

Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério

Carlos Ari Sundfeld¹
Rodrigo Pagani de Souza²

I Introdução³

O dever de licitar nas empresas estatais é tema que merece ser revisitado na atualidade. Pelo menos dois fatores contribuem para esta necessidade de novas reflexões: as últimas alterações em dispositivos da Constituição Federal acerca da matéria (*vide* arts. 22, XXVII, e 173, § 1º, na redação que lhes foi dada pela Emenda nº 19/98), e a experiência de abertura de mercados à competição vivenciada em nosso país na década 90 do século passado, com a conseqüente intensificação de disputas entre empresas estatais e empresas privadas.

De um lado, as alterações constitucionais explicitaram a necessidade de que as empresas estatais sejam submetidas a um regime licitatório diferenciado do regime da Administração direta e das entidades de direito público da Administração indireta. Há que se conceber, para as estatais, um regime consentâneo com a sua *conformação* e, sobretudo, com a sua *atuação empresarial*. Devem submeter-se, sim, à licitação, porém sob um regime mais flexível e menos rígido do que o de-

¹ Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da PUC-SP, pela qual é Doutor e Mestre. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado.

² Professor Coordenador do Curso Anual de Direito Administrativo da Sociedade Brasileira de Direito Público. Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

³ Para a elaboração deste estudo nos beneficiamos de profícua interlocução com os Professores Jacintho Arruda Câmara e Henrique Motta Pinto, e com o acadêmico de direito Guilherme Jardim Jurksaitis. Os dois últimos também contribuíram com a elaboração de pesquisas. A todos, por isso, registramos o nosso agradecimento.

finido pela Lei nº 8.666/93, que se ajusta à Administração direta e às pessoas de direito público da Administração indireta, mas não a entidades empresariais do Estado. Tal necessidade já se impunha em virtude do texto original da Constituição, que já previa empresas estatais e já exigia, portanto, que não se lhes obstasse por completo o *modus operandi* empresarial; agora (pós-Emenda 19/98), porém, a necessidade de um regime de licitação que lhes seja adequado está ainda mais explícita. Parece-nos que o tema do dever de licitar nas empresas estatais precisa ser revisitado, portanto, para que levemos em conta esta explicitação.

De outro lado, a abertura de mercados à competição na década de 90 do século XX trouxe também a proliferação de uma nova situação, que põe ainda em maior evidência a necessidade de um regime licitatório apropriado às empresas estatais. É a seguinte: temos agora, em maior escala e intensidade do que no passado recente, a disputa por mercados entre empresas privadas e empresas estatais. Observamos, em outras palavras, uma proliferação de situações de luta por mercados entre empresas privadas “entrantes” (que receberam em concessão atividades outrora monopolizadas pelo Estado) e empresas estatais “remanescentes” (que foram salvaguardadas da política de privatizações levada a efeito pelo Estado brasileiro). A acirrada competição entre as particulares “entrantes” e as estatais “remanescentes” torna premente, quiçá mais do que nunca, que estas últimas (as estatais) sejam submetidas a um regime licitatório apropriado – isto é, que não seja rígido a ponto de sufocar a sua atuação empreendedora, mas flexível o suficiente para que possam competir em condições de igualdade com suas concorrentes do setor privado. É fundamental, então, que reflitamos sobre o tema do dever de licitar nas estatais levando em conta o regime de competição com o setor privado a que vêm sendo submetidas.

Sobre esta proliferação do regime de competição (a exigir que revisitemos o tema do dever de licitar nas estatais), vale desde logo uma explicação mais detalhada.

Ao longo da década de 90 do último século experimentamos uma disseminação do fenômeno dos serviços públicos prestados em regime de competição (vejam aí os exemplos dos regimes das telecomunicações, da energia elétrica e do setor de portos) e, ainda, a quebra do monopólio do Estado sobre o desempenho de determinadas atividades econômicas (vejam aí os casos de algumas atividades petrolíferas e de alguns serviços bancários). Em síntese, experimentamos a introdução do regime jurídico de competição, seja nos chamados serviços públicos econômicos, seja nas chamadas atividades econômicas em sentido estrito exploradas pelo Estado.

Tal introdução da competição, se veio não raro acompanhada de uma política de privatização de empresas estatais, não se fez acompanhar de privatizações em todos os casos. Ainda existem, certamente, empresas estatais atuando em diversos setores da economia. A atuação empresarial do Estado, de modo geral, ainda está longe de ser inexpressiva.

Daí a situação que hoje vivenciamos, de introdução e mesmo acirramento da disputa por mercados entre empresas privadas e empresas estatais. Podemos citar alguns exemplos que ilustram esta assertiva (cada qual, evidentemente, com suas nuances): o caso da Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS) e suas concorrentes privadas; o caso de determinados bancos estatais e seus concorrentes privados; o caso das companhias estaduais e municipais de saneamento básico e suas concorrentes privadas (as famosas multinacionais do setor de saneamento); entre outros.

Toda esta proliferação do regime jurídico de competição em setores antes imunes à concorrência, como afirmamos linhas acima, evidencia a necessidade de sujeição das empresas estatais a um regime licitatório mais flexível, condizente com a sua conformação e atuação empresarial. A razão é simples: são empresas que, embora controladas pelo Estado e por isso submetidas nalguma medida ao regime publicístico, disputam mercados com concorrentes privadas e, se forem submetidas ao rígido regime licitatório da Lei nº 8.666/93, correrão o risco de sofrer concorrência desleal; no limite, não conseguirão realizar seus cometimentos de interesse público. Precisam, pois, de um regime de licitação mais flexível.

