveis (economia), de maneira factível e dentro de um prazo estabelecido ou conveniado (eficiência) (ARAÚJO, 1998, p. 6/7).

Destarte, entende-se que os Tribunais de Contas pátrios devem cada vez mais se preparar para esses novos desafios e mudanças, eis que somente com o aperfeiçoamento dessas instituições, fundamentais para a democracia será possível alcançar sua missão social para que se tenha a esmerada aplicação dos Princípios Fundamentais da Administração Pública e da Economia previstos na Constituição, para que os serviços públicos sejam cada vez mais prestados de forma econômica, eficiente e eficaz, eis que o Brasil é campo fértil para a implementação de parcerias público privadas (ARAÚJO, 1998), e a Administração Pública precisa se modernizar e se adaptar as novas realizadas e formas de contratação e pagamentos.

Nessa trilha, vislumbram-se inúmeras hipóteses de aplicação das PPP's, sendo certo que nem sempre a contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada precisará ser feita em dinheiro, eis que nos termos do artigo 6º, é possível que seja feita através de (i) – ordem bancária; (ii) – cessão de créditos não tributários; (iii) – outorga de direitos em face da Administração Pública; (iv) – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; (v) – outros meios admitidos em lei.

Como se vê, não necessariamente a PPP gerará dispêndio ao parceiro público, uma vez que nos termos da lei que poderá oferecer contraprestação através da outorga de direitos e de bens ou da cessão de créditos, o que por si só amplia as alternativas e possibilidades, fomentando novos negócios para a iniciativa privada, o que pode ser ampliado para aliar o desenvolvimento da infraestrutura em conjunto com o desenvolvimento social.

Nessa senda, é viável conceber uma remuneração alternativa, por serviços também alternativos prestados pelo concessionário, consoante artigo 18, inc. VI da Leis e Concessões, caracterizando condições peculiares e particulares de cada concessão, que não se repetem com frequência, não sendo defeso no ordenamento jurídico desde que dentro da justificável necessidade pública, para que a Administração crie, inove livremente quanto aos institutos, práticas e procedimentos, prevendo consoante será abordado a seguir requisitos e condições inéditas (RIGOLIN, 2012).

2.3 A manifestação de interesse privado como ferramenta eficiente para a execução de projetos públicos e fomentar o desenvolvimento social

A manifestação de interesse privado é o instituto jurídico pelo qual a Administração Pública pode obter junto a iniciativa privada a apresentação de projetos, estudos e soluções para empreendimentos públicos através de provocação ou voluntariamente, com vistas à estruturação futuros projetos, normalmente de concessão ou de PPP voltados para infraestrutura. Pelo procedimento a Administração Pública autoriza que particulares elaborem tais estudos e projetos para que sejam eventualmente aprovados e utilizados para a estruturação de uma licitação, sendo certo que a remuneração ao titular do projeto será provida pelo signatário do contrato de concessão, de acordo com a disciplina local estabelecida para o PMI / MIP e na conformidade do edital de licitação (GUIMARÃES, 2014).

O procedimento poderá ser provocado pela Administração ou espontâneo, sendo certo que em ambos os casos passará pelas autorizações de praxe para o desenvolvimento dos trabalhos, acompanhamento e avaliação até a aprovação das contribuições eletivas com a definição de valores e condições de aproveitamento (GUIMARÃES, 2014).

O instituto, como dito acima tem potencial para ser bastante profícuo na medida em que a Administração Pública pode valer-se da expertise da iniciativa privada para desenvolver projetos sem a necessidade de contratações burocráticas

e dispêndios imediatos, obtendo ao final projetos produzidos por especialistas sem necessidade de previsão no orçamento e sem criar a obrigação de contratação.

Ressalta-se que o pagamento pela elaboração do projeto poderá ser efetuado pela Administração ou pelo licitante vencedor, de acordo com as normas de cada ente e nos termos do edital de convocação, que normalmente se denomina chamamento público.

A manifestação de interesse privado é utilizada para efeito de realização de concessões e PPP's de modo a aproveitar a capacidade da iniciativa privada com o que se obtém celeridade, transparência, eficiência na gestão da coisa pública, bem como o particular atinge o fim colimado obtendo lucro e por via indireta ainda gera benefícios sociais, tal qual a geração de empregos, tributos e o desenvolvimento local.

Nota-se, portanto, que o legislador pátrio evoluiu e passou a perceber que o privado pode contribuir muito com o desenvolvimento da infraestrutura e por consequência da economia e social.

Entretanto, nota-se que em muitos empreendimentos de infraestrutura (PPP e concessões) o Poder Público foca-se unicamente na elaboração da obra e na prestação dos serviços propriamente dito e deixa de lado a oportunidade de incluir dentre as obrigações do parceiro privado, ações voltadas ao desenvolvimento social de forma direta.

Nessa toada, entende-se que quando o Estado resolve realizar a concessão de uma rodovia, por exemplo, não só pode como deve avaliar a possibilidade de transferir ao parceiro privado outras obrigações, acessórias ou não à concessão dos serviços relacionados a atividade fim do objeto concedido, tais quais a construção ao longo da rodovia de postos de saúde, escolas, creches, bibliotecas, consultórios dentários, centros de atendimento aos cidadãos, espaços de lazer e quadras poliesportiva, etc. que poderão ser operados pelo Poder Público ou pela própria

concessionária ou até mesmo pelo terceiro setor, de modo a proporcionar inclusão social, saúde, educação, enfim condições dignas de vida para a população em geral.

Assim, vislumbra-se a possibilidade de aproveitar o investimento do particular para atingir múltiplos objetivos em um só empreendimento, o que obviamente dependerá de estudos de viabilidade técnica, operacional, estudos vocacionais, e projetos que avaliarão a viabilidade da proposição.

Atualmente as grandes construtoras, empreiteiras, grupos financeiros, atuam em seguimentos dos mais variados, sendo certo que a inclusão de obrigações acessórias não implicará em mitigação da competitividade, ainda mais se precedido de amplo estudo e avaliação.

Vislumbra-se que a medida pode ser adotada não apenas em empreendimentos como concessões e PPP's, mas também em concessões de direito real de uso de espaços públicos, tais como: praças, estações ferroviárias, rodoviárias; portos; rodoviárias; rodovias; prédios públicos subutilizados, configurando-se o instituto da manifestação de interesse privado como verdadeiro coadjutor do desenvolvimento social e econômico do Brasil, em harmonia com o ordenamento jurídico que consagra a proteção à vida e à saúde, a dignidade da pessoa humana, a educação, a segurança.

Analogicamente, têm-se que proporcionando novos negócios econômicos e sociais com diferentes nichos a serem explorados pela iniciativa privada, poder-se-á majorar os lucros das empresas que atuam nos seguimentos e por consequência abrir-se-ão oportunidades de fomentar ainda mais investimentos de grandes corporações privadas em ações sociais, o que à toda obviedade é uma excelente alternativa para as empresas que querem causar o máximo de impacto junto à comunidade com poucos recursos. (KANITZ, 2016, apud CERIONI, 2016)²³.

Como se vê, nas breves linhas traçadas acima vislumbra-se a hipótese de aplicar o Instituto da Manifestação de Interesse Privado, provocada pela

²³ Disponível em :<https://exame.abril.com.br/negocios/conheca-os-10-bilionarios-que-mais-doam-para-a-caridade/> acesso em 15/02/2018

Administração, como ferramenta de fomento a intervenção estatal para indução do exercício de determinadas atividades que possam produzir benefícios sociais aliados ao desenvolvimento da infraestrutura, valendo-se de instrumentos de persuasão e convencimento para que os particulares atuem em determinado setor que se revele importante para o atendimento de interesses públicos (GARCIA, 2016).

Têm-se que a manifestação de interesse privado pode se configurar como uma forma híbrida de intervenção Estatal na economia, voltada a consagrar os princípios do artigo 170 da Constituição Federal, uma vez que através de estímulos positivos visa o desenvolvimento de atividades empresariais concretizadoras de interesses públicos primários, sendo um instituto que tende a mitigar riscos ao Estado.

Trata-se de atividade de fomento, implicando uma atribuição patrimonial em favor dos administrados, havendo ampliação da esfera jurídica dos administrados mediante a transação de bens e direitos e não pela mera supressão de obrigações, deveres, encargos e limitações a direitos. Como assinala o Professor Manuel María Díez, “a atividade de fomento traduz obrigações de dar, em cuja estrutura relacional comparece o particular como sujeito ativo e a Administração pública como sujeito passivo” (VALIM, 2015, p. 48).

Nessa senda, é fundamental que os programas de fomento sejam orientados pelo planejamento estatal, que no caso das manifestações de interesse privados contará com a iniciativa privada para o desenvolvimento das atividades estatais, em especial na utilização dos bens públicos como mecanismo de fomento.

Destarte, não é incomum que entes públicos objetivando atrair grandes investimentos e conseqüentemente gerar desenvolvimentos econômico e social, aumento de empregos e arrecadação utilizem bens públicos para atrair investimentos na formação de parcerias que sejam benéficas para o atendimento do interesse público (GARCIA, 2016).

Entretanto, não se vislumbra na conduta ordinária da Administração o arquétipo ora proposto, que certamente enquadra-se como uma figura de fomento distingue-se dos regimes jurídicos dos contratos de colaboração e delegação, com viés de contrato administrativo e concessão uma vez que o interesse público que determina a contratação reside nas externalidades positivas (efeitos indiretos) de um empreendimento empresarial privado, e não em prestações diretas à Administração (GARCIA, 2016).

2.4 Problemas e soluções

Dentre as premissas para a utilização da manifestação de interesse privado está a complexidade empresarial do empreendimento, seja técnica ou econômica e a possibilidade de concentrar a concepção do projeto e a expertise da execução, o que obviamente comporta problemas e soluções quando se enfrenta a questão sob o ponto de vista jurídico ou fático.

A manifestação de interesse privado de alguma forma compartilha riscos, pois os particulares interessados almejarão minimizar as chances de falhas na elaboração do projeto, tornando-se efetivamente parceiros da Administração Pública para alcançar as melhores alternativas para atender o interesse público.

Dentro desse contexto de compartilhamento de riscos públicos e privados destacam-se algumas vantagens e riscos inerentes a manifestação de interesse privado, tais como o aproveitamento do *know-how* do setor privado para a elaboração de estudos e projetos; a prévia competição em eventual licitação, sem a prévia eliminação de concorrentes; o engajamento da iniciativa privada desde o início do projeto; o acesso aos estudos para deflagrar o procedimento licitatório sem custos imediatos; a diminuição dos riscos de investimento pela Administração em projeto que seja deserto ou fracassado. Quanto as vantagens para a iniciativa privada, vislumbra-se a maior participação social, sendo certo que abre a oportunidade para que os interessados indiquem seus entendimentos sobre os objetos que devem ser contratados, bem como a possibilidade e participação do

autor do projeto na licitação e por consequência a obtenção de melhores condições de disputa (ASSEF, 2017).

No que atine aos riscos para o privado, vislumbra-se que não há garantia de que o projeto apresentado seja utilizado, pois não há assunção de compromissos legais pela Administração. Desse cenário decorrem três possibilidades: (i) perda dos valores dispendidos; (ii) a seleção e aproveitamento parcial ou integral do projeto/estudo, com a execução pelo licitante vencedor que de acordo com as regras do edital remunerará o autor dos estudos; (iii) havendo a aprovação integral do projeto e em se sagrando vencedor e o autor dos estudos, não haverá ressarcimento de custos ou a imposição de contratação do objeto do projeto (ASSEF, 2017).

Nessa senda, tem-se também o risco de captura do Estado pelo particular que formula os estudos e pode apropriar-se da razão pública e deformar a decisão pública já que ordinariamente o Estado não detém informações acerca dos complexos setores que podem envolver a adoção da manifestação de interesse privado com a consequente quebra da impessoalidade o que pode conduzir a atuação privada na concepção de objetos favoráveis a seus interesses distorcendo o interesse público (ASSEF, 2017).

Nesse contexto é possível concluir que embora existam os riscos supra descritos, nosso ordenamento jurídico comporta inúmeros princípios e disposições tendentes a mitigar tais perigos, a exemplo dos princípios da publicidade; transparência; economicidade; competitividade; moralidade dentre outros que se corretamente observados certamente colocam a manifestação de interesse privado como mecanismo importante para a oxigenação do mercado, sendo sua utilização em processos de contratação pública uma alternativa acertada.

