



PROCESSO	32.926-6/2018
ASSUNTO	CONSULTA
INTERESSADA	EMPRESA MATO-GROSSENSE DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO
CONSULENTE	EVARISTO GEORGIO FAVA – Diretor-Presidente da MTI
ADVOGADOS	NÃO CONSTA
RELATORA	CONSELHEIRA INTERINA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES

### RAZÕES DO VOTO

5. Inicialmente, destaco que conheço da presente Consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade exigidos pelos artigos 232 e 233, do RITCE-MT.

8. No que tange ao mérito, destaco que a Consulta formulada apresenta dúvida quanto à aplicação do artigo 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Estatais), que dispõe:

#### Seção I

##### Da Exigência de Licitação e dos Casos de Dispensa e de Inexigibilidade

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

[...]

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

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

[...] [Grifado]



9. Nos termos do quesito apresentado, o Consulente indaga se o dispositivo legal supracitado aplica-se tanto às empresas estatais **na condição de contratantes** de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus objetos sociais, quanto às situações em que **atuam como contratadas** desses mesmos serviços, produtos ou obras.

10. Como é cediço, a Lei 13.303/2016 regulamenta o teor do artigo 173, § 1º, da CF/88, que prescreve:

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

§ 1º **A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:**

[...]

**II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;**

**III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [Grifado]**

11. Nesse sentido, em consonância com a Constituição, o artigo 68, da Lei 13.303/16, prevê que os contratos celebrados pelas empresas estatais devem guiar-se por suas cláusulas, pelo disposto da própria lei e pelos preceitos de direito privado.

12. Desse modo, às empresas estatais aplica-se um **regime jurídico híbrido** às suas atividades, mesclando-se regras de direito público e de direito privado.

13. Em decorrência da vinculação com o aparelho de Estado, as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas integram a Administração Pública Indireta, o que demanda a observância de regras mínimas a garantir que suas atividades empresariais estatais atendam ao interesse público.

14. Assim, destaco, como exemplo, a exigência de prévia aprovação em **concurso público às contratações trabalhistas das empresas estatais.**



15. Por outro lado, a CF/88 determinou, também, a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, o que resultou no regime de emprego público, distinto do regime jurídico-estatutário, aos agentes públicos contratados pelas empresas estatais, bem como na não aplicação da imunidade tributária recíproca ou de privilégios ou prerrogativas não concedidos à iniciativa privada.

16. Assim, a sujeição parcial ao regime jurídico das empresas privadas busca garantir a observância aos **princípios da livre concorrência e da livre iniciativa**, evitando a criação de uma situação de desigualdade empresarial entre empresas estatais e privadas.

17. Contudo, há exceções, por escolha do legislador constituinte, uma vez que a CF/88 permitiu a intervenção estatal monopolista para certas atividades, a exemplo do transporte de cartas pessoais e comerciais, cartões-postais e correspondências agrupadas, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme elucidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADPF 46**.

18. No que concerne à licitação, a Lei 13.303/16 veicula um necessário **equilíbrio entre os princípios do Direito Administrativo e a atividade econômica do Estado**.

19. Para tanto, a citada Lei prevê, como **regra geral**, nos termos do seu artigo 28, *caput*, a obrigatoriedade de licitação para os contratos com terceiros, destinados:

[...] à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, **ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30**.  
[Grifado]

20. Quanto às referidas **ressalvas**, a Lei 13.303/16 inovou ao atualizar os limites para dispensa de licitação em razão do valor (artigo 29, I e II) e, no que concerne a esta Consulta, **a Lei permitiu contratações diretas, sem necessidade de licitar, desde**



que relacionadas com os respectivos objetos sociais das empresas estatais (artigo 28, § 3º, I e II).

21. Tal ressalva se justifica para não prejudicar o exercício da capacidade competitiva das empresas estatais, uma vez que concorrem em regime de equiparação com empresas privadas e, assim, não devem possuir privilégios nem desvantagens no exercício de atividade econômica.