A falta de um regime de licitação que lhes seja apropriado tem levado a um certo paradoxo: embora sujeitas em princípio ao dever de licitar – como não poderia deixar de ser num Estado republicano –, o que temos observado são inúmeras situações concretas em que há pura inexigibilidade de licitação, justamente porque licitar, nos termos rígidos da Lei nº 8.666/93, seria o mesmo que inviabilizar o alcance das legítimas finalidades de interesse público que devem perseguir. Houvesse um regime licitatório mais flexível e adequado à atuação empresarial dessas entidades do Estado, não haveria espaço para tantas situações de inexigibilidade.

Por tudo isso é fundamental que revisitemos a questão do dever de licitar nas estatais. Pensamos, em suma, que as últimas alterações do Texto Constitucional em matéria de licitações e o contexto atual de proliferação de estatais em regime de competição são fatores que demandam, efetivamente, uma nova abordagem do tema das empresas estatais e seu dever de licitar.

Nossa leitura desses dois fatores, que será apresentada e demonstrada ao longo da primeira parte do presente estudo (é dizer, no tópico 2), é a de que ambos concorrem, fundamentalmente, para tornar ainda mais evidente a necessidade de o regime licitatório das estatais ser mais flexível do que o regime hoje previsto na Lei nº 8.666/93, nitidamente concebido para uma Administração Pública não-empresarial.

Em seguida, para que ilustremos as incompatibilidades desse regime da Lei nº 8.666/93 com a atuação empresarial das estatais, traremos à colação um exemplo contundente (que nem por isso está imune a grandes debates): o das subsidiárias estrangeiras de empresas estatais brasileiras. Trata-se de exemplo absolutamente factível, que evidencia o quão inapropriada é pretensão de submeter empresas estatais ao rígido regime de licitação da Lei nº 8.666/93. Afinal, não nos esqueça-

mos da possibilidade de a competição, numa economia globalizada, ser realizada em escala mundial. A empresa estatal brasileira pode ser instada (e autorizada por lei) a competir até mesmo fora do território nacional. No Brasil, temos o caso emblemático da PETROBRAS, que há décadas possui subsidiárias estrangeiras, sediadas em outros países e constituídas segundo as leis desses outros países, as quais formam com ela um grupo multinacional atuante em escala planetária. Parece-nos inaceitável a tese de que estas subsidiárias estrangeiras de estatais brasileiras, legitimamente constituídas no exterior, devam sujeitar-se ao regime licitatório previsto na Lei nº 8.666/93.

Discutiremos este exemplo emblemático na segunda parte do nosso trabalho (isto é, no tópico 3), dedicando especial atenção aos paradoxos envolvidos na tentativa equivocada de submissão de subsidiárias estrangeiras de estatais brasileiras à Lei nº 8.666/93.

Ao final (tópico 4), apontaremos as conclusões alcançadas ao longo de todo o estudo.

2 As empresas estatais competitivas e o dever constitucional de licitar

A Constituição Federal consagra o dever de licitar para toda a Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer das esferas da federação. Tal dever está estampado no seu art. 37, inciso XXI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações.

Depreende-se do *caput* do dispositivo que é amplo o alcance do dever de licitar. Nenhum órgão ou entidade da Administração Pública está livre do seu cumprimento – inclusive as empresas estatais e suas subsidiárias. A letra da Constituição é a de que a Administração direta e *indireta* deve licitar, compreendidas nesta última categoria as empresas estatais.

Não houvesse previsão literal do dever de licitar na Lei Maior, é voz corrente na doutrina que, ainda assim, ele se imporia para toda a Administração. Outros

comandos constitucionais trazem implícita a exigência de que as contratações da Administração precisam ser feitas por processos competitivos. É o caso da proclamação do Estado brasileiro como uma República (CF, art. 1º), donde se extrai que, nele, o poder emana do povo e todos são iguais perante o organismo estatal, sendo proibido o favorecimento indevido de uns em detrimento de outros. O injusto favorecimento será evitado se os órgãos governamentais celebrarem negócios com particulares mediante processos competitivos, assegurando a todos a mesma oportunidade de serem escolhidos para a percepção de vantagens econômicas e, simultaneamente, para o atendimento das necessidades públicas. A licitação pode então ser encarada como decorrência do princípio republicano. A par disso, a enfática afirmação do princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inciso II) e, ainda, do princípio da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*), deixa bem clara a proibição de favorecimentos injustos. A contratação direta com apaniguados dos governantes da ocasião é proscrita por esses princípios constitucionais, que exigem o tratamento isonômico dos administrados e cidadãos.

Todavia, de todos esses comandos constitucionais – seja do art. 37, XXI, seja dos que proclamam os citados princípios (republicano, da igualdade e da impessoalidade) – não se segue que haverá um único regime licitatório para toda a Administração. Para as empresas estatais e suas subsidiárias, a Constituição prevê um sistema diferenciado de licitação e contratação. Afinal, são entidades que, ao mesmo tempo em que integram o aparelho do Estado e, via de consequência, submetem-se a alguma medida ao regime de direito público, também se organizam sob a forma empresarial, tendo, pois, personalidade de direito privado. Aí está uma de suas características decisivas, que faz com que se submetam a uma espécie de regime híbrido: encerram num só corpo dois traços contrastantes entre si, que são a pertença ao aparelho do Estado e a organização sob a forma empresarial. Esta maneira de organização repercute no seu modo de agir, especialmente de realizar licitações e contratações. Basicamente, faz com que o regime aplicável à execução dessas tarefas não possa ser o regime comum, que é bastante rígido, aplicável à generalidade da Administração Pública.

Essas peculiaridades do regime jurídico das empresas estatais têm amparo na Constituição. Definitivamente, o seu formato empresarial, a sua sujeição ao regime de direito privado e a um regime licitatório diferenciado, são cláusulas consagradas no art. 173, § 1º, da Lei Maior (tanto na sua redação original quanto na atual, que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a chamada Emenda da Reforma Administrativa).⁴ Não devem ser vistas, portanto, como uma

⁴ Eis a redação original: “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 empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.” Eis a redação atual: “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

“anomalia”, mas encaradas como algo perfeitamente legítimo perante a nossa ordem jurídica.