2.5 A atividade empresarial estatal associada ao bem-estar social

Mundialmente o Estado vem sendo repensado e a administração pública, em especial, é alvo de intensa meditação reformista (MOREIRA NETO, 1997), sendo certo que a globalização alterou fundamentalmente as estruturas conceituais em

muitos campos de atuação e na esteira do avanço tecnológico nas comunicações, encurtou as distancias derrubou fronteiras, de modo a alcançar a eficiência e a rapidez na tomada de decisões, estimulando a competitividade, reestruturando blocos econômicos que começam a redefinir o próprio conceito de pátria, o que por obvio ocorreu também na relação entre entes públicos e privados no Brasil (MOROLLI, 1998).

Nessa trilha, é salutar a inquietação dos operadores do direito e os Administradores Públicos para implementar novidades, já que a sociedade ativa é mutante, sendo o direito vivo a ferramenta para cumprir o papel responsável na sociedade (GORDILLO, 1996).

A premissa é a de que a organização estatal atual tem por referência a subsidiariedade, a participação e a consensualidade, obtendo uma atuação estatal menos intervencionista, com a participação efetiva da sociedade, por meio de seus variados segmentos, em tudo o que for possível, desde que sem comprometimento da figura constitucional que lhe dá identidade (MOROLLI, 1998).

E em assim sendo, consoante se depreende do quanto exposto é possível asseverar que o procedimento da manifestação de interesse privado concretiza um saudável diálogo entre a iniciativa privada e o Poder Público sendo plenamente possível concluir que a manifestação de interesse privado se afigura como um instrumento deveras profícuo ao desenvolvimento da infraestrutura pública e por consequência da melhoria de condições sociais.

Se isso não bastasse, entende-se que a utilização da manifestação de interesse privado para concessões reais de usos de bens públicos, pode ser ainda mais eficiente ao interesse público, eis que com ela é possível consultar empresas privadas que poderão avaliar o potencial vocacional de determinadas áreas, tais como, rodoviárias, praças, parques, estações de trens e de metrô, portos, edifícios públicos, dentre outros e desenvolver atividades empresariais, associadas a ações sociais, de modo a atender em um só empreendimento diversos princípios constitucionais.

A título exemplificativo pode-se supor a realização de uma licitação para construir uma nova linha de trem a ser explorada pela iniciativa privada. Nessa hipótese, não se vislumbra óbice em incluir no objeto da contratação a necessidade de construção de creches, de clínicas médicas²⁴, de quadras poliesportivas ao longo da via, para beneficiar os futuros usuários do transporte e a população lindeira, desde que haja viabilidade técnica, econômica e operacional, o que somente poderá ser avaliado com a utilização da Manifestação de Interesse, eis que não demanda custo ao Poder Público.

Nota-se que o quanto exposto é apenas um dentre milhares de exemplos e hipóteses que poderão surgir, o que pode ser estendido inclusive para obras e serviços comuns regulados exclusivamente pela Lei 8.666/93, com o que se vislumbra maior eficiência no planejamento e na execução desse tipo de contratação.

A lei de licitações deveria passar por uma reformulação parcial para abrigar as inovações introduzidas nas sobreditas leis, em nome da evolução econômica e social de modo a mitigar os efeitos maléficos da carência de recursos humanos, infraestrutura e financeira de muitos entes públicos (MOTTA, 2003).

Assim, urge implementar no Brasil alternativa viável e muito além das fronteiras da parceria público privada observando pressupostos elementares como a seriedade, a transparência, a eficiência, interesses e responsabilidades compartilhadas para obtenção de lucro pelo particular e de ganhos sociais para a comunidade (ROSA, 2007).

Conclui-se que os gestores públicos e a iniciativa privada precisam abrir oportunidade para a utilização da manifestação de interesse privado, em outros seguimentos que não apenas o das concessões e da parceria público privada, de modo a viabilizar a criatividade empresarial associada ao bem-estar social, para que

²⁴ A operação e exploração desses equipamentos de saúde e educação, acessórios à concessão poderá ser feita pela própria concessionária, que obrigatoriamente terá que incluir no custo o investimento, ou pela Administração Pública que receberá os equipamentos e implantará clínicas, escolas etc.; com o aproveitamento dos recursos humanos dos servidores públicos.

possa haver maior distribuição de renda e aplicação dos lucros privados voltados também para ações públicas em benefício da coletividade, o que precisa passar pelo crivo da sociedade, dos governantes e do controle externo.

3 A PARTICIPAÇÃO PRIVADA VOLTADA AO ALCANCE DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL NAS CONTRATAÇÕES DAS ESTATAIS E O CONTROLE EXTERNO DOS ATOS

Neste capítulo, serão abordados aspectos relacionados a necessidade cada vez maior de se avaliar o contexto das decisões tomadas pelos agentes públicos, de modo que seja sopesada a finalidade e os efeitos dos atos, tal qual previsto na recentemente alterada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao invés de unicamente a sua formalidade e adequação *ipsis litteris* as interpretações formuladas pelos órgãos de controle externo, que por vezes tendem a inadvertidamente engessar a Administração e levar temor ao gestores públicos na implementação de medidas modernas e inovadoras, que podem ser objeto de manifestações de interesse privado e de parcerias público privadas, mas que por conservadorismo acabam engavetas pelo temor que o controle externo exerce nos administradores públicos.

Nessa senda, relevante destacar a evolução do princípio da legalidade, que não comporta apenas a interpretação fechada e simplista do antigo Direito Administrativo, eis que a legalidade não se presta a punir e executar fielmente os termos legais, mas sim a observar o fim colimado pelo Estado, tal como o planejamento estatal da economia e o desenvolvimento social (PACHECCO E SILVA, 2018), o que precisa ser sopesado nas decisões oriundas de órgãos de controle externo, sobretudo quando analisada parcerias que tenham potencial para desenvolver atividades acessórias com condão de fomentar o lucro do empresário e desenvolver questões social, consoante abordado neste trabalho.

É preciso que o controle externo olhe o princípio da legalidade em harmonia com o ordenamento jurídico e em especial de seu contexto sócio econômico (FREITAS, 2007).

Nos termos da Lei 13.303/2016, especificamente as disposições dos artigos 85 a 90 as estatais devem ser controladas externamente quanto à legitimidade,

economicidade, eficácia da aplicação dos recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro e patrimonial, consoante prescrição prevista na Constituição Federal, o que denota que a fiscalização é muito além do simples e antigo conceito de legalidade, eis que abrange o que se entende por juridicidade ou legitimidade (PACHECCO E SILVA, 2018).

Como é cediço, o controle externo poderá ser exercido administrativamente, através dos Tribunais de Contas, organizações da sociedade civil, ou judicialmente via Poder Judiciário, sendo certo que independentemente de quem o exerça, poderá fazê-lo de forma preventiva, concomitante ou posterior.

O controle judicial dos atos praticados pela Administração Pública consagra a aplicação do princípio da unicidade da jurisdição e da inafastabilidade da apreciação judicial abrangendo o controle da legalidade dos atos administrativos, podendo ser exercido por meio de remédios constitucionais (DAL POZZO, 2010).

O controle da legalidade pelo Poder Judiciário deve passar pela verificação objetiva da matéria que de fato tenha influenciado na formação do ato (TACITO, 1997), sendo cogente ao juiz cotejar o enunciado legal e a situação concreta, e afastar violações a ordem jurídica, já que no sistema jurídico positivo a fluidez dos conceitos é menos acentuada pela interpretação contextual que tende a afastar obscuridades e eventual imprecisão deles (BANDEIRA DE MELO, 2008).

Consoante palestra do Ministro Ayres Brito, trata-se do fardo de todos que teorizam sobre Direito Positivo, eis que a lei não é norma e seus dispositivos também não são normas. Em verdade a lei é que contém normas e seus dispositivos é que encerram normas, fazendo o acoplamento dos dispositivos pinçados da norma jurídica que nos interessa para a formulação de uma tese, ou o equacionamento de um caso (BRITTO, 1993).

Não se vislumbra adentrar na análise do mérito do ato Administrativo pelo Judiciário, mas apenas trazer à baila a possibilidade de exame da legalidade, através da escorreita aplicação dos fatos em consonância com as disposições

regulamentares e legais, eis que com o passar dos tempos e de acordo com as necessidades peculiares de cada Estado, as formas de fiscalização vão se implementando de modo que a sua execução seja eficaz e plena.

Assim, as manifestações de interesse privado e as parcerias público privadas precisam ser melhor avaliadas pelos órgãos de controle, com fulcro não apenas no potencial que tais instrumentos jurídicos possuem de desenvolvimento econômico, mas em especial com o desiderato de desenvolvimento social agregado, por meio de atividades acessórias atribuídas pelo Poder Público ao particular, consoante abordado e proposto no presente trabalho.

Destarte, em um estado democrático de direito o controle dos atos públicos é fundamental para o alcance do interesse coletivo e o controle pelo Poder Judiciário certamente é um instrumento muito eficaz e mereceria a implementação de varas especializadas em licitações e contratos, tal como ocorreu com as varas de falência e recuperação judicial, de modo a especializar aqueles que terão a incumbência de julgar matérias de suma importância para a coletividade, o que mitigaria entendimentos díspares e conflituosos e certamente poderia proporcionar maior celeridade aos processos judiciais envolvendo licitações públicas. Sobretudo àquelas que implementam ações novas e modernas, tal qual pode ocorrer numa manifestação de interesse público e por consequência na celebração de uma parceria público privada.

O judiciário quando provocado poderá executar o controle, prévio, concomitante ou posterior, sendo certo que o sistema do controle concomitante é o mais praticado no mundo em estados democráticos, pois a verificação executada pelos órgãos de controle parte do nascimento do ato na Administração, permanece durante o desenvolvimento e abrange a implementação do mesmo. Difere-se do método prévio que obriga o administrador a esperar a decisão do órgão controlador, bem como do controle posterior, que impossibilita a atuação do órgão controlador para sanar irregularidades e evitar danos.

O controle concomitante ocorre *pari passu* com as ações praticadas pela Administração Pública, ou seja, acompanhando as decisões dos gestores públicos, os Tribunais de Contas ou o Poder Judiciário apreciam e decidem acerca da legitimidade dos atos submetidos a seu crivo, desde que provocados.

Ocorre que no âmbito de uma manifestação de interesse privado, apesar de haver publicidade do ato, em regra os órgãos de controle não solicitam previamente os expedientes para apreciação, na medida em que os atos praticados ainda não envolvem necessariamente dispêndio de recursos públicos, já que fazem parte da fase inicial do processo de contratação.

Em regra, os órgãos de controle passarão a analisar as manifestações de interesse privado apenas após formalização das avenças entre a estatal e o seu contratado, através do controle concomitante ou sucessivo, que é exercido durante a realização do ato administrativo, se provocado, visando acompanhar a regularidade da ação empreendida pela Administração, para evitar desvirtuamentos e para efetuar correções imediatas, em busca da perfeição na construção dos atos administrativos.

Na maioria dos países em que o sistema de controle concomitante é adotado, os órgãos responsáveis pela fiscalização têm a prerrogativa de efetuar auditorias e inspeções durante a vigência e execução de contratos, permitindo que antes de proferidas as decisões sejam efetuadas revisões, reparos, bem como, sejam sanados eventuais vícios verificados na formação dos atos examinados, o que denota aspectos de governança consensual como ferramenta de correção.

Portanto, o controle concomitante, apresenta-se como o sistema mais adequado para a fiscalização da Administração, sendo o modo mais ágil e útil para evitar a formação de atos desconformes. De certo, nem todos os atos devem ser controlados dessa forma, e não é isso que se objetiva, porém, vários atos administrativos podem e devem se submeter ao crivo desse sistema, vez que atende aos anseios da coletividade, cabendo não apenas ao ente público que emana o ato decidir a respeito.

Exemplificando, entende-se que grandes obras de infraestrutura, parcerias público privadas, empreendimentos que movimentem quantias vultosas deveriam ser fiscalizados desde quando deflagrada internamente uma licitação, o que caracterizaria a junção de duas formas de controle ou seja, atuação híbrida, previa e concomitante, enquanto por exemplo a apreciação de atos de aposentadoria pode e deve ser feita exclusivamente a *posteriori*.