22. Se assim não fosse, o procedimento burocrático e moroso da licitação comprometeria o dinamismo necessário ao regime de mercado.

23. Desse modo, em resposta à primeira parte do quesito formulado pelo Consulente, é evidente que **não se exige licitação para que empresas estatais, na condição de contratantes, adquiram produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus objetos sociais.**

24. Quanto à possibilidade de afastamento das regras de licitação previstas no artigo 28, §3º, da Lei 13.303/2006, para **aquisição de insumos necessários à elaboração dos produtos ou serviços**, o Tribunal de Contas da União já se manifestou ao analisar denúncia sobre possíveis irregularidades em Chamamento Público promovido pela Telebrás, no qual se pretendia selecionar parceiros para atender aos usuários finais dos serviços de telecomunicações. Em seu Voto, o Ministro Benjamin Zymler entendeu:

[...]

22. Assim sendo, ao prover infraestrutura e redes de suporte para o mercado, independentemente do porte da empresa adquirente, a Telebrás está exercitando a competência prevista no art. 4º, III, do Decreto nº 7.175/2010, acima transcrito. Por via de consequência, a mencionada entidade está prestando um serviço relacionado com seu objeto social, o que implica dizer que **ela está dispensada de realizar licitação, consoante o disposto no inciso I do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016**, anteriormente citado.

23. Cumpre destacar que, ao prover a infraestrutura de telecomunicação, a Telebrás atua diretamente no seu domínio econômico próprio, conforme preceitua o art. 173 da Constituição Federal de 1988, exercendo atividades finalísticas que lhe cabem por força de seu estatuto. **Nesse sentido, o procedimento de chamamento público sob comento não configura um procedimento licitatório. Na verdade, trata de um mecanismo elaborado pela empresa com o fito de, em atenção aos princípios que regem a atuação da Admi-**



**nistração Pública, conferir lisura e transparência ao processo**, não se vinculando à Lei Geral de Licitações nem a qualquer outro diploma semelhante.

[...]

(Acórdão 2033/2017. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 13/09/2017) [Grifado]

25. Portanto, conforme o julgado acima e finalizando a dúvida consultiva, **o afastamento das regras de licitação, previsto na Lei 13.303/16, abrange não apenas a atividade de comercialização de bens e serviços das estatais, mas também a aquisição de insumos necessários à elaboração desses produtos e à prestação de serviços por essas entidades**, uma vez que a imposição de regras de licitação traria rigidez e ineficiência às atividades negociais.

26. Nesse sentido, tanto a Consultoria Técnica, quanto o Ministério Público de Contas, citaram as lições dos doutrinadores Ronny Charles e Dawinson Barcelos, conforme segue:

**Nossa opinião é no sentido de que a permissiva dada pelo inciso I, do §3º do artigo 28 pode abranger tanto situações em que a estatal “vende” seus produtos e serviços, como situações específicas de contratação de fornecedores diretamente vinculados ao exercício de sua atividade econômica principal.** Assim, a referida hipótese de inobservância das regras licitatórias pode se dar tanto na “venda” direta de produtos, serviços ou obras, pela estatal, como na “aquisição” de produtos, serviços ou obras vinculadas diretamente à venda anteriormente indicada, desde que especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais.

Quando uma estatal vende seu produto, obviamente, não pode submeter esta operação comercial aos morosos trâmites licitatórios. Não faz sentido exigir que um banco estatal, por exemplo, licite a venda de seus serviços ou as aquisições relativas a sua atuação no mercado financeiro. Da mesma forma, seria um despautério exigir que uma estatal que atue na área de gás, realize licitação para venda a seus clientes consumidores. [BARCELOS, Dawinson; CHARLES, Ronny. **Da não observância das regras licitatórias na nova lei das estatais (Lei nº 13.303/2016)**. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/61192/da-nao-observancia-das-regras-licitatorias-na-nova-lei-das-estatais-lei-n-13-303-2016>. Acesso em 01 de Fev. de 2019. Grifado.]