A possibilidade de criação de entidades sob a forma empresarial é evidenciada pelo *caput* do art. 173. Nele se prevê – e nisso o texto original não sofreu qualquer alteração – a constituição de empresas estatais para a exploração direta de atividade econômica, desde que tal exploração seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Legítima, portanto, é a criação dessas entidades de cunho empresarial, desde que observados os requisitos previstos.

Já a sujeição dessas empresas ao regime de direito privado também é evidenciada pelo dispositivo constitucional, especialmente no seu § 1º. Alterou-se a sua redação original, mas, em essência, tanto antes quanto após a EC nº 19/98 consagra-se a regra básica da sujeição das estatais exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas (é o que dizia o art. 173, § 1º e agora está estampado no art. 173, § 1º, inciso II). Novidade, certamente, foi a previsão de uma lei que disporá sobre o regime jurídico dessas empresas estatais (observando, é claro, a diretriz de que tal regime será o próprio das empresas privadas). Novidade, ainda, foi a explicitação de que esta lei deverá assegurar que as licitações e contratações das empresas estatais em mira obedeçam aos “princípios da administração pública” (nos termos do art. 173, § 1º, inciso III).

A possibilidade de um regime licitatório diferenciado para as empresas estatais também se extraía, antes da Emenda nº 19/98, da cláusula geral de que elas se submeteriam ao regime próprio das empresas privadas. O que houve, com a nova redação dada ao § 1º do art. 173, foi apenas a explicitação daquilo que, de alguma forma, já se encontrava implícito naquela cláusula geral. Diz-se agora que as licitações dessas empresas observarão os “princípios da administração pública”, tal como vier a disciplinar a lei. Apenas se põe em maior evidência, assim, a necessidade de um regime licitatório condizente com a natureza empresarial dessas entidades, necessidade esta que já existia, por certo, antes da Emenda nº 19/98, dado que entidades empresariais do Estado já existiam e o fato de serem empresas já demandava um *modus operandi* mais ágil do que o da Administração tradicional.

Isto fica ainda mais claro, agora, quando observamos outra alteração introduzida no Texto Constitucional pela EC nº 19/98, a saber, a modificação do art. 22, XXVII, que trata da competência legislativa da União para estabelecer normas gerais sobre licitação e contratação. De fato, ao alterar o dispositivo, o legislador constituinte fez questão de explicitar que o regime licitatório das empresas estatais não é o mesmo da Administração direta, autárquica e fundacional. Veja-se:

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 do 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”.

Redação original

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

Redação atual (dada pela EC nº 19, de 1998)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Resta nítida a explicitação, cabal, de que não há um regime licitatório único, mas deve haver, sim, um regime próprio das empresas estatais, condizente com sua natureza empresarial e, portanto, diferente daquele próprio dos entes e entidades de direito público do Estado brasileiro.⁵

Em suma, depreende-se da Constituição Federal, tanto antes como após a Emenda nº 19/98, regras fundamentais que não se alteraram e permanecem até hoje, no sentido de que pode haver a criação de entidades estatais sob a forma empresarial, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas e, especialmente, a um regime licitatório diferenciado (condizente com a sua natureza empresarial). Nada disso é “anomalia”, mas, sim, norma constitucional.

A par dessa análise das normas anteriores e posteriores à Emenda nº 19/98, um olhar panorâmico sobre a evolução do pensamento jurídico acerca do regime das empresas estatais no Brasil também pode ser útil à mesma constatação, isto é, à verificação de que tais entidades não foram concebidas para fins de sujeição a um rígido regime de licitação, como é o regime previsto na Lei nº 8.666/93.

Lançando este olhar, percebemos que a criação das estatais teve, de início, um legítimo propósito de despublicização, de certa libertação das amarras que o regime publicístico impunha a um Estado que precisava lutar pelo desenvolvimento econômico da nação. Paulatinamente, no entanto, este propósito original foi

⁵ A explicitação não era inoportuna, pois, mesmo diante do que dispunham os arts. 22, XXVII e 173, § 1º originalmente, a União editou a Lei nº 8.666, de 1993, declarando expressamente, no seu art. 1º, que o regime nela instituído – notadamente rígido e inadequado para entidades empresariais – alcançaria indistintamente os entes federados e as respectivas entidades da Administração indireta, inclusive empresas estatais. Ademais, no seu art. 119 previu que as empresas estatais, embora pudessem editar regulamentos próprios de licitação, ficariam sujeitas às suas disposições (ou seja, às disposições da própria Lei nº 8.666/93). Resultado: os arts. 1º e 119 da Lei nº 8.666/93 praticamente igualavam o regime de licitação das empresas estatais ao da Administração Pública como um todo.

sufocado por um pensamento jurídico que caminhou no sentido da publicização do regime das empresas estatais – até que tal publicização se mostrou excessiva, tornando fórmula vazia a afirmação da sua sujeição ao direito privado. Nos dias de hoje, quiçá, estamos nos dando conta dos excessos cometidos, buscando um equilíbrio na balança que, de alguma maneira, recupere o que aquela aspiração original de despublicização tinha de útil e consentâneo com o interesse público. Expliquemos.

É evidente que a opção legislativa pela criação de entidades da Administração indireta sob a forma *empresarial*, desde o início, traduzia e traduz aspirações importantes. É opção, certamente, por uma criatura que observará um regime de contratação de bens, obras e serviços diferenciado daquele que observarão as demais entidades da Administração indireta (o próprio Texto Constitucional em vigor, como visto, diz sobre esta diferenciação).

É evidente, inclusive, que tal opção legislativa tinha e tem o propósito *legítimo* de liberar as criaturas, ao menos em parte, das restrições impostas pelo regime de direito público. Queira-se ou não admiti-lo abertamente, é fato que se trata de uma opção pela despublicização, isto é, pela mitigação do regime publicístico que recairia sobre a entidade caso assumisse outra roupagem, como a autárquica ou fundacional.