O controle concomitante não deve afastar os controles posterior e prévio, mas ser implementado de forma a acrescentar técnicas de fiscalização mais contundentes que impeçam os abusos no âmbito da Administração Pública e decisões oriundas do controle externo que possam paralisar ou levar medo aos agentes, que muitas vezes deixam de deflagrar procedimentos de manifestação de interesse por conta de interpretações equivocadas que poderão advir de tal ato.

Muitas vezes, a *priori*, o administrador público sujeito aos controles internos e externos, tende a crer que a vantajosidade da contratação estará garantida quando da obtenção dos menores preços ou de soluções padronizadas, até porque esse sempre é o primeiro foco de análises superficiais realizadas por terceiros alheios ao processo, em especial daqueles que não tem compromisso com a verdade propriamente dita, mas objetivam em especial a veiculação de notícias em periódicos dos mais diversos tipos, tais como sites, jornais, programas de televisão etc, sem que haja preocupação com as consequências das notícias.

Não é raro que matérias jornalísticas versando sobre preços de orçamentos em licitações ou acerca de aditivos contratuais, deem ensejo a aberturas de procedimentos investigatórios, mas que nem sempre levam a conclusão de que a atuação do Administrado foi prejudicial ao interesse público, mas tendem a fazer com que o gestor público, acabe por buscar apenas o melhor preço em detrimento de buscar a melhor solução técnica, haja vista o temor quanto a aplicação de responsabilizações multas pessoais (gestor público).

Nessa toada, vale fazer breve paralelo entre uma empresa pública e uma empresa privada, com gestores preocupados com custos ou ilegalidades, cujo alto escalão determine a responsabilização com patrimônio próprio de qualquer executivo que tiver uma decisão questionada e considerada equivocada por órgãos de controle externo. À toda obviedade tal ficção não permeia a atuação de empresas privadas, bem geridas, que estimulam seus executivos adotar processos de inovação, cujos erros são admitidos como possíveis, sempre com a presunção de boa-fé até prova robusta em contrário (AVELLLEDA, 2019), o que não ocorre no âmbito público.

Tal exemplo é o que pode se denominar de infantilização dos gestores públicos, eis que muitos têm evitado tomar decisões inovadoras ou cuja vantajosidade não esteja pautada no menor preço, por receio de terem atos questionados, ou até mesmo deixam de decidir à espera de aval prévio do TCU (DANTAS, 2018).

Como se vê, dentre as inúmeras dificuldades que o administrador público enfrenta ao escolher uma solução, que possa não ser a mais comum ou a mais barata, mas que dentro do contexto mostrar-se a mais vantajosa e cabível ao interesse público ainda precisa enfrentar interpretações oriundas muitos os órgãos de controle externo que apesar de pertencerem à Administração Pública nem sempre atuam observando a sua participação na corporação Estatal, de modo que suas manifestações venham a influenciar e contribuir com o desenvolvimento social e econômico.

3.1 O exame das parcerias público privadas nas contas das estatais - controle externo

Os julgamentos das Contas e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista deve ser estritamente técnico no âmbito dos Tribunais de Contas com apoio nas manifestações dos órgãos que compõem as estruturas de tais Tribunais, podendo ser antecedidos de inspeções e exames considerando inclusive

informações das próprias auditorias dos entes fiscalizados e auditorias promovidas *in loco* pelos agentes das Cortes fiscalizadoras.

Os responsáveis pelas contas dos órgãos em referência, não são os chefes do poder executivo municipal ou estadual, mas sim gestores delegados para tal fim, cuja competência abrange a gestão das contas, sempre restritas ao ente cuja gestão lhe foi atribuída. Tais entes sofrem fiscalização distinta das contas gerais do governo, sendo certo que, merecem apreciação separada e anual de sua gestão abrangendo os ordenadores de despesas, gestores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Dessa forma, considerando os longos prazos das parcerias público privadas, bem como as vultosas quantias envolvidas é preciso que os órgãos de controle avaliem com cautela esta espécie de contratação, de modo que suas decisões, mesmo quando detectadas imperfeições, fomentem o aperfeiçoamento das condutas sem que tenham o condão de desestimular o uso do instituto das parcerias público privadas

As parcerias público privadas certamente geram efeitos orçamentários que ultrapassam o exercício de sua celebração e terão impactos futuros, nas contas dos entes contratantes, motivo pelo qual há que se ter cuidado pela Administração, na escolha do empreendimento e na forma da contratação, pois a escolha de parceria público privada pode inadvertidamente estar substituindo a contratação de obra pública e tendem a levar entusiastas das parcerias a se descuidarem do controle orçamentário necessário para o acompanhamento dos resultados dos empreendimentos (CITADINI, 2019).

Nessa toada, o autor citado no parágrafo anterior autor sugere as seguintes medidas para mitigar eventuais impactos nas contas dos órgãos estatais:

1. instituir um órgão federal com a finalidade específica de monitorar e comunicar o impacto fiscal agregado dos contratos de PPP (ou atribuir a responsabilidade a um órgão existente);
2. desenvolver mecanismos específicos de controle e verificação do impacto fiscal que incentivem e permitam o aprimoramento da qualidade da informação sobre o efeito fiscal das PPP;
3. revisar as políticas subnacionais que regulamentam o ciclo de

projetos, promovendo a reestruturação das redes de governança e incluindo análises efetivas sobre o efeito fiscal em etapas intermediárias da fase de avaliação e planejamento dos projetos; 4. implementar a extensão do fundo garantidor federal para entes subnacionais de forma condicionada à geração de informações de maior qualidade e ao monitoramento efetivo do impacto fiscal pelos entes beneficiados (CITADINI, 2019. p. 3)

Nessa senda, imperioso observar o controle fiscal das parcerias público privadas sob pena de desequilíbrio das contas públicas, já que abarcam diversos riscos econômicos que podem impactar diretamente no orçamento (LESSA; PERES, 2019).

Com isso, têm-se que as decisões dos órgãos de controle externo no âmbito de exame de contas classificadas como preliminares, finais ou terminativas ganham novos contornos quando comportarem questões afetas as parcerias público privadas.

As decisões preliminares e terminativas que não apreciam o mérito das contas em julgamento, servindo para complementar a instrução processual (decisão preliminar) ou para considerar iliquidável a conta, determinando o trancamento (decisão terminativa), restando à decisão final analisar o mérito da conta, que poderá ser julgada regular, regular com ressalvas ou irregular (ROSSI; CASTRO JR, 2007).

As decisões preliminares podem ser consideradas como interlocutórias, sendo que antes do pronunciamento quanto ao mérito das contas, há o sobrestamento do julgamento, para oitiva dos responsáveis, ou para a realização de diligências para a melhor instrução do processo.

Verifica-se nesse ponto a observância ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, previstos na Constituição Federal no art. 5º, LIV, na medida em que há possibilidade de apresentação de justificativas ou esclarecimentos aos pontos abordados nas manifestações dos órgãos técnicos do Tribunal de Contas.

As decisões finais são aquelas em que o Tribunal de Contas julgam regulares, regulares com ressalvas ou irregulares as contas.

No caso das regulares, por obvio, assim serão julgadas as contas que demonstrarem de forma expressa, objetiva e clara a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos praticados pelos gestores dos órgãos, que receberão quitação plena, o que não é possível de se fazer imediatamente quando se trata de exame de contrato de longo prazo no boje de contas anuais.

Por isso as contas julgadas regulares com ressalva, retratam eventuais impropriedades ou falhas de natureza formal que não tenham ensejado dano ao erário, tais como ausência de registro de baixa de materiais, inobservância de procedimentos de remessa de documentos etc., sendo certo que o Tribunal também dará quitação ao responsável, porém determinará a adoção das medidas necessárias para evitar a repetição dos mesmos problemas.

Muito se vê em julgados de Contas dessa espécie, ao final do Acórdão, a seguinte frase: julgo regulares as contas, ressalvados os contratos que não foram apreciados no presente processo, o que poderá certamente pautar os julgamentos de muitas contas que tenham em seu bojo sido influenciadas por PPP's.

Têm-se nesses casos a ressalva não por irregularidade ou por ocorrência de falhas formais, mas por cautela do Tribunal, pois ocasionalmente, determinado contrato de grande monta que poderia alterar as contas do ente fiscalizado, encontra-se em análise em autos próprios e sua instrução não acompanhou a dos autos das contas, o que nos casos das PPP's poderá implicar a responsabilização de agentes públicos que não deram ensejo a situação, ou seja por se tratar de contratos de longa duração, é possível que questões fiscais e orçamentárias prejudiquem contas anuais futuras do contratante.

Vale ressaltar que quando houver a determinação do Tribunal para que sejam adotadas medidas visando sanar problemas detectados em tomada de contas

anteriores, e o responsável não o fizer, o órgão poderá no próximo exercício ter julgadas irregulares suas contas pela reincidência das falhas apontadas, com a consequente aplicação de multa ao responsável.

Dentre as decisões finais, aquela que julga irregulares as contas é a que mais chama a atenção, vez que assim serão consideradas as contas em que ocorrer omissão no dever de prestar as contas; infração a norma legal ou regulamentar; dano ao erário, decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico e quando constatado desfalque ou desvio de valores e bens públicos.

Poderão ser julgadas irregulares, as contas de órgãos que tenham desrespeitado plenamente a legislação, que não tenham observado os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade, publicidade, economicidade, eficiência, enfim, daqueles que gerem a máquina administrativa única e exclusivamente em seu próprio benefício.

Finalmente as decisões terminativas, que ordenam o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis, ou seja, quando por motivo de caso fortuito ou força maior, alheio à vontade do responsável for materialmente impossível o julgamento de mérito, arquivando-se os respectivos autos, que poderão ser desarquivados dentro do período de cinco anos contados da decisão terminativa, desde que existam novos elementos suficientes para ensejar a reabertura do processo.

3.2 A fiscalização e julgamento das licitações e contratos de PPP's

No contexto do presente capítulo e do trabalho pode-se asseverar que dentre as decisões e atribuições das cortes de contas, esta é a que mais influenciará no que tange ao alcance social e ao combate à corrupção, pois através dos contratos administrativos é que as Estatais aplicarão os recursos públicos, em busca de melhores condições de vida, serviços públicos prestados com eficiência, cortesia e celeridade, enfim, que possam ver o erário corretamente aplicado.

O ideal seria que todos os contratos celebrados pela Administração Pública fossem objeto de fiscalização, o que se coloca apenas em questão teórica, pois na prática é impossível que todos os contratos sejam analisados pela insuficiência de recursos humanos e até mesmo tecnológicos para tal empreitada.

Não obstante, sabe-se que o controle externo é fundamental para a efetiva execução e sucesso de contratos desse jazes, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência quanto a competência cautelar do Tribunal de Contas da União para tomar medidas, tal qual a paralisação de licitação, por decisão monocrática de qualquer Ministro da Corte de Contas, a ser ratificada pelo Plenário em casos de irregularidades (MÖHN, 2019) o que deve ser analisado com muita precaução em PPP's, sob pena de insegurança jurídica.

Por oportuno, vale ressaltar que assim como ocorre no Tribunal de Contas da União, cumpre aos Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais, determinar a sustação da execução de contratos irregulares, prevista na Constituição Federal no inciso X, do artigo 72, à exemplo das disposições da Constituição do Estado de São Paulo contidas no artigo 33.

“Sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção dos efeitos financeiros – pagamento, por exemplo – e executivos – realização do Objeto” (FERNANDES, 2004, p. 11).

A natureza da sustação dos contratos administrativos, ora examinada pode ser cautelar ou definitiva, adquirindo contorno de cautelar quando sugerida pela Corte de Contas durante a análise de determinado contrato, visando sanar eventuais falhas detectadas que possam macular o seu prosseguimento; e definitiva na hipótese de o órgão fiscalizador incluir na decisão recomendação para tanto.

Muito se vê nas decisões dos Tribunais de Contas que consideram contratos irregulares, ao final dos Acórdãos a frase “adote as providencias cabíveis visando ao exato cumprimento da lei”. Pode-se considerar tal recomendação como determinação implícita para que a Administração suste o contrato.

Tal entendimento deve-se ao fato de que cabe a autoridade administrativa optar pela medida que melhor combine com o interesse público, quando receber a recomendação do Tribunal relativa a sustação do contrato, seja essa implícita ou explícita. Quando a autoridade divergir da decisão, poderá ingressar com o competente recurso junto a corte de contas ou até mesmo perante o Poder Judiciário. Quando houver a concordância, deverá corrigir o contrato nos casos de decisões de natureza cautelar e anular ou rescindir nos casos de natureza definitiva.