27. Com o mesmo entendimento, em publicação do Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), Jessé Torres e Marinês Restelatto esclarecem:



Assim, a compra e venda de material básico e insumos necessários à produção de bens e serviços por empresa estatal que explore atividade econômica, assim como a comercialização desses bens e serviços, não se sujeitam à regra de licitação. [DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 18-29, jan. 2018].

28. Todavia, conforme asseverado pela Consultoria Técnica e pelo Ministério Público de Contas, **o afastamento das regras de licitação, às hipóteses acima mencionadas, não eliminam a observância de princípios da Administração Pública**, em face do regime jurídico híbrido que mencionei linhas acima e de acordo com a própria Lei 13.303/2016, de acordo com os seus artigos 31 e 68, nestes termos:

Art. 31. As licitações realizadas **e os contratos celebrados** por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a **evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.** [Grifado]

[...]

Art. 68. **Os contratos** de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, **pelo disposto nesta Lei** e pelos preceitos de direito privado. [Grifado]

29. Assim, como exemplo de aplicação dos princípios da administração pública às contratações diretas, a Lei 13.303/2016 **proibiu as operações que acarretem sobrepreço ou superfaturamento, descrevendo, inclusive, nos termos do artigo 31, § 1º, meios para obstar tais ocorrências.**

30. Destaco, ainda, as **hipóteses de impedimento para contratação**, das quais, para exemplificar, transcrevo:

Art. 38. **Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:**



[...]

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

[...]

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

[...]

**Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput:**

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 (seis) meses. [Grifado]

31. Não menos importante, e em garantia ao **princípio da publicidade**, é a exigência de divulgação, em portal específico, dos contratos e procedimentos licitatórios das estatais, nos termos dos artigos 39 e 88 da referida Lei.

32. Ressalto, também, a obrigatória **sujeição das empresas estatais ao Controle Externo de Contas**, nos termos dos artigos 85 ao 90, da Lei 13.303/2016.

33. Assim, acolho a opinião da Consultoria Técnica e do Ministério Público de Contas, uma vez que as empresas estatais, em que pesem não estarem submetidas à prévia licitação para aquisição de insumos, comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, **deve observar, por exigência constitucional e legal, os princípios que regem a atuação da Administração Pública.**

34. Diante do exposto, acolho o **Parecer 59/2018**, proferido pela Consultoria Técnica, e o **Parecer 5.630/2018**, de autoria do Excelentíssimo Procurador de Contas **Getúlio Velasco Moreira Filho**, e **VOTO** no sentido de, preliminarmente, conhecer da  
C:\Users\ladrianosilva\_int\AppData\Local\Temp\951BD2CD4A3C286D9026E2F9B9BDF47A.odt



Tribunal de Contas  
Mato Grosso  
TRIBUNAL DO CIDADÃO

**GABINETE DA CONSELHEIRA INTERINA**

Jaqueline Jacobsen Marques

Telefone: (65) 3613-2980

e-mail: gabjaquelinejacobsen@tce.mt.gov.br

presente Consulta para, no mérito, responder ao Consultente nos seguintes termos:

**Licitação. Empresas estatais. Lei nº 13.303/16. Art. 28, § 3º, inciso I. Contratação direta. Afastamento das regras de licitação. Aplicação em compra ou venda de produtos, serviços e obras relacionados com o objeto social. Observância dos princípios de direito público.**

A permissão para afastamento das regras de licitação, prevista no inciso I, § 3º, art. 28, da Lei nº 13.303/16, se aplica tanto para comercialização de produtos, serviços e obras, quanto para a aquisição dos insumos necessários à produção e execução desses mesmos bens, serviços e obras, desde que especificamente relacionados com seus objetos sociais, devendo-se observar, nessas hipóteses, procedimentos de seleção que respeitem os princípios que regem a atuação da Administração Pública.

35. É como Voto.

Cuiabá, 25 de fevereiro de 2019.

(assinatura digital)

**Jaqueline Jacobsen Marques**

**Conselheira Interina**

Relatora

(Portaria 125/2017, DOC 1199, de 15/09/2017)