A opção é *legítima* na medida em que não traz em si qualquer imoralidade ou ilegalidade (lembre-se de que as estatais não são um “pecado tolerado”, mas um modelo de organização da Administração Pública constitucionalmente previsto).

Ademais, a opção tem o *deliberado intento* de despublicização porque, afinal, afirmar que certas entidades sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas (como fez o art. 173 da Constituição de 1988 originalmente e ainda faz após alteração sofrida na década de 90) não é algo vazio de significado, mas expressão firme e eloqüente de um intento muito importante. Não é indiferente a criação de uma empresa estatal ou de uma autarquia para a realização de determinado cometimento público.⁶ Claramente, a opção pela empresa é uma opção inequívoca pelo *modus operandi* empresarial, radicalmente oposto ao paradigma burocrático de atuação estatal típico das autarquias. Quando o legislador decide pela constituição de empresa, cometendo-lhe determinadas atividades, isto significa que ele está fazendo uma opção pela atuação ágil, expedita, comprometida com resultados, do organismo governamental em questão. Ele quer, por certo, que a nova entidade tenha compromisso com a legalidade, mas também quer o compromisso com resultados (não lhe interessa o exímio cumprimento de formalidades se feito à custa

⁶ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, relatando o surgimento das sociedades de economia mista e empresas públicas no Direito brasileiro, dá conta de que a opção por criá-las teve o propósito, sim, de submetê-las ao regime de direito privado: “Em vez de instituir-se a autarquia ou fundação pública (que têm regime jurídico semelhante ao da Administração direta), dá-se preferência às formas empresariais, precisamente pelo fato de que seu regime jurídico de direito privado e sua forma de organização e funcionamento são mais compatíveis com o caráter industrial ou comercial de determinados serviços públicos.” *Parcerias na administração pública*, 5. ed., p. 70.

de pífios resultados). Ele quer que os quadros da nova entidade sejam esforçados e empenhados, mas quer também que o esforço seja eficaz (não lhe basta o esforço por si só). Ele quer que haja flexibilidade na ação da nova entidade, mas também quer que a flexibilidade seja tal que as suas adaptações institucionais realizem-se a tempo e hora, junto ao surgimento das demandas do mercado ou mesmo em antecipação a elas (não lhe satisfaz a adaptação a destempo). Em suma, a opção do legislador pela criação de entidade sob o figurino empresarial é claramente uma opção pelo seu *modus operandi* – ágil, flexível e especialmente comprometido com resultados –, o que resulta na necessidade de derrogação do regime publicístico a que se sujeitará a criatura.

Daí a afirmação de que criar empresa estatal é fazer a opção pela despublicização, ou, ainda, pelo rechaço ao paradigma burocrático de atuação estatal que graça em outras figuras da Administração indireta, como as autarquias e as fundações de direito público.

Historicamente, no entanto, este verdadeiro e legítimo significado da opção pelo figurino empresarial sofreu forte contestação por parte da doutrina jus-administrativista brasileira, compreensivelmente desconfiada da idéia de sujeição do administrador público às constrições mais lassas do direito privado. Receosa dos desmandos da experiência autoritária de administração pública no Brasil, a reação esperada da doutrina foi travar, ao longo dos anos, uma luta quixotesca contra a idéia de subordinação das estatais ao direito privado (que estava embutida, como dito, na própria idéia de entidade pública *empresarial* e mesmo proclamada pela Constituição). Durante esta luta, uma magnífica classificação ganhou corpo, notoriedade e capilaridade no pensamento jurídico.

Trata-se da classificação das empresas estatais em “exploradoras de atividades econômicas” e “prestadoras de serviços públicos”. Costuma-se chamar a atenção, neste sentido, para o fato de que o art. 173, § 1º, da Constituição Federal (na sua redação original ou na atual), ao tratar da sujeição das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, quis alcançar apenas aquelas que exploram atividades econômicas em sentido estrito (como as de produção e comercialização de petróleo e outros hidrocarbonetos), deixando de lado, portanto, as prestadoras de serviço público (como os serviços de transporte coletivo de passageiros, de saneamento básico ou de fornecimento de energia elétrica). Donde apregoar-se, com base nesta classificação, que, a despeito de as primeiras (exploradoras de atividade econômica em sentido estrito) se submeterem ao direito privado nalguma medida, as últimas (prestadoras de serviço público) regem-se inteiramente pelo direito público. Ainda que o diagnóstico do problema fosse correto (sem dúvida, não é indiferente a atividade exercida pela empresa estatal e o regime jurídico que a disciplina), o remédio foi exagerado: as empresas estatais prestadoras de serviço público, de acordo com este pensamento, têm um regime por demais semelhante ao regime comum da Administração Pública, como se não fossem empresas nem precisassem agir empresarialmente.

O efeito produzido por esta classificação das empresas estatais, que as aparta em “prestadoras de serviço público” e “exploradoras de atividade econômica”, então, é grande: neutraliza-se a despublicização pretendida com a opção legislativa pelo figurino empresarial. Cai por terra a idéia original da despublicização (maior agilidade, flexibilidade e comprometimento com resultados) que presidiu a criação de entidades públicas sob o formato empresarial (notadamente no que tange às empresas classificadas como prestadoras de serviços públicos).

Constata-se assim um aspecto curioso da evolução do pensamento jurídico acerca do regime das estatais: a despeito de serem criaturas concebidas com o legítimo e deliberado propósito de fuga para o direito privado, elas tiveram sua razão de ser sufocada, paulatinamente, por um pensamento que tem apregoado a publicização do seu regime jurídico.