Importante enfatizar que “a determinação de sustação não é rescisão do contrato, mas apenas ato cautelar impeditivo da consumação da despesa ou do fato gerador de pagamento (execução)” (FERNANDES, 2004, p. 11).

Assim como nas demais decisões proferidas pelas Cortes de Contas, no caso de sustação devem ser observados o contraditório e a ampla defesa, até mesmo para os contratados, pois tal decisão afeta obrigações contraídas pelos mesmos através de processos licitatórios, que até antes da decisão era considerado como um ato jurídico perfeito.

Ressalta-se por oportuno, que a decisão do Tribunal no sentido da sustação do contrato, não é vinculante, sendo certo que apenas o decreto legislativo é que obriga o agente público.

Importante se faz também, consignar que:

[...] a sustação cautelar ou definitiva não pode afetar a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro que tem como termo a quo, ou seja, inicial, a data da proposta. Tal garantia só não prospera se provado que a conduta dolosa do contratado consistiu na elevação arbitrária dos preços. Se a sustação tiver natureza cautelar e implicar o retardamento da execução, o ato que altera o prazo deve ser justificado e publicado; se implicar em desmobilização, o pagamento do custo correspondente para o contratado, nos termos previstos no edital; se tiver natureza definitiva, as garantias do art. 78, inc. XIV e XV e 79, da Lei 8.666/93 (FERNANDES, 2004, p. 13).

Ademais, vale ressaltar mais uma garantia Constitucional inerente ao controle externo dos Tribunais de Contas, qual seja, a do juiz natural, pois analisando o que preconiza o inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, tem-se que, estando

uma determinada pessoa sob o controle do Tribunal de Contas, caberá a este o julgamento, e a nenhum outro, sendo, portanto, vedado juiz ou tribunal de exceção.

Nota-se, assim, a importância dos entendimentos proferidos pelos Tribunais de Contas e Judiciais, em especial quanto a avaliação das consequências dos atos, consoante determina a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Contudo, tem prevalecido a funesta paralisação de toda obra sobre a qual exista suspeita de improbidade, sendo certo que há casos em que a paralisação é necessária, mas em outros só multiplica os prejuízos do Estado (AVELLEDA, 2019)

Há que se distinguir e sopesar as divergências de opiniões e as prioridades administrativas de modo que aquilo que contraria o entendimento de um órgão de controle não é por si só, um erro execrável como vem ocorrendo rotineiramente, na realidade da administração pública, que se vê muitas vezes paralisada, apesar de contar com gestores honestos, mas que ao tomar decisões, e realizar suas escolhas entre alternativas possíveis, precisam romper barreiras desconhecidas, para administrar escorreitamente, sem esbarrar em conceitos quase sempre sujeitos a interpretações, eis que ao escolher um caminho, certamente serão contrariadas interpretações diversas, o que não deveria ser considerado uma desonestidade (AVELLEDA, 2019).

Nessa senda, os órgãos de controle precisam observar que as decisões por eles proferidas tem o condão de responsabilização dos administradores públicos e que toda e qualquer discordância de opinião, sem que esteja comprovada ilegalidade ou produzida prova em contrário, tem levado a considerar ato de improbidade e execração pública de agentes honestos e que poderiam contribuir muito para melhorar a Administração Pública (AVELLEDA, 2019).

3.3 Do liame entre a função pedagógica e a função legiferante

O controle da Administração Pública não cabe exclusivamente aos Estados, sendo cada vez mais premente o controle social com o objetivo de fortalecer a

cidadania ativa (PÍTISICA, 2014) e dar ampla divulgação das decisões de modo que os Tribunais exercem o papel pedagógico e fomentem o controle social, pois os métodos atuais proporcionam a insuficiência do descobrimento e conhecimento do conteúdo dos atos ilegais, ilegítimos, antieconômicos, ineficientes ou ineficazes, para a defesa do interesse público, sendo desejável o fortalecimento de medidas pedagógicas pelos Tribunais de Contas (BUGARIN, 2001).

Os Tribunais de contas apesar de estarem inseridos na legislação como órgãos integrantes dos Poderes Legislativos, na prática atuam como órgãos autônomos, desempenhando papel de controle e regulação do sistema de contratações Públicas, não sendo exagerado afirmar que tem exercido função legislativa legitimada pela função pedagógica fortemente invocada em seus julgados (ARAUJO, 2019).

Nesse contexto sobrealça ressaltar o teor da Súmula 222 do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nessa senda, posteriormente relevante destacar que o Acórdão 313/2004 do TCU assentou que as decisões por ele proferidas são diferentes daquelas emanadas do Poder Judiciário, uma vez que não alcançam a defesa de interesses individuais, mas sim da preservação da legalidade e a adoção de práticas eficientes.

Destarte, insta observar com cautela as consequências da premissa contida na jurisprudência da Corte de Contas da União, cujas consequências certamente repercutirão na conduta dos administradores e poderão ser benéficas ou não para os interesses econômicos e sociais do Brasil, seja na análise das contas anuais das Estatais ou propriamente dos contratos e licitações relativos as Parcerias entre os setores público e privados.

Isso porque, a função pedagógica pode funcionar como um bloqueador de novas práticas, com efeito perverso, impedindo a concretização de avanços mais eficientes, em razão de se mostrarem destoantes do arquétipo consolidado pela função pedagógica de uma decisão precedente (ARAUJO, 2019).

O que se têm visto é o pelos Tribunais de Contas do poder legiferante, o que *data máxima venia* não é crível, pois em que pese o caráter multiplicador de tais julgados, os entendimentos proferidos em análises de contratos, licitações e contas das Estatais acabam produzindo uma reação em cadeia das instituições públicas e desencadeiam a promoção de alterações legislativas para positivar certas posições ou para afastá-las, de modo que parte da legislação relativa as obras públicas, licitações, concessões e PPPs surgiu de forma reativa à jurisprudência das Cortes de Contas (ARAUJO, 2019).

Há que se verificar que o denominado fenômeno da retroalimentação legislativa, pelo qual as normas vindouras se adequam aos julgados e os atores por consequência se conformam com as posições oriundas dos órgãos de controle pode ser benéfico para um momento de crise institucional, mas não deve ser tido como regra sob pena de se fomentar o que se chamou acima de infantilização do administrador público.

Nesse diapasão, importa ressaltar a nobre missão das cortes de contas, qual seja a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade seja executada de forma profícua, sem que eventual irregularidade praticada num caso específico possa ter o condão de contaminar direta ou indiretamente a Administração Pública em sua totalidade, o que denota com maior clareza a necessidade de que os órgãos de controle se aproximem das estatais e participem da sua governança, mesmo que seja como conselheiro, sem qualquer responsabilidade.

3.4 A governança nas estatais e a lei de introdução às normas do direito brasileiro

Diante do novo paradigma introduzido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especificamente no que tange à consequência das decisões, bem como acerca dos obstáculos e das dificuldades reais enfrentadas pelos gestores públicos, que diariamente se deparam com a necessidade de tomar decisões acerca de questões relacionadas às políticas públicas a seu encargo e que nem sempre tiveram a gênese na vigência dos seus mandatos, entende-se que a aplicação da governança corporativa prevista expressamente na Lei 13.303/2016, deve ser analisada não apenas com caráter preventivo, mas como ferramenta de correção, capaz de mitigar prejuízos ao erário em atendimento aos comandos introduzidos no Decreto Lei 4.657/1942, incluídos pela Lei 13.655/2018, em hipóteses que ocorrem ordinariamente em licitações, contratos e obras em curso antes ou depois da edição das respectivas legislações ora em exame.

Para melhor entendimento do tema imperioso trazer à colação as disposições contidas no Decreto Lei 4.657/1942 que se relacionam com decisões emanadas pelos agentes públicos e pelos órgãos de controle, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Nessa senda, com a edição da Lei 13.303/2016 restou positivado no ordenamento jurídico que regulamenta as estatais, a obrigatoriedade de observância

de regras de governança²⁵, com fulcro no princípio da transparência, guia da governança corporativa, com o desiderato de proporcionar fidedignidade às ações e decisão afetas a gestão pública, de modo a atender o anseio popular de transparência, confiança, credibilidade, estabilidade promovendo o controle do desempenho das estratégias e da direção das corporações (MESSAGE, 2010).

A governança partiu da área econômica para as demais relações existentes entre Estado e Sociedade, tais como relações sociais, políticas e pessoais, sendo certo que possui cinco princípios básicos a saber: transparência, participação, responsabilidade, eficácia e coerência (CALDAS; FREITAS, 2018).

De acordo com o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), na gestão de assuntos de interesse público de um país, a governança é o exercício

²⁵ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. § 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei. ...§ 4º A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei. 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim: Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei. III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração; VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III; II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras. Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão: I - divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores; II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei. Art. 18. Sem prejuízo das competências previstas no art. 142 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e das demais atribuições previstas nesta Lei, compete ao Conselho de Administração: I - discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes;

de autoridade política, econômica e administrativa em todos os níveis, abrangendo mecanismos, processos e instituições pelas quais a coletividade exerce seus direitos, cumprem suas obrigações e resolvem conflitos, reconhecendo que a gestão pública deve ser compartilhada com a sociedade civil organizada, compreendendo, a busca de soluções conjuntas entre o Estado e sociedade, ou seja envolvendo múltiplos atores (PÉRCIO, 2012).

Nessa toada, quando se aborda as licitações nas estatais com enfoque nas diretrizes da Constituição é cediço que se deve prestigiar seu caráter empresarial, ou seja, não apenas a busca pela economicidade nas contratações, mas sim prestigiar a finalidade institucional da empresa estatal, de acordo com os objetivos da organização, tal qual a acepção que a Lei das Estatais trouxe a governança como diretriz das Estatais, o que denota que o foco da governança deve abranger também as contratações, preservando a empresa e seus interesses no que se refere às relações contratuais exigindo a adoção e o reconhecimento de que seus pressupostos teóricos são inovadores e que as regras nela estipuladas por vezes são antagônicas aos comandos contidos na Lei Geral de Licitações (GUIMARÃES, 2017).

Referido antagonismos entre as legislações citadas precisam ser objeto de acurada apreciação pelas decisões emanadas pelos órgãos de controle e pelos controladores das Estatais, eis que muitas das políticas públicas iniciadas sob o comando da Lei 8.666/93, certamente receberão tratamento com fulcro nas regras de governança corporativa e em especial nas regras da LINDB que determinam a necessidade de observância dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu encargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, devendo ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Assim sendo, considerando a corrente hodierna de transformação do Direito Administrativo, entende-se que é preciso ressaltar que no âmbito estatal, o que antes habitualmente pautava-se na imperatividade, atualmente abre espaço para a consensualidade, sendo certo que cabe ao Estado a tarefa de mediador, não

somente com o desiderato de estabelecer e de conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos, mas de constantemente interação, compondo conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, colocando término ao monopólio estatal na tomada de decisões, à exemplo do quanto constou do Livro Branco da Governança, pelo qual a Comissão da União Europeia em 2001, sinalizou que governança designa o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder em nível europeu, essencialmente no que se refere a sua responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia (OLIVEIRA, 2008).

Destarte, a condução responsável dos assuntos do Estado deve passar pela avaliação do agente que emanará o ato, devendo quando necessário tomar suas decisões em conjunto com os conselhos de administração e fiscal, e se for o caso e possível até mesmo com a participação do controle externo e da sociedade em geral, desde que haja celeridade na tomada das decisões, sem que a participação corporativa interna ou externa à Estatal vire um entrave.

As práticas de governança são saudáveis e profícuas às nossas Estatais que devem pautar suas decisões em padrões éticos promovendo a transparência das ações dos Governos, pois dela exsurgirá a estabilidade das instituições políticas e sociais, através da Administração Consensual que está em consonância com os novos desafios deste século (OLIVEIRA, 2008).

Nas palavras de Oliveira (2008, p. 04):

Com a ascensão de fenômenos como a Governança Pública, emerge uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração. Assim, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica, avessa à utilização de mecanismos comunicacionais internos e externos à organização administrativa. Trata-se da Administração Consensual, que marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade). Sua disseminação tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. As parcerias firmadas pelo Estado retratam essa nova realidade, e sua

compreensão e finalidades não podem ser apreendidas a partir das tradicionais concepções de formalização dos contratos administrativos, pois estamos diante de uma nova forma de administrar, moldada a partir da Governança Pública e da Administração Pública Consensual.