Os efeitos perversos da publicização excessiva, entretanto, já se fazem sentir. Hoje, talvez, o grande desafio das empresas estatais que queiram sobreviver em contexto de acirramento da competição por mercados é fazer valer a opção legislativa que as originou, qual seja, a de que fossem empresas, e fazer valer a letra da Constituição, que as submeteu às regras condizentes com a sua natureza empresarial. Só assim conseguirão dar conta de seus cometimentos de interesse público.

De fato, hoje, talvez, o pensamento jus-administrativista brasileiro acerca do regime das empresas estatais esteja caminhando no sentido de admitir, com maior naturalidade, a sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas.

Verifica-se, por um lado, que a própria distinção “serviços públicos *versus* atividades econômicas” mostra sinais de crise, vez que a sua maior utilidade residia (ao menos supostamente) em permitir ao intérprete identificar, diante de um caso concreto, qual o regime jurídico aplicável à situação: em se tratando de atividade econômica em sentido estrito (assim qualificada pelo Direito), o caso se submeteria ao regime de direito privado; em se tratando de serviço público (como tal qualificado pela ordem jurídica), ele se sujeitaria ao regime de direito público. O problema é que a legislação brasileira vem dificultando esta tarefa atribuída ao intérprete – consoante salientado na introdução deste estudo –, vez que tem reconhecido, por exemplo, serviços públicos não subordinados ao regime publicístico, mas sim a um regime de direito privado. Cai por terra, assim, a utilidade maior daquela distinção clássica e, no que tange ao regime das estatais, ela também se torna de utilidade questionável.

Por outro lado, já se faz notória uma outra classificação importante relativa às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, que teria certo efeito de “despublicização”. Trata-se da doutrina da “atividade-fim *versus* atividade-meio”.⁷ De acordo com esta doutrina, as empresas estatais exploradoras

⁷ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “Será forçoso reconhecer que em *inúmeros casos* a licitação será *incompatível* com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, *nestas hipóteses* em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade

de atividade econômica em sentido estrito não estariam submetidas ao dever de licitar quando do exercício de suas “atividades-fim”. Afinal, nestas circunstâncias disputariam mercado com suas concorrentes privadas e, se tivessem que licitar, sofreriam concorrência desleal do setor privado. Quando, no entanto, estivessem exercendo “atividades-meio”, haveria a inevitável obrigatoriedade de licitar (já que ausente qualquer ambiente de competição que se revelasse incompatível com o ônus da licitação).

De todo modo, esta doutrina da “atividade-fim *versus* atividade-meio” mostra-se de difícil operacionalização, já que, no mais das vezes, classificar o que seja atividade-fim e o que seja atividade-meio, em concreto, não é tarefa tão fácil quanto fazem parecer os exemplos dos manuais. Difunde-se, hoje, a idéia de que as razões que subordinam a estatal ao dever de licitar não derivam exatamente do fato de ela se encontrar no desempenho de uma “atividade-fim” ou de uma “atividade-meio”, mas de atuar ou não empresarialmente e sob um regime de competição. No fundo, pouco importa – segundo a moderna doutrina – se a estatal é “exploradora de atividade econômica” ou “prestadora de serviço público”,⁸ ou se está no exercício de “atividade-fim” ou de “atividade-meio” (nos sentidos consagrados dessas palavras), mas importa, muito, a circunstância de ser ou não uma empresa estatal competitiva.

Dessa maneira, portanto, talvez estejamos vivendo, realmente, um momento da guinada no pensamento jurídico acerca do regime das empresas estatais. Trata-se de pensamento que, finalmente, evolui no sentido de reconhecer-se o devido valor à opção legislativa pelo figurino empresarial quando da criação das chamadas empresas estatais.

Mas não é só o pensamento jurídico, expresso pela doutrina, que hoje reage à excessiva publicização do regime das empresas estatais verificada nos últimos tempos. Como visto, o direito positivo também acena com reação contundente. É o que se verifica nas alterações introduzidas pela EC nº 19/98 no Texto Consti-

entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe e é evidente nas hipóteses em que a entidade apenas está adquirindo, montando, reformando ou alienando suas instalações ou equipamentos, sem que, em tais operações, haja interferência de qualquer peculiaridade relacionada com as exigências da atividade negocial que lhe é pertinente.” *Curso de direito administrativo*, 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 505 (no mesmo sentido, ver p. 194, item 72; p. 196, item 76).

⁸ Floriano de Azevedo MARQUES NETO expressa a sua opinião neste mesmo sentido: “O que me parece relevante hoje para se verificar o regime jurídico a balizar a atividade da empresa estatal será a atividade que exerce e se a mesma se desenvolve em ambiente de competição ou não. [...] Hodiernamente, portanto, saber se a empresa estatal explora serviço público ou atividade econômica em sentido estrito parece irrelevante.” “As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado”, in: Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 581.

tucional,⁹ que, como visto, modificando os arts. 22, XXI e 173, § 1º, explicitaram de maneira mais contundente a circunstância de que empresas estatais têm um processo de contratação de obras, bens e serviços diferenciado das demais entidades da Administração.

Em suma, tudo converge para o reconhecimento de que a natureza empresarial, nas estatais, é algo importante, e em matéria de licitação não dá para pretender subordiná-las ao rígido regime da Lei nº 8.666/93.

3 O caso das subsidiárias estrangeiras de empresas estatais brasileiras

O caso das subsidiárias estrangeiras de empresas estatais brasileiras – isto é, de subsidiárias sediadas no exterior e constituídas segundo a legislação do país-sede – ilustra bem as impropriedades da tentativa de aplicação, pura e simples, do regime da Lei nº 8.666/93 às estatais.