Para tanto, entende-se que em questões controvertidas de grande vulto para as empresas estatais, tais quais alterações de contratos de infraestrutura em andamento, PPP's, licitações impugnadas e paralisadas pelos órgãos de controle ou pelo Poder Judiciário, deve-se aplicar técnicas de consensualidade pautadas na governança corporativa, ou seja há que se levar ao conhecimento geral dos participantes, os temas de maior relevância de modo a mitigar prejuízos ao interesse público.

Insta ressaltar que a Lei nº 13.303/2016 dentre os temas tratados, reafirmou a posição do Conselho de Administração como principal órgão de gestão estratégica, donde se depreende que caberá aos conselheiros assumir a gestão de riscos e de governança corporativa, sendo relevante destacar que a contrapartida do poder é a responsabilidade e tais conselheiros na condição de administradores da empresa, são responsáveis pelas consequências de atos praticados em desacordo com os deveres legais, dentre os quais destaca-se o dever de diligência, o que não significa de modo algum que as decisões tenham que ser conservadoras e não possam gerar prejuízos, mas apenas e tão somente que foram executadas com cuidado e estratégia (TOKARS, 2017).

Nem sempre as decisões tomadas pelos diretores das estatais e pelos conselheiros serão profícuas e atingirão o fim colimado, eis que há o risco inerente a qualquer negócio empresarial independentemente de se tratar da coisa pública. Há que se observar o trato escorreito da legislação que obviamente pode ser interpretada de diversas maneiras, sem, contudo, significar que o entendimento diverso de um órgão de controle à interpretação formulada pela Estatal configure ilegalidade, desde que a decisão seja minimamente fundamentada, proporcional e razoável.

Assim sendo, têm-se que a decisão razoável, proporcional é antecedida de diligências, ou seja, após a análise criteriosa de todos elementos que interferem no

ato, não havendo como dito que se falar em obrigação de acertar do Administrador, mas apenas e tão somente de conhecer todos os fatos envolvidos de modo que, posteriormente, seja possível depreender que se a decisão não gerar os resultados esperados, ao menos foi devidamente precedida das análises de estilo (TOKARS, 2017).

Conclui-se que questões intrincadas que possam engessar a Administração e até mesmo prejudicar o interesse público, mas que se forem tratadas preventivamente através de técnicas de governança corporativa consensual e com celeridade podem conferir maior segurança e legitimidade aos atos e decisões administrativas.

4 OS PARCEIROS PRIVADOS E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

O alcance do desenvolvimento social por meio das contratações das empresas públicas consoante abordado no presente trabalho, certamente encontrará óbices no campo legal, na doutrina, na jurisprudência, bem como quanto a sustentabilidade econômica, operacional e técnica, o que, contudo, instiga superar os desafios que surgirão para efetivar políticas públicas no âmbito das contratações das estatais.

Têm-se que a contratação pública em sua função primária, visa alcançar o objeto contratual, seja uma obra, um bem ou serviço, enquanto a função derivada, de realização de fim público adicional, como o ora proposto, certamente pode conduzir o processo para valores antagônicos, o que tende a gerar debates no âmbito da contratação, já que de um lado a função primária se pauta na isonomia, competição e eficiência e de outro a função derivada busca valores distributivos e de equidade material (ZAGO, 2018).

Nesse sentido, hodiernamente o legislador pátrio dotou as contratações públicas de instrumentos indiretos para implantar políticas públicas, com a inclusão nos editais de requisitos não relacionados diretamente ao objeto a ser contratado, tal qual a indicação de fornecedores locais, ou estabelecimento de exigência de utilização de mão de obra específica, tal qual como trabalhadores ex-presidiários, ou preferências para empresas de pequeno porte ou de produtos nacionais e também questões relacionadas ao meio ambiente, o que equivale ao política parafiscalidade ou extrafiscalidade no âmbito do Direito Tributário, com cuja tributação busca estimular ou desestimular condutas, para alcançar fins públicos relevantes (ZAGO, 2018).

Sabe-se que a preocupação com a função social da empresa está materializada na Constituição Federal no artigo 173, § 1º, I, que determinou que o estatuto das empresas públicas seria regulamentado por lei, sendo certo que a Lei das Sociedade anônimas tratou do tema de forma mais fluída, enquanto a 13.303/16

delineou de forma mais contundente o campo de atuação e discricionariedade do administrador (SILVA, 2018).

Nessa senda, o artigo 27 do Estatuto das Estatais, estabelece que as sociedades de economia mista e as empresas públicas devem realizar o interesse coletivo para atendimento a imperativo da segurança nacional conforme instrumento de autorização legal, obrigando o gestor e a direção da empresa à realizar os objetivos estatutários, sem que possa haver desvios ou flexibilização das atividades em nome da intervenção social do estado na ordem econômica, mas admite o atendimento de interesses que apesar de não atenderem ao objetivo social sejam a ele correlatos (SILVA, 2018).

As contratações das Estatais certamente poderão atender objetivos sociais, por meio das parcerias público privadas, que além de buscar a eficiência dos projetos, estabelece em seu artigo 4º que esses contratos deverão buscar sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto, o que denota a busca equilibrada entre os custos do projeto e os benefícios a serem possivelmente gerados (ZAGO, 2018).

Ainda nesse contexto, mas de forma mais abrangente, o artigo 27 da Lei 13.303/2016 estabelece a possibilidade de celebração de convênios ou contrato de patrocínio com o objetivo de promoção e atividades culturais e sociais, o que em última instância também vai ao encontro do quanto tratado no presente trabalho, que é o dever do estado de garantir à todos, mas em especial a cidadãos e grupos vulneráveis acesso à educação, esporte, lazer, cultura e saúde por meio de bens e serviços a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais.

Assim, outros fatores podem nortear os objetos das contratações estatais, tais como custos e benefícios socioeconômicos, além de obviamente de critérios técnicos qualitativos, de modo que se passa também a ponderar a eficiência da contratação com valores relacionados à justiça distributiva (ZAGO, 2018).

Não se pode olvidar que as contratações estatais movimentam enormes quantias, sendo que no Brasil representam considerável parcela do produto interno bruto, assim como em diversos outros países, o que à toda obviedade atrai atores externos para compor as compras e contratações dos estados membros, municípios e por consequência das empresas públicas (ZAGO, 2018).

Destarte, a globalização mundial tem o condão de oferecer bens e serviços necessários a manter a dignidade da pessoa humana, sendo imperiosa a necessidade de produção de riqueza pelo mercado para melhor atender as condições de vida das pessoas (BENACCHIO, 2018).

Nesse diapasão, as estatais nacionais têm o poder de fomentar o desenvolvimento social derivado das contratações públicas, atraindo empresas globalizadas, alavancando parcerias público privadas, ou concessões de direito real de uso, de modo a fomentar a eficiência e a equidade na distribuição do resultado obtido pelos parceiros privados que atuam no mercado.

Compete ao direito (administrativo e econômico) indicar as finalidades e ordenar o funcionamento do mercado em que suas estatais estão inseridas, já que “o mercado envolve uma escolha política jurídica da sociedade” (BENACCHIO, 2018, p. 37), não sendo uma realidade social preexistente ao Direito, “pelo contrário o mercado faz parte da realidade econômica, social e jurídica” (BENACCHIO, 2018, p. 37), tendo a finalidade e o dever de fomentar o desenvolvimento das pessoas em todos os seus aspectos.

Em sendo o mercado um *locus artificialis* e não um *locus naturalis* consoante escólio de Irti (2004), cabe ao estado por meio de suas estatais construir uma ordem normativa em suas contratações capaz de atender suas necessidades primárias e fomentar o desenvolvimento social nos termos propostos no presente trabalho.

Destarte, o estado-nação representado por suas estatais que produzem e trocam no mercado não só pode como deve proteger as relações econômicas para realizar e estender seus direitos, concebidos como meios de satisfazer as suas

necessidades, sendo papel da nação redigir uma constituição para manter a possibilidade de evolução do sistema político em conformidade com os interesses econômicos, o que no nosso caso seria interessante para planejar transformações sociais do Estado, fundada na visão de um projeto nacional de desenvolvimento reforçando a luta para a sua revitalização, como forma de tentar alterar as estruturas políticas e econômico-sociais muito problemáticas (BERCOVICI, 2013).

4.1 O fomento ao desenvolvimento social pela licitação

Atualmente, existem diversas normas que fomentam funções derivadas da contratação pública, sendo certo que as relacionadas ao meio ambiente tomaram conta do cenário mundial, valendo destacar o papel e a responsabilidade do Estado enquanto regulamentador e consumidor de bens e serviços, sobretudo quando se toma em conta que 16% do Produto Interno Bruto da União Europeia deve-se às contratações públicas (REQUI, 2011).

Ressalta-se que as contratações públicas passam por novo panorama cujo critério fundamental não é exclusivamente econômico, uma vez que atualmente há a obrigação de considerar valores socioambientais, sopesando tais fatores com o preço adequado (REQUI, 2011).

Na União Europeia o Caso Concórdia Bus, julgado pelo seu Tribunal de Justiça, contribuiu para a promoção de mudanças normativas, levadas a efeito com as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, relativas aos contratos públicos. Tais normas permitem expressamente a inclusão de critérios ambientais no julgamento das propostas (REQUI, 2011).

No Brasil, a edição da Lei nº 12.349, de 16 de dezembro de 2010, alterou a Lei nº 8.666/93, e trouxe mudanças no que tange aos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional sustentável e do fomento ao mercado interno, sendo certo que o art. 3º da Lei nº 8.666/93, abarcou dentre os princípios norteadores das licitações a questão ambiental e o segundo está disciplinado no tratamento de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas

brasileiras, nos §§ 5º a 13 do mesmo dispositivo, fomentando o sistema preferencias (BICALHO, 2013).

Referida alteração explicitou na Lei Geral de Licitações os comandos dos artigos 170, inciso VI e 225 da Constituição Federal, que consagram como pedra fundamental a defesa ao meio ambiente, para a regulamentação do conteúdo dos artigos 218 e 219 da Carta Magna, que tratam da obrigação constitucional estatal de zelar pelo fomento e desenvolvimento do mercado interno. Nessa toada a Lei de Licitações a partir da Lei nº 12.349/10 reforçou o uso da licitação e do poder de compra do Estado para regulação de mercado e de indução ao desenvolvimento do País (BICALHO, 2013).

Nota-se que o presente trabalho aborda a temática do desenvolvimento social de forma congênere, mas sem que isso se torne cogente tal implementação, consoante se deu com as questões de meio ambiente, pois a Lei 12.349, de 16 de dezembro de 2010 impôs política pública para fazer valer o poder de compra do Estado no estímulo à sustentabilidade, com base no tripé econômico, social e ambiental relacionando a sustentabilidade, ao objeto da licitação e determinando que o ato convocatório deve definir o objeto da licitação, observando os aspectos econômico, social e ambiental, cada um na sua devida medida e peculiaridade (FURTADO, 2012).

Tanto na hipótese proposta no presente trabalho, relativa a utilização das contratações para alcançar o desenvolvimento social, como na questão ambiental, é preciso verificar amplo espectro que se busca alcançar, de caráter constitucional, vinculativo e pautado pelo alcance de igualdade (FREITAS, 2011).

Nesse cenário, em que a contratação pública torna-se instrumento de fomento ao desenvolvimento socioambiental e reflexo do novo Estado, a escolha quanto ao uso da função derivada, perpassará pela questão da disponibilidade de recursos públicos, sendo que havendo diversos objetivos que podem ser objetivados pela contratação estatal, pode ser inviável impor que a contratação alcance a todos

simultaneamente – surgindo a necessidade de escolhas e de definições sobre quais valores prevalecerão, quando e com quais condições (ZAGO, 2018).

De outro giro, insta trazer à colação a observação de Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Ana Luiza Gomes de Araújo e Maria Isabel Araújo Rodrigues, que sopesada com questões relativas aos critérios de ponderação referentes à sustentabilidade, descrição do objeto, sua natureza e características, ou seja, aos conflitos correlacionados ao tema em foco, sem descurar da necessária observância das normas específicas aplicáveis à espécie, assentaram que "a economicidade a ser tutelada é aquela que prioriza o desenvolvimento sustentável" (PINTO; ARAÚJO; RODRIGUES, 2013, p. 9).

A toda obviedade a inclusão numa contratação pública de critérios de julgamento ou definição do escopo acessórios ao objeto necessário para atender à necessidade primária do ente estatal, certamente trará tensões, o que, contudo, determinará novo *modus operandi* das licitações e implicará numa mudança cultural diante da novidade sistematizada na legislação no trato da sustentabilidade, ou na adoção de objetos multifacetados, no caso por exemplo de uma parceria público provada para construção e operação de uma rodovia com obrigação acessória de construção de creches, bibliotecas, quadras dentre outros equipamentos ao longo do percurso.

Outra questão que se coloca, é a de quem decidirá sobre tal alocação, e como essa decisão será tomada, sendo que o debate acerca da institucionalização da função derivada, relaciona-se com o aperfeiçoamento do procedimento de tomada de decisão quanto à alocação de recursos públicos. Tal decisão poderá passar pelo legislador ou pelo ente público contratante, sendo pertinente debater qual o grau de normatização a ser estabelecida: lei em sentido estrito; regulamento (com normatização geral e abstrata, bem como centralizada no chefe do Executivo, se for por decreto); e procedimento de contratação, notadamente por meio do edital (ZAGO, 2018).

No âmbito das questões ambientais, encontram-se soluções híbridas, eis que existem decretos, leis, normas, e até mesmo disposições de editais que

regulamentam e fomentam o desenvolvimento nacional sustentável, enquanto no que concerne ao desenvolvimento social ora proposto há que se buscar o diálogo com a iniciativa privada como forma de aperfeiçoar a hipótese ora proposta.

4.2 A relevância do diálogo prévio com o setor privado

Em alguns países, as necessidades públicas são precedidas de negociação com o rol de potenciais interessados de modo a adequar o objeto, as obrigações contratuais, e especificidades do contratado vindouro, com o condão de aumentar a eficiência da contratação, sendo que os fins derivados são utilizados pelo Estado como moeda de troca com os interessados em busca de melhores condições técnicas e econômicas durante o processo de escolha da melhor proposta, o que permite que a negociação forme um “benchmarking”²⁶ interno dos custos da contratação (e dos fins derivados), na medida em que faculta-se aos privados a apresentação de propostas de objetos derivados com diferentes condições técnicas e econômicas, o que possibilita a comparação pelo ente contratante com o fim de estabelecer o melhor formato (ZAGO, 2018).

Isso, permite que o Estado tenha elementos para efetivamente analisar a viabilidade de satisfação do fim derivado (objeto acessório com objetivo de desenvolvimento social), por parte do mercado, ou seja, se há “*know how*”²⁷ para absorver e cumprir as características e condições estabelecidas no edital (ZAGO, 2018).

No sistema jurídico brasileiro de contratações públicas a efetiva negociação entre ente contratante e potenciais interessados encontra guarida no procedimento da manifestação de interesse, consoante abordado no segundo capítulo que permite a participação de interessados no processo de contratação na fase de concepção do projeto.

²⁶ Processo de avaliação da empresa em relação à concorrência, por meio do qual incorpora os melhores desempenhos de outras empresas e/ou aperfeiçoa os seus próprios métodos.

²⁷ Capacidade, conhecimento, tecnologia.

Indubitavelmente a inserção de disposições desse jaez tende a causar impactos contratação, podendo se tornar apenas mais uma obrigação a ser monetizada pelos interessados e repassada no preço da proposta ofertada (ZAGO, 2018).

Não obstante, as leis regentes estabelecem mecanismos que permitem não apenas o prévio diálogo com o mercado, mas como a potencialização dos fornecedores, com a possibilidade de contratar consórcios de empresas, bem como das Estatais figurarem como contratantes nas parcerias público privadas, a contratação de sociedades de propósito específico, cadastramento, registro de preços, catálogo eletrônico de padronização, audiências públicas e procedimentos de pré-qualificação permanente.

Não há novidade nos procedimentos descritos acima, pois retratam experiências análogas que há muito são utilizadas em processos licitatórios de estatais e outros entes da Administração, valendo destacar que a inclusão explícita deles na Lei 13.303/2016 busca impor maior eficiência às contratações, encurtando etapas, economizando procedimentos complexos e demorados, sobretudo para as empresas estatais que atuam no mercado competitivos. (NEGRINI, 2018).

Nota-se que parte dos procedimentos supra se voltam ordinariamente as contratações comuns, padronizadas e de bens considerados de prateleiras, o que, no entanto, não obsta que parte deles seja utilizado para o alcance do desiderato deste trabalho.

Nesse sentido, propõe-se a adoção da pré-qualificação em conjunto com a manifestação de interesse privado como ferramentas prioritárias para o alcance do desenvolvimento social de forma acessória às contratações das Estatais, com o que estará se concretizando a efetiva democratização das contratações, desde que observados requisitos objetivos e pautados na eficiência que se espera do Estado.

Destrata-se, a seguir abordar-se a pré-qualificação permanente precedida da manifestação de interesse com fulcro no dever do estado de identificar entre os

privados aqueles com capacidade de contribuir para garantir a todos, mas em especial a cidadãos e grupos vulneráveis acesso à educação, esporte, lazer, cultura e saúde por meio de bens e serviços a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais.

4.3 A pré-qualificação permanente voltada ao desenvolvimento social

Inicialmente, cumpre destacar que a finalidade da pré-qualificação é de auxiliar a Administração no processo de seleção de seus contratados, trazendo segurança e eficiência aos trâmites de contratações recorrentes, motivo pelo qual este procedimento deve ser permanente, contínuo e ininterrupto, aberto a todos aqueles que possuem interesse na previa qualificação.

O procedimento pode ter validade de até um ano, e, ser atualizado a qualquer tempo, garantindo ao pré-qualificado validade de até doze meses, exceção feita às hipóteses de expiração da validade dos documentos antes de tal período.

Cabe destacar que o procedimento previsto na Lei nº 13.303/2016 para a pré-qualificação é diferente daquele previsto na Lei nº 8.666/1993, sendo certo que o artigo 114 da Lei nº 8.666/1993 está relacionado a uma prévia de licitação certa e determinada, objetivando a verificação de requisitos técnicos, enquanto, a Lei nº 13.303/2016 permite a antecipação da qualificação, não para uma disputa específica, mas como mecanismo facilitador em contratações recorrentes para a Administração contratante, uma vez que almeja verificar requisitos técnicos, e qualitativos do licitante ou do objeto a ser contratado.

Na Lei Geral de Licitações a utilização desse procedimento está correlacionada a complexidade, enquanto na Lei das Estatais não há tal exigência, independentemente de sua complexidade (NEGRINI, 2018).

A origem da pré-qualificação é o Decreto-lei nº 2.300/1986, que tratava o procedimento como como etapa anterior e distinta da licitação, consistia na dissociação da fase de habilitação do restante da licitação, o que deu ensejo a

edição do Decreto-lei nº 99.257/1990, específico para a contratação de agência de publicidade. Pode-se dizer que antes da Lei nº 8.666/1993, o procedimento aplicava-se a toda a etapa de habilitação e posteriormente passou a ser vista em sentido estritamente técnico, conferindo rigor à escolha de parceiro, de modo a definir quem terá legitimidade para apresentar proposta, buscando eficiência e economicidade com a redução de riscos. De outro lado, uma vez pré-qualificado, confere ao particular maior chance de ter sua proposta aceita, sendo recomendável lançar mão dela quando a Administração não tiver meio mais profícuo para redução de riscos em face da alta especialização da pessoa e das peculiaridades técnicas do objeto (CASTRO; MENDES, 2010).

A nova lei abarcou um procedimento permanente para contratações corriqueiras, o que pode ser estendido à hipótese de pré-seleção de eventuais parceiros da Administração que se enquadrem no desiderato do presente trabalho que é a conjugação da contratação de obras, serviços, concessões de serviços, ou de concessão de espaço com atividades voltadas ao desenvolvimento social.

Nessa toada a legislação confere discricionariedade às empresas públicas que poderão avaliar previamente a complexidade técnica da obra ou serviço, os prazos previstos para sua duração, os locais, as condições de contratação e a qualidade, de modo a restringir a participação em licitações aos produtos e fornecedores previamente qualificados (NEGRINI, 2018).

Como se vê, a nova Lei flexibilizou a fase interna da licitação em harmonia com o princípio da eficiência insculpido na Constituição Federal, com o que a prévia qualificação pode ser usada de forma permanente, quer seja para bens e serviços comuns ou para o alcance de fins de maior lastro, como o desenvolvimento social.

Assim o objetivo de organizar a sociedade em função do bem comum e não somente aos interesses de uma parcela determina a busca de novos mercados e da obtenção de maiores alternativas ao Estado, sem olvidar que o lucro, objetivo das empresas que participam de licitações, fomenta atitudes ou comportamentos que muitas vezes se distanciam dos padrões éticos, que aqui se conceitua como o

conjunto de normas que regem a conduta humana, e deve ser observado não apenas nas relações entre os particulares, mas também aplicado no exercício da atividade empresarial (OLIVEIRA, 2018).

4.4 A inovação e os procedimentos de diálogo com o parceiro privado

É cediço que a ordem econômica e social, o progresso e atendimento das necessidades humanas dependem do adequado funcionamento do mercado e da equânime distribuição das riquezas e que a dificuldade do Estado para regular as atividades das empresas está intimamente ligada a economia globalizada, se fazendo cogente o controle e direcionamento da atividade empresarial para realização dos valores humanos (BENACCHIO, 2019).

No atual contexto social, a realização dos valores humanos está correlacionada à economia, pois, sem a atividade empresarial, não há desenvolvimento, uma vez que as empresas são fontes de renda e emprego e vetores de movimentação do capital. Entretanto a empresa por si só não representa determinada atividade econômica, e diante dessa abstração é preciso a busca incessante do protagonismo das pessoas naturais no exercício da empresa (POSSATO; MEYER-PFLUG MARQUES, 2019).

Assim como os empreendedores privados “assumem o risco do negócio e exercem o empreendedorismo criando novos produtos, novos métodos de produção e novos mercados, em um “processo de destruição criativa” em que “se desconstrói o velho para criar o novo” (POSSATO; MEYER-PFLUG MARQUES, 2019, p. 303), entende-se que cabe aos agentes públicos e aos operadores do direito público a busca por inovação nos procedimentos para alcançar resultados mais profícuos.

Nesse caminho, os procedimentos da manifestação de interesse privado e o de pré-qualificação permanente abrem às Estatais a possibilidade de se valer da iniciativa privada para tornar mais eficientes suas contratações no que tange aos aspectos técnicos operacionais, bem como, e, em especial no que se refere ao desenvolvimento social consoante ora se propõe.

4.4.1 Hipótese de identificação de escopo com potencial de aglutinação de serviço acessório

É sabido que o quanto proposto certamente pode ser refutado no âmbito prático das contratações das estatais, o que se espera em tom veemente, uma vez que a adoção de procedimentos em tela com o desiderato proposto, se vislumbra teoricamente plausível se efetuada interpretação extensiva e não teleológica dos procedimentos da manifestação de interesse, da parceria público privada e dos demais procedimentos auxiliares citados, que apesar de antes contemplados no ordenamento jurídico não encontravam espaço para tal leitura.

Contudo, considerando as vultosas quantias de valores desviados pela corrupção, e as constantes contratações deflagradas sem o mínimo planejamento, entende-se que os procedimentos acima podem configurar uma nova pedra de toque para a Administração, mesmo que seja apenas e tão somente para aperfeiçoar e tornar mais eficiente as contratações estatais.

Não obstante, na hipótese de restar possível a implementação da ideia ora em exame, passa-se a tratar a seguir como se vislumbra sua aplicabilidade.

Assim sendo coloca-se a hipótese de uma empresa pública prestadora de serviços de transporte de passageiros que ambicione expandir determinada linha de trem, contemplando a construção de 5 estações, em bairros pobres da periferia de uma grande cidade brasileira.

Tendo em vista o contexto ora apresentado, a empresa pública prestadora de serviços de transporte de passageiros almeja a contratação de uma parceria público privada para a construção das linhas, estações e manutenção das instalações por 20 anos.

No caso, a Administração Pública pela Estatal deverá lançar à praça um edital de licitação para celebrar uma concessão administrativa, em que a Administração

Pública figurará como usuária (direta ou indireta) do serviço, já que envolverá a execução de obra e o fornecimento e a instalação de bens (DALL'OLIO, 2018).