Evidentemente, para se identificar qual o regime de licitação aplicável a tais subsidiárias pode-se tentar usar o enfoque mais tradicional. Neste sentido, pode-se buscar enquadrá-las numa das categorias da clássica distinção “prestadoras de serviço público *versus* exploradoras de atividade econômica”. Em se tratando de subsidiárias estrangeiras da PETROBRAS, por exemplo, não restará dúvida de que são exploradoras de atividades econômicas. Assim têm sido compreendidas as atividades a que essas empresas se dedicam, todas vinculadas à indústria do petróleo e outros hidrocarbonetos. Por esta ótica tradicional, já se poderia concluir que a elas se aplica, inequivocamente, a “cláusula do regime jurídico próprio das empresas privadas”, a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição. Por outro

⁹ Uma delas foi o acréscimo do princípio da eficiência ao rol de princípios expressos a que se subordina a Administração Pública, constante do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Adilson DALLARI, discorrendo sobre as recentes transformações ocorridas no regime das licitações e contratos administrativos, destaca justamente o impacto sofrido por este regime em razão da envergadura adquirida pelo princípio da eficiência. Eis as suas palavras:

“Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 – a denominada emenda da Reforma Administrativa – foi acrescentado ao artigo 37 da Constituição Federal como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, e conseqüentemente também da licitação, o princípio da eficiência.

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Enfim, a licitação é um procedimento administrativo voltado para o atingimento dessas finalidades: assegurar a isonomia, a economicidade e a moralidade, mas atuando com eficiência, sem desperdício de recursos financeiros e de trabalho, visando sempre atingir a plena satisfação do interesse público, entendido como interesse da coletividade, dos grupos intermediários da sociedade e dos indivíduos que a integram.” Cf. “Transformações no regime das licitações e contratos administrativos”, in *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto (coords.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 514.

lado, em se tratando, por hipótese, de subsidiárias estrangeiras da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), a conclusão talvez seja a de que exploram serviço público (mesmo que o façam com um forte viés de exploração de atividade econômica e conquista de mercados).

É certo que também se pode buscar enquadrar as atividades de subsidiárias estrangeiras de estatal brasileira numa das categorias da tradicional distinção “atividades-fim *versus* atividades-meio”. Quiçá se conclua, num caso concreto, que o negócio seja efetivamente uma “atividade-fim”, donde se busque sacar a conclusão – sempre pelo enfoque tradicional – de que não haverá, no caso, a incidência do dever de licitar. Por outro lado, quiçá se conclua que não, que o negócio ventilado é “atividade-meio” da subsidiária em questão, donde se conclua pela sua submissão ao dever de licitar.

Todavia, como pudemos observar no tópico anterior, essas classificações não são absolutamente decisivas para o fim a que se propõem – isto é, para a determinação do regime jurídico a que estão submetidas as contratações da empresa (seja ela a empresa estatal-mãe, de nacionalidade brasileira, seja ela a sua subsidiária estrangeira).

Relevante, sobretudo, é a circunstância de serem empresas – que desenvolvem suas atividades, portanto, de acordo com o *modus operandi* empresarial – e, ainda, será a circunstância de disputarem fatias de mercado em pleno regime de competição,¹⁰ de sorte que não se possa simplesmente enquadrá-las no regime comum de licitação estabelecido para a Administração Pública não-empresarial, qual seja, o da Lei nº 8.666/93. O modo empresarial de agir que faz parte da sua natureza, aliado ao ambiente competitivo que se lhes imponha em dado caso concreto, certamente as colocarão em situação peculiar, isto é, muito distinta daquela em que se situam as entidades de direito público de modo geral. Bem por isso, como visto no tópico anterior, a Constituição Federal reconhece explicitamente, nos seus arts. 173, § 1º, e 22, XXVII, que tais entidades não podem ter o mesmo regime de contratação das entidades de direito público da Administração.

Se é verdade que elas devem ter um regime diferenciado, também é certo que não foi editada a lei instituidora do estatuto jurídico das empresas estatais (a que alude o art. 173, § 1º, da Constituição).¹¹ A ausência desta lei geral, porém, não

¹⁰ Este regime é expressamente previsto pela legislação em vigor, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei nº 9.478/99.

¹¹ Nota-se que a doutrina se divide quanto às conseqüências advindas da ausência da lei a que alude o § 1º do art. 173 da Constituição. Alguns sustentam que, nesta ausência, a observância da Lei nº 8.666/93 pelas empresas estatais ali tratadas seria obrigatória (tese defendida, com variações, por Marçal JUSTEN FILHO e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO). Outros sustentam que, nesta ausência, não cabe falar em obrigatoriedade da aplicação da Lei nº 8.666/93 para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, já que a previsão constitucional de que suas licitações e contratações observarão “princípios da administração pública” (inciso III do § 1º do art. 173) já produz efeitos jurídicos (tese defendida por Adilson Abreu DALLARI). V., a respeito dessas opiniões doutrinárias, Adilson Abreu DALLARI, “Licitações nas empresas estatais”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, jul./set. 2002, p. 69-85.

significa que não possa existir norma legal a disciplinar as licitações e contratações de determinada empresa ou conjunto de empresas. No caso da PETROBRAS, por exemplo, a chamada Lei do Petróleo (nº 9.478, de 6.8.1997) prevê, em seu art. 67, que os contratos por ela celebrados para aquisição de bens e serviços serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República. Tal procedimento simplificado veio a ser instituído por intermédio do Decreto nº 2.745/98.¹²

Esta solução para a situação específica da PETROBRAS e suas subsidiárias (no exemplo aqui tomado para análise) é condizente com o Texto Constitucional, pois, como visto ao longo do tópico anterior, a sua sujeição ao dever de licitar nos moldes da Lei nº 8.666/93 não seria adequada. Adequado à PETROBRAS e às suas subsidiárias é um procedimento simplificado de licitação, que deve, evidentemente, atentar para os princípios da administração pública (como determina o art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal).