Relevante rememorar que é vedada a celebração de contrato de parceria público privada para ajustes de valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), com prazo inferior a 5 e superior a 35 anos e que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Nessa senda, o objeto do contrato tratado na hipótese seria a execução obras e a manutenção das instalações e equipamentos das estações pelo período de 20 anos com a possibilidade de exploração comercial dos espaços não afetados pela prestação dos serviços de transporte de passageiros à população. Frise-se que no caso a Administração se valeira da PPP para a construção e manutenção das instalações, no que estão incluídos serviços de zeladoria, segurança operacional, limpeza e manutenções prediais, manutenção de escadas rolantes, sistemas de vigilância eletrônica, sistemas de controle de entrada, detecção de incêndio, sistemas de comunicação sonoro e visual, substituição de equipamentos obsoletos, que ficariam como encargo da parceira privada vencedora do edital da PPP.

Assim, a Administração contratante entende que nestas cinco estações de trem é possível a construção, nos espaços que não estão afetos à prestação dos serviços de transporte, de creches, quadras, academias de ginásticas, teatros, bibliotecas, eis que a população local não possui opções de esporte, lazer e cultura, e ali há a oportunidade do Estado valer-se da licitação para implementar medidas tendentes a possibilitar o acesso de grupos de cidadãos vulneráveis ao esporte, cultura e lazer de forma acessória à contratação da expansão da linha férrea.

Veja que a Administração poderá se valer da audiência pública para oitiva da sociedade, o que, na prática, não necessariamente redundará em ações que possam influenciar as decisões o contratante, uma vez que normalmente, quando se ouve a população e os interessados, todos os caminhos já estão muito bem definidos.

A adoção da Manifestação de Interesse Privado pode proporcionar estudos de viabilidade técnica, econômica e operacional que eventualmente tem o potencial de agregar elementos e corrigir eventuais equívocos da Administração.

Veja que na hipótese tratada, grandes empreiteiras poderão avaliar as demandas de cunho social incluídas no objeto e se for o caso até mesmo aprimorá-las, sem que isso redunde em custos à Administração, uma vez que consoante exposto tal custo à *priori* é absorvido pelos interessados.

Suponha-se que a ideia em tela seja profícua e que de fato o mercado acolha a parceria público privada, apresentando propostas para a construção de duas creches, duas bibliotecas e uma quadra de esportes nas cinco estações. Tais equipamentos acessórios ao objeto da licitação seriam incorporados pela futura contratada no custo da exploração comercial que se aperfeiçoará, sendo certo que o Poder Público estará beneficiando não apenas os passageiros que utilizam o serviço de transporte, como os lindeiros da ferrovia que no caso hipotético vivem na periferia de uma cidade grande, local desprovido de equipamentos urbanos desse jaez.

Em sendo verdadeira tal possibilidade, a Estatal poderia se valer do procedimento da pré-qualificação para indicar ao parceiro privado empresas aptas à execução desses objetos acessórios, com o que se almejaria mitigar a eventual ocorrência de sobrepreços e superfaturamentos nos serviços com cunho social de desenvolvimento local, já que previamente analisados e qualificados pelo Estado com esteio em regras objetivas e isonômicas.

À toda obviedade uma contratação dessa espécie deverá observar *in totum* as disposições do ordenamento jurídico vigente – especialmente os objetivos fundamentais da República, os princípios norteadores da gestão pública, as normas gerais de finanças públicas e os princípios gerais da atividade econômica da República (arts. 5º, 37, 163 e 170 da Lei Maior), sendo cogente que os pactos observem as diretrizes (art. 4º da Lei nº 11.079/2004) de eficiência das missões do Estado e de emprego de recursos da sociedade; respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução;

indelegabilidade das funções regulatória, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; transparência dos procedimentos e das decisões; repartição objetiva de riscos entre as partes; e sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (DALL'OLIO, 2018), o que precisa ser adequado ao tema em debate de modo que o Estado envide esforços para garantir a todos, mas em especial a cidadãos e grupos vulneráveis acesso à educação, esporte, lazer, cultura e saúde por meio de bens e serviços a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais.

CONCLUSÃO

A desigualdade social no Brasil ainda marca nossa sociedade, sendo certo que as políticas públicas são essenciais para enfrentamento dessa condição, seja na vertente social ou nas vertentes de ordem econômica e de infraestrutura, que no presente trabalho não se apresentam como dicotômicas, uma vez que analisadas com fulcro no desenvolvimento (COHN, 2013).

Não se pode olvidar que a Constituição Federal, artigo 3º, III explicitamente dispõe sobre a erradicação da pobreza e da marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Nesse contexto, impende sempre debater o papel do Estado para o desenvolvimento do Brasil, o que traz a lume questões relacionadas as capacidades e aos instrumentos que o Estado brasileiro dispõe ou precisa desenvolver, para planejar e coordenar seu desenvolvimento em sentido multifacetado e complexo (CARDOSO JR. PINTO; LINHARES, 2013).

Assim sendo, é preciso detectar os instrumentos governamentais para o Estado efetivar o planejamento, destacando-se dentre tais instrumentos, as empresas estatais, que podem ser acionados pelo Estado para dar concretude a decisões relativas aos investimentos, com poder para induzir políticas públicas e por consequência determinar as dinâmicas sociais (CARDOSO JR; PINTO; LINHARES, 2013), em conjunto com a iniciativa privada, por intermédio das contratações realizadas por meio de licitações, bem planejadas e democraticamente construídas, ou seja, com a efetiva participação da sociedade.

Em se tratando de desenvolvimento é preciso buscar “democratizar a democracia” para possibilitar efetivar valores relativos igualdade social, de modo que sejam ultrapassados conceitos que associam a regularidade de regras bem definidas e estáveis, tal qual a legalidade estrita, havendo que se buscar o papel do Estado, não com fim em si mesmo, mas como instrumento potencial para a

ampliação da esfera pública, como agente fundamental no processo de desenvolvimento (CARDOSO JR; PINTO; LINHARES, 2013).

No que tange às questões afetas à legalidade inerentes à conjugação das normas e aos princípios constitucionais e de direito administrativo, oportuno trazer a citação de Bercovici (2013, p. 629):

O direito constitucional estabelece os parâmetros do direito administrativo. É incorreto aceitar acriticamente conceitos e princípios pré-constitucionais somente por estarem consolidados na doutrina administrativista, (...) A constituição obriga a reformulação, mesmo que parcial, de todas as categorias do direito administrativo (...). Apesar disso, as relações entre o direito constitucional e o direito administrativo são, ainda, difíceis. Ao mesmo tempo que as constituições do século XX incorporaram os conflitos sociais e econômicos e buscaram se remodelar, conjuntamente, com as mudanças estruturais sofridas pelo Estado, o direito administrativo continuou preso aos mesmos moldes liberais do século XIX, entendendo o Estado como um inimigo. Nestes termos, fundados na cisão Estado e sociedade (= mercado), a única tarefa do direito administrativo é a defesa do indivíduo contra o Estado (...). Assim, as formas clássicas do direito administrativo são, geralmente, insuficientes para as necessidades prestacionistas do Estado social (...). Estas dificuldades são mais graves quando se constata que a realização dos programas constitucionais não depende dos operadores jurídicos, mas de inúmeros outros fatores, aumentando a margem de manobra da administração pública. A constituição também depende desta para ser concretizada. Este "protagonismo político" da administração, como ressalta Paulo Otero, está bem longe da tradição administrativista liberal. A necessidade de construção de um direito administrativo dinâmico, a serviço da concretização dos direitos fundamentais e da constituição, é cada vez mais necessária (...).

Insta salientar que nos termos da Constituição Federal de 1988, as empresas estatais estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento, sendo certo que o interesse público é o fundamento para a iniciativa econômica pública e, no Brasil, esta iniciativa pública se dá pelo cumprimento dos requisitos constitucionais e legais fixados para a sua atuação, com o que a criação de uma empresa estatal, como uma sociedade de economia mista ou uma empresa pública, é um ato de política econômica (BERCOVICI, 2013), o que analisado à luz do presente trabalho, torna crível estender os objetivos constitucionais às contratações realizadas via licitação com a precedente utilização da manifestação de interesse privado voltada ao desenvolvimento multifacetado, em especial do social que caracteriza-se pelo dever do estado de garantir à todos, mas em especial a cidadãos e grupos vulneráveis acesso à educação, esporte, lazer, cultura e saúde por meio de

bens e serviços a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais.

Importa consignar que os objetivos das empresas estatais estão dispostos nas respectivas leis de criação, sendo defeso aos agentes públicos furtarem-se destes, sob pena de desvio de finalidade, motivo pelo qual entende-se que a intelecção dos temas aqui tratados não tem o condão de infringir a finalidade para as quais tais entes são criados, uma vez que a finalidade de qualquer ente da administração é obter um resultado de interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei (BERCOVICI, 2013).

Por estes motivos, destaca-se a evolução do princípio da legalidade, que como dito não comporta interpretação retrograda do antigo Direito Administrativo, uma vez que a legalidade não pode servir como ferramenta de punição e trava ao desenvolvimento, o que precisa ser muito bem avaliado pelos órgãos de controle externo, sobretudo quando analisada parcerias público privadas, a aplicação do lobby, a pré-qualificação permanente e em especial a manifestação de interesse privado que tem extremo potencial para desenvolver atividades acessórias com condão de fomentar o lucro do empresário e desenvolver questões sociais, consoante abordado nos capítulos anteriores.

Verifica-se que o exemplo tratado no capítulo anterior, certamente pode ser melhor aperfeiçoado com a participação multidisciplinar de profissionais que efetivamente atuam no campo da assistência social e o efetivo diálogo com as empresas privadas e seus representantes, bem como ambientalistas, engenheiros e advogados das estatais, que precisam envidar esforços para dialogar previamente a deflagração de editais, pois com certeza o Estado perde oportunidades de fomentar o desenvolvimento social nos termos propostos, pela simples falta de diálogo e de diagnóstico e percepção de que a inclusão de um item com viés social num contrato de infraestrutura pode contribuir sensivelmente para o desenvolvimento de uma parcela da sociedade que vive em condição vulnerável.

Por esses motivos é preciso que o contexto das decisões tomadas pelos agentes públicos, seja sopesado, e que a sociedade proponha a implementação de outras finalidades e efeitos para as contratações das estatais, o que precisa vir acompanhado de governança pública em sentido amplo, ou seja com a participação efetiva dos órgãos de controle, interno e externos *pari passu* as decisões, com foco na desburocratização e implementação de medidas modernas e inovadoras, que possam ser objeto de manifestações de interesse privado, de pré-qualificações permanentes, de audiências públicas, e de parcerias público privadas, sem que isso seja obstado pelo conservadorismo que assola a atuação de muitos administradores públicos.

Conclui-se que o aumento do diálogo entre os atores públicos e privados de forma equilibrada, isonômica, pública, legal, proba, e eficiente não somente tem o condão de reduzir desvios como têm força para fomentar o desenvolvimento social aqui tratado como o dever do estado de garantir saúde, educação, esporte, lazer e cultura por meio de bens e serviços, a serem inseridos de forma acessória nos objetos das contratações das empresas estatais, para suprir necessidades especificamente de cidadãos e grupos vulneráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Princípio da Juridicidade X Princípio da Legalidade Estrita nas Licitações Públicas**: análise prática da Admissibilidade de juntada posterior de documento no procedimento licitatório 262/193/MAR/2010. Curitiba: Editora Zênite, 2010.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos Araújo. **Alcance e Limitações no Controle Externo da Administração Pública**. Doutrina - 1066/58/dez/1998. Curitiba: Editora Zênite, 1998.

ARAUJO, Thiago Cardoso. **Função Pedagógica na Jurisprudência do TCU E Retroalimentação Legislativa**. Doutrina - 250/301/MAR/2019. Curitiba: Editora Zênite, 2019.

ASSEF, Mayara Segalla Savoia. Os Riscos Públicos e Privados Do PMI. **Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, Zênite, n. 286, dez. 2017

AVELLEDA, Sergio H. Passos. **Risco Administrativo e Improbidade**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2019/11/riscodeadministrativoeimprobidade.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 5 nov. 2019.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico**: O Estado como agente normativo e regulador na exploração de atividades econômicas

e na prestação de serviços públicos. Doutrina/Parecer - 305/50/ABR. São Paulo: Zênite, 1998.