Mas o caso da PETROBRAS e suas subsidiárias é ainda mais emblemático das impropriedades da tentativa de aplicar-se o regime previsto na Lei nº 8.666/93 às estatais. É que se trata justamente de um caso em que algumas subsidiárias são estrangeiras, constituídas sob as leis de outros países e neles sediadas (para tanto, elas contam com inequívoca autorização legal).¹³ Em outros termos, o caso

¹² A validade de procedimento simplificado de licitação realizado pela PETROBRAS, com fundamento na Lei nº 9.478/98 e no Decreto nº 2.745/98, está em discussão no Supremo Tribunal Federal. Duas decisões recentes acenam no sentido da sua validade. A primeira delas, monocrática, foi proferida pelo Min. Gilmar Mendes nos autos do Mandado de Segurança nº 25.888/DF, impetrado contra decisão do TCU que reputara inconstitucional o citado procedimento simplificado. Neste sentido, manifestou-se o Ministro: "A submissão legal da PETROBRAS a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas da Lei nº 8666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe igualdade nas condições entre os concorrentes." A segunda manifestação do STF, também tratando do citado procedimento, foi proferida em acórdão da 2ª Turma ao julgar Questão de Ordem na Ação Cautelar nº 1.193/RJ (rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30.6.2006). Tratava-se da análise de pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto pela PETROBRAS contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que havia determinado a suspensão de licitações da empresa feitas com base no citado procedimento simplificado. O Min. Relator Gilmar Mendes votou, na ocasião, pela concessão do efeito suspensivo ao recurso, viabilizando a retomada das licitações paralisadas. Saliou, na ocasião, que "a suspensão das licitações realizadas com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto nº 2.274/98 e Lei nº 9.478/98), pode inviabilizar sua própria atividade e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população".

¹³ A criação de subsidiárias da PETROBRAS encontra-se atualmente autorizada pelo art. 64, da Lei nº 9.478, de 6.8.1997 (a chamada Lei do Petróleo), nos seguintes termos: "Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRAS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas." Ademais, a autorização para que atuem no exterior encontra-se no art. 61, § 2º, da mesma lei, que dispõe: "Art. 61. [...] § 2º A PETROBRAS, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, associada ou não a terceiros, poderá exercer, fora do território nacional, qualquer uma das atividades integrantes de seu objeto social."

da PETROBRAS é justamente o de um grupo *multinacional*, que controla empresas argentinas, bolivianas, nigerianas, norte-americanas, entre outras. Isso, aliás, não é casual nem recente – sua internacionalização já vem de décadas e fundamenta-se em reais necessidades de interesse público. A Lei nº 8.666/93 revela-se totalmente impertinente às contratações feitas pelas subsidiárias estrangeiras do grupo.

O que temos no caso da PETROBRAS e suas subsidiárias são entidades que não apenas foram concebidas como empresas, e que não apenas exercem suas atividades em regime de competição, mas que, além desses dois aspectos, caracterizam-se – parte delas – pelo fato de serem estrangeiras, isto é, legitimamente constituídas e sediadas no exterior, como integrantes de um grupo de natureza multinacional.

Este caso, aqui tomado como exemplo emblemático da atuação empresarial do Estado na economia globalizada, nos faz refletir sobre a aplicabilidade das regras de licitação da Lei nº 8.666/93 às estatais. Podemos nos colocar, nesse sentido, a seguinte indagação: a subsidiária estrangeira de estatal brasileira tem o dever de licitar nos termos da Lei nº 8.666/93, pelo simples fato de ser controlada por empresa estatal brasileira?

A resposta só pode ser negativa.

Em se tratando de subsidiária estrangeira legitimamente constituída, suas contratações não se subordinam à legislação brasileira sobre licitações e contratos administrativos. Essa legislação simplesmente não foi concebida para alcançar tais contratações, além de ser ineficaz e imprópria em relação a elas. Alguns paradoxos o demonstram com facilidade.

Onde será feita a licitação? Deverá a subsidiária estrangeira contratar tudo de que precisa no Brasil – quem sabe por meio de algum escritório de representação aqui instalado – só para submeter-se eficazmente à lei brasileira, à Justiça brasileira, à Corte de Contas brasileira, e privilegiar o mercado brasileiro? É óbvio que, se um tal dever existisse, seria sem sentido a própria existência da subsidiária estrangeira. Será o caso, então, de transportar para o exterior todo o aparato normativo e institucional da Administração brasileira, para aplicá-lo pontualmente sobre a ação da subsidiária estrangeira, tratando-a como se fosse *território brasileiro no exterior*? Qual tratado, norma legal ou constitucional daria base a essa inusitada solução jurídica?

Será viável aplicar o procedimento de licitação da lei brasileira a contratações estrangeiras (isto é, às feitas no exterior por empresa estrangeira sob controle de estatal brasileira)? Qual seria o verdadeiro objetivo dessa licitação: garantir um suposto direito subjetivo de as empresas do país da sede disputarem os contratos (art. 4º)? Ou o direito de participação seria restrito a fornecedores brasileiros, como costuma ocorrer nas licitações feitas no Brasil pela Administração Pública? Seria aplicável a proteção ao fornecedor nacional de que trata o art. 3º, § 2º? Que “cidadão” teria direito cívico a acompanhar todo o procedimento (art. 4º): só o brasileiro, ou o estrangeiro?

Como determinar a modalidade de licitação cabível, se a Lei nº 8.666/93 usa para tanto o valor estimado em *reais* da contratação (art. 23) e o contrato será celebrado, executado e pago no exterior, em outra moeda? E quanto ao valor da dispensa de licitação: faz algum sentido a pura conversão para dólares, se os preços internacionais ou estrangeiros nada têm a ver com os brasileiros, considerados pelo autor da lei? Em qual Diário Oficial a empresa publicaria seus instrumentos convocatórios: o da União (art. 6º, XIII), que não circula no exterior? O do país estrangeiro? Que sentido faria a empresa ficar controlando a regularidade dos potenciais “licitantes” quanto às obrigações junto ao Fisco de seus respectivos países (art. 29)? E o contrato, deverá ser obrigatoriamente firmado em reais (art. 5º, *caput*), mesmo sendo financiado, pago e executado em outro país, além de não envolver empresas brasileiras? A violação de alguma norma daria ensejo à impropriedade de mandado de segurança? Mas onde: no Brasil (para execução da ordem no exterior...) ou na Corte estrangeira (com base na lei processual brasileira...)? A contratação sem licitação no país da sede será considerada crime (art. 89)? Quem o julgará? A Justiça brasileira, por extensão de sua competência territorial? A Justiça do outro país, com base na lei do Brasil?