_____. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico** – Sociedade de Economia Mista – Abuso do Poder Econômico. Rio de Janeiro, v. 212, p. 303-323, Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47188/45618> Acesso em: 17 jul. 2019, p. 321.

BENACCHIO, Marcelo. A ordem jurídica do mercado na economia globalizada. In: JORGE, Andre Guilherme Lemos; ADEODATO, João Mauricio; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira (Org.). **Direito Empresarial: Estruturas e Regulação**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2018.

_____. Empresa e Direitos Humanos. In: JORGE, Andre Guilherme Lemos. et al. **Coletânea da Atividade Negocial** São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **O Poder Constituinte do Povo no Brasil: um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte**. São Paulo: Lua Nova, 2013.

_____. **A Atuação do Estado Brasileiro no Domínio Econômico**. Estado, Instituições e Democracia. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. 2013.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A Ressignificação do Princípio da Finalidade da Licitação à Luz do Desenvolvimento Nacional Sustentável. **Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 238, p. 1245-1254, dez. 2013.

BORGES, Alice Gonzalez. **O Direito Administrativo e a Realidade Política e Social Brasileira Atual**. Pronunciamento feito por ocasião da posse na Cadeira nº 30, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, em Salvador, no dia 5 de junho de 1997. Comentários - 616/42/AGO/1997. São Paulo: Editora Zênite, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. **Exposição oral, em painel do "19º Encontro Nacional de Procuradores Municipais", realizado em Salvador, 1993** - Doutrina - 661/31/SET/1996. São Paulo: Editora Zênite, 1993. Disponível em: <https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/3cfc8fc1-8ead-4f61-bc48-af63f19bca0b?tt=revis%E3o+ato+administrativo+pelo+judici%E1rio>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BUGARIN, Bento José. Evolução do Controle Externo no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 32, n. 87, p.224-237, jan./mar. 2001.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. FREITAS. Sandra Neder Thomé. A Governança e a Cidadania Participativa na União Europeia. **Revista Jurídica**, vol. 01, n. 5, Curitiba, 2018.

CARDOSO JUNIOR, José Celso; PINTO, Eduardo; LINHARES, Paulo de Tarso. O Estado e o Desenvolvimento no Brasil. República, Democracia e Desenvolvimento contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. In: CARDOSO JR, José Celso; BERCOVICI. Gilberto (Org.). **Diálogos para o Desenvolvimento**. Vol. 10. IPEA. 2013.

CASTRO, Jessé de. MENDES. LUIS Felipe Bergamini. Mendes. Renato Geraldo. **O Procedimento de Pré-Qualificação na Sistemática da Lei nº 8.666/93**. Obras e Serviços de Engenharia - 1238/202/dez/2010.

CITADINI, Antonio Roque, **Cuidado com as PPPs**, Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/cuidado-com-ppps>. Acesso em: 01 nov. 2019.

COHN, Amélia. A Participação Social e os Conselhos de Políticas Públicas: Avanços e Dilemas na Institucionalização da relação Estado-Sociedade no Brasil. República, Democracia e Desenvolvimento contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. In: CARDOSO JR, José Celso; BERCOVICI. Gilberto (Org.). **Diálogos para o Desenvolvimento**. Vol. 10. IPEA. 2013.

COUTINHO, Diogo R. **A MP da Liberdade Econômica e a Mão Invisível**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-utopia-do-laissez-faire-28052019>. Acesso em: 30 out. 2019.

DALL'OLIO, Leandro Luis dos Santos. Breve Ensaio sobre as Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Web Zênite ILC**, jul. 2018.

DANTAS, Bruno. **O Risco de 'Infantilizar' a Gestão Pública**. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/o-risco-de-%E2%80%98infantilizar%E2%80%99-agemao-publica-por-bruno-dantas>. Acesso em: 20 jun. 2018.

DE LUCCA, Newton. **O Regime Jurídico da Empresa Estatal no Brasil**, Tese (Livre- Docência em Direito Comercial). Faculdade de Direito, USP, São Paulo. 1986.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira, **O Direito Concorrencial nas Escolas de Chicago e de Freiburg** – Direito Empresarial. Estruturas e Regulação. UNINOVE, 2018.

_____; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Função Social da Empresa e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: CUNHA, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Kamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; OLIVEIRA, André Luiz Mattos de Mattos. **A Função Social da Empresa e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=8728>. Acesso em: 05 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ECO, Umberto. **Tratado Geral de Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Parceria Público-Privada – Uma Visão de Controle**. Doutrina - 755/139/Set/2005. São Paulo: Editora Zênite, 2005.

_____. **Tomada de Contas Especial: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

FRAZÃO, Ana. **O Regime Societário das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Estatuto Jurídico das Estatais: Ed. Contra Correte, 116/118, 2018

_____. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha. **Licitações sustentáveis: como fazer?** **BLC**, p. 1153, dez. 2012.

_____. O poder das compras compartilhadas para o desenvolvimento sustentável. **Seminário de Compras Públicas Sustentáveis**, Brasília, 28 de maio de 2012. STJ. 2012.

GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das Parcerias Público Privadas – O procedimento de manifestação de interesse. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 252, p. 143-152, fev. 2015.

_____. A utilização dos bens públicos como instrumento de fomento e o processo de contratação com terceiros. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 263, p. 17-24, jan. 2016.

GORDILLO, Agustin. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1997, p. VIII-7.

GRASSI, Judas Tadeu Mendes. **Ambiente Empresarial Brasileiro: Mudanças, Desafios e Oportunidades**. Doutrina / Parecer / Comentários - 03/95/JAN/2002. São Paulo: Editora Zênite, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti **O Serviço Público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUEDES, Sofia Rodrigues Silvestre. A política de resíduos sólidos e as parcerias público-privadas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 244, p. 610-614, jun. 2014.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Habilitação na licitação promovida por empresa estatal e a questão da governança. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos(ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 285, p. 1067-1069, nov. 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 246, p. 749-752, ago. 2014.

GUIMARÃES, Mariana Costa, **Breves Considerações Acerca do Conceito de Serviço Público e de Atividade Econômica na visão da Doutrina Brasileira**. Doutrina - 773/139/set/2005. São Paulo: Editora Zênite, 2005.

IRTI, Natalino. **Lórdine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 2004.

JORGE, André Guilherme Lemos; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro Marques. Pressupostos Constitucionais da Intervenção do Estado no Direito Econômico. In: ADEODATO, João Mauricio; JORGE, André Guilherme Lemos; DEZEM, Renata Mota Maciel. (Org.). **Direito empresarial: estruturas e regulação**. Vol. 1. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2018.

_____. Empresa Pública. In: JORGE, Andre Guilherme Lemos et al. **Coletânea da Atividade Negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. Dialética, 2003.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. Ed. Dialética, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JUSTINO, Gustavo de Oliveira. **Governança Pública e Parcerias do Estado – A Relevância dos Acordos Administrativos para a Nova Gestão Pública**. Doutrina - 1203/178/DEZ/2008. São Paulo: Editora Zênite, 2008.

LESSA, Marília Rolemberg; PERES, Ursula Dias. **No labirinto das contas públicas: quem controla as PPPs?** Disponível em: <http://novosestudios.uol.com.br/no-labirinto-das-contas-publicas-quem-controla-as-ppps/> Acesso em: 01 nov. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana. Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das finalidades públicas. **Revista de direito público da economia**, vol. 13, n 49, p. 79-94, jan./mar. 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MATOS FILHO, José Coelho; OLIVEIRA, Carlos Wagner de. **O Processo de Privatização das Empresas Estatais Brasileiras**. Disponível em:
http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0422.pdf.1996
Acesso em: 01 nov. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MESSAGE, Eliane Rodrigues. **Governança Corporativa Aplicada à Gestão Pública por Meio do Pregão Eletrônico**. Pregão em Destaque - 1122/201/NOV/2010. São Paulo: Editora Zênite, 2010.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro Marques. **Projeto Pensando o Direito**. Série Pensando o Direito. Carta de Apresentação da Pesquisa. Uniceube, 2008.

MÖHN, Bruno Degrazia Mário Menezes. **O Tribunal de Contas da União e as Parcerias Público-Privadas**. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI10765,101048O+Tribunal+de+Contas+da+Uniao+e+as+Parcerias+PublicoPrivadas>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**. Apec, 1989.

_____. **Administração Pública consensual**, carta mensal, publicação da Confederação Nacional do Comércio, vol. 42, n. 500, p. 65.

MOROLLI, Fábio Giusto. **A Evolução do Direito Público e a Parceria com a Iniciativa Privada - Transferência de Serviços Públicos de Natureza Social.** Doutrina/Parecer - 322/50/ABR/1998. São Paulo: Editora Zênite, 1998.

MOTTA, Carlos Pinto Colho. **Perspectivas na Implantação dos sistemas de parceria público-privadas.** Doutrina - 1019/118/DEZ/2003. São Paulo: Editora Zênite, 2003.

MUKAI, Toshio. **O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NEGRINI, João. Os Procedimentos Auxiliares de Licitação na Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; DAL POZZO, Augusto Neves (Orgs.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais.** São Paulo: Contracorrente, 2018.

OLIVEIRA, André Luiz Mattos de. **A Função Social da Empresa em face dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: Necessidade de Concretização.** [Dissertação de Mestrado da Universidade Nove de Julho]-UNINOVE, 2019.

PARGENDLER, Mariana. **O Estado brasileiro como acionista: Lições do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratações sustentáveis – Considerações sobre políticas públicas, governança ambiental e a nova Lei nº 12.349/10. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 219, p. 503-510, maio 2012.

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha; ARAUJO, Ana Luiza Gomes de; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. Compras públicas sustentáveis. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Contratações**

públicas - Estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal**. Função Econômica e Dilemas Societários. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **O Estado Como Acionista Controlador**. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

PÍTSICA, George B. P. **A jurisprudência dos Tribunais de Contas**: princípios e elementos determinantes com vistas à integração. 2014. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale de Itajaí, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2014.

REQUI, Erica Miranda dos Santos. **I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Curitiba: Editora Zênite, 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; NAVARRO, Lucas. **Comentários à Lei de PPP fundamentos econômicos-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Concessões, permissões, PPP's, RDC – Licitações menos comuns e seus editais – Primeira Parte. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zenite, n. 225, p. 1148-1153, nov. 2012.

ROSA, Costa. **PPP – aplicando na prática**. Doutrina - 366/158/ABR/2007. São Paulo: Editora Zênite, 2007.

ROSSI, Sérgio Ciquera; CASTRO, Sérgio de Castro Jr. Procedimentos Recursais junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Revista do TCESP nº116**, Doutrina, p. 49-55, set./06 - jan./07.

SALGADO, Tales Rodrigo. **O Conflito Público X Privado na Atuação da Sociedade de Economia Mista**. Dissertação apresentada ao Programa de

Mestrado Acadêmico em Direito (Pós-graduação stricto-sensu) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, 2018.

SAVOIA, Mayara Segalla. Os riscos públicos e privados do PMI. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 286, p. 1177-1185, dez. 2017.

SCARTEZZINI, Ana Maria G. Flaquer. **O Princípio da Continuidade do Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Roteiro para estruturação de concessões por meios do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). **Revista ZENITE – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 259, p. 828-831, set. 2015

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. As Sociedades de Economia Mista na Constituição Federal de 1988: Governança e Função Social nas Empresas Sob o Controle do Estado. In: JORGE, Andre Guilherme Lemos; ADEODATO, João Mauricio; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **Direito Empresarial: Estruturas e Regulação**. Vol. 2. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2018.

SILVA, Maria Herminia Penteadó Pacheco e. **O Controle das Empresas Estatais**. Estatuto das Empresas Estatais: Ed. Contra Corrente, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das parcerias público-privadas**. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

TACITO, Caio. A configuração Jurídica do Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, 233/373-376. Ed. Renovar. 2003.

_____. Desvios de Poder em matéria administrativa. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. 1º vol. Rio de Janeiro, RDA 38/351.

TOKARS, Fábio. Aplicação do dever de diligência aos conselheiros de administração de estatais. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 282, p. 763-764, ago. 2017.

VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fabio. Determinantes do "milagre" econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica. **Revista Brasileira de Economia**, vol. 62, n. 2. Rio de Janeiro Apr./June. 2008.