Essas questões, que poderiam multiplicar-se quase ao infinito, revelam o despropósito da tentativa de transportar integralmente a lei brasileira de licitações, e seu intrincado sistema, para fora de seu âmbito espacial próprio de vigência: o território brasileiro. Aliás, a própria Lei nº 8.666/93 o reconheceu, no art. 123, quando declarou sua inaplicabilidade às repartições diplomáticas brasileiras no exterior – as quais celebram seus contratos segundo “as peculiaridades locais”, observados os princípios gerais (nunca foi editado qualquer regulamento específico para elas, como a lei autorizou) – bem como no art. 32, § 6º, *in fine*.

Quando a lei admitiu a transformação da PETROBRAS – voltemos ao nosso exemplo – em um grupo empresarial multinacional, o fez com sua inevitável consequência: a de que o Governo brasileiro controlaria indiretamente *empresas estrangeiras*. E o que são essas empresas? São empresas constituídas e atuantes fora do Brasil, que contratam fora do Brasil, que faturam e gastam fora do Brasil, são responsabilizadas fora do Brasil, tributadas fora do Brasil, sujeitas a um Direito e a uma jurisdição não-brasileiras. A essas empresas não se aplica, por óbvio, a legislação brasileira.

É bem verdade que a lei, ao autorizar a PETROBRAS a controlar empresas estrangeiras, poderia ter dado instruções quanto ao exercício desse poder de controle, para influir nas práticas de gestão dos administradores da controlada no exterior. Mas a lei não o fez, e não foi por descuido, e sim por considerar o modelo puramente empresarial de gestão como o normal para as sociedades estrangeiras desse grupo multinacional controlado pelo governo do Brasil.

De resto, ainda que alguém pretenda sustentar a tese – ao nosso ver equivocada – de que a subsidiária estrangeira de empresa estatal brasileira está sujeita à lei de licitações do Brasil (e aqui nos referimos às subsidiárias legitimamente

constituídas no exterior), provavelmente a pretensão não alcançará os resultados almejados. É que a observância do rígido regime licitatório previsto na Lei nº 8.666/93 por entidades empresariais não raro se afigura incompatível com suas finalidades. Quando as estatais se põem a contratar, configuram-se facilmente situações de inexigibilidade de licitação.

Sabemos que é inviável o certame que, caso venha a se realizar, comprometerá a realização do interesse público almejado. Licitação, é sempre bom lembrar, não é um fim em si mesmo, mas um procedimento administrativo preordenado à realização de uma finalidade de interesse público. Em muitos casos, a empresa estatal se depara com situação de inexigibilidade de licitação simplesmente porque, fosse licitar nos termos da Lei nº 8.666/93, não alcançaria o fim que lhe compete alcançar.

Não nos resta a menor dúvida, portanto, de que, ainda que se sustentasse a incidência da Lei nº 8.666/93 sobre as contratações de subsidiárias estrangeiras de estatais brasileiras legitimamente constituídas – o que, já dissemos, seria um equívoco e envolveria inúmeros paradoxos –, a licitação em muitos casos seria inexigível.

4 Conclusão

Observamos ao longo deste estudo, em síntese, que, em matéria de licitação, o Texto Constitucional deixa claro, inclusive de maneira ainda mais explícita após o advento da Emenda nº 19, de 1998 (*vide* arts. 22, XXVII, e 173, § 1º), que as empresas estatais hão de ser submetidas a um regime condizente com a sua natureza empresarial, e não ao regime comum das entidades não-empresariais da Administração Pública.

Vimos, ainda, que a criação de entidades estatais sob a forma empresarial, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas e, especialmente, a um regime licitatório diferenciado, condizente com a sua natureza empresarial, não é “anormalia”, mas, antes ao contrário, é possibilidade inequivocamente amparada pela Constituição.

Vimos também que, embora o pensamento jurídico brasileiro tenha caminhado no sentido de defender uma excessiva publicização do regime jurídico das empresas estatais, hoje já se esboça conscientização de que as empresas estatais têm que se submeter, sim, pelo menos nalguma medida, ao direito privado.

Por fim, como forma de ilustrar as impropriedades da tentativa de aplicação do regime da Lei nº 8.666/93 às empresas estatais, analisamos a situação emblemática das subsidiárias estrangeiras de estatais brasileiras. Concluimos que a empresa estrangeira legitimamente constituída, ainda que subsidiária indireta de empresa estatal brasileira, não está sujeita à licitação nos moldes da Lei nº 8.666/93. A tentativa de aplicação da lei brasileira a estas subsidiárias envolveria

inúmeros paradoxos. Sua atuação no exterior afigura-se incompatível com a observância do regime licitatório previsto na nossa legislação, que não foi concebida para alcançar as contratações efetuadas por empresas estrangeiras, ainda que controladas por estatal brasileira.

De resto, ainda que admitíssemos – apenas para argumentar – que determinada empresa estrangeira estaria sujeita à Lei nº 8.666/93, seríamos obrigados a reconhecer inúmeros casos de inexigibilidade de licitação com base no art. 25 deste diploma nacional.

O resumo disso tudo é que a decisão estatal de, em certos casos, utilizar o figuro empresarial não é, nem pode ser, vazia de significado. Trata-se de opção por um regime jurídico distinto do ordinário na Administração Pública. A Constituição autoriza essa opção, que cabe ao legislador fazer. Uma vez feita, tem de ser levada a sério.