

O TRATAMENTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS E OS REFLEXOS DO CONSÓRCIO CELEBRADO ENTRE EMPRESAS DO SETOR PÚBLICO E DO SETOR PRIVADO*

Paulo César Melo da Cunha**

1. INTRODUÇÃO

Cuida-se analisar a gestão de interesses públicos por meio das empresas estatais, com vistas, em especial, à celebração de consórcios entre tais empresas e as do setor privado.

Inicialmente, pode-se partir do pressuposto de que a Administração Pública está abrangida no conceito de Estado sob duas óticas distintas: a primeira no que concerne à **repartição funcional** de competências, em conformidade com o princípio da independência e harmonia entre as funções do Estado, insculpido no artigo 2.º da Constituição da República e encerrada nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; por outro lado, considera a **repartição espacial**, no instante em que são atribuídas funções distintas entre os entes da Federação, igualmente previstos na Carta Magna (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos administrativa e financeiramente, nos termos do art. 18, da Lei Maior).

A atividade administrativa desempenhada pela Administração Direta compreende as entidades estatais, criadas pela Constituição, e a Administração Indireta, integrada pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, criadas a partir dos entes estatais.

A este fenômeno de criação de entes na Administração Indireta chama-se **descentralização**¹, que, na lição de HELY LOPES MEIRELLES², significa afastar do centro,

* Trabalho produzido no Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes – Ipanema para a disciplina “Estruturas Jurídicas Empresariais”, sob orientação do Prof. José Gabriel Assis de Almeida.

** Gerente da Consultoria da Procuradoria da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; Mestrando em Direito Empresarial.

1 Diversamente do conceito de desconcentração, pelo qual a Administração executa seus atos de forma centralizada, distribuindo-os entre os vários órgãos da mesma entidade. É a forma de gestão que a Administração encontra para melhor desempenhar suas atividades, com a autonomia que lhe compete.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 682.

atribuindo poderes de Administração a terceiros, seja porque à Administração compete o exercício das atividades precípua, inerentes ao Poder Público (centralização), não necessitando explorar atividades empresariais que a outrem podem ser cometidas, seja pela discricionariedade de este mesmo Poder Público julgar conveniente não praticar diretamente os atos relativos à tipicidade e exclusividade do ente estatal titular.

Frise-se que tanto na centralização quanto na descentralização o que se tem em voga é uma atividade administrativa, desempenhada por pessoas jurídicas (entidades de direito público ou privado), órgãos (despersonalizados, porque integrantes daquela estrutura) e, por fim, agentes (que executarão as atividades), de modo a atender o interesse público.

O princípio da descentralização mereceu grau de princípio fundamental da Administração Federal, por ocasião da edição do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa. Dispõe o § 2.º do seu artigo 10 que *“em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.”*; e arremata o § 7.º do mesmo dispositivo asseverando que *“para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”*

Nessa linha de raciocínio é o posicionamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³, *in verbis*:

“Note-se que a instituição de entidades descentralizadas prende-se essencialmente a razões de ordem técnico-administrativa; o acréscimo de encargos assumidos pelo Estado prestador de serviços (Estado do Bem-Estar) aconselha a descentralização de atividades que, pelo elevado número e complexidade, não poderiam ser executadas a contento se mantidas nas mãos de uma única pessoa jurídica.”

2. HIPÓTESES DE CRIAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS

A Constituição da República, no artigo 1.º, inciso IV, consagra o **princípio da livre iniciativa**, que tem duas vertentes: o **princípio da abstenção**, por força do qual ao particular cabe a produção de riquezas, devendo o Estado se abster, como regra, de

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13.a ed. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 346.

com aquele competir, ressalvada a hipótese prevista no artigo 173, no qual se reconhece o **princípio da subsidiariedade**, que autoriza o exercício de atividades econômicas se estiver presente um relevante interesse coletivo ou um imperativo de segurança nacional, conforme reconhecidos em lei.

Diante de tais circunstâncias, o Estado pode intervir no domínio econômico, criando empresas públicas ou sociedades de economia mista, submetidas ao direito privado nas suas relações externas, tal qual as demais empresas do setor privado. A norma da Constituição da República, prevista no artigo 173, § 1.º, tem por objetivo evitar a competição desleal das empresas do Estado com as da iniciativa privada.

Cabe, aqui, frisar que a lei não cria a empresa pública ou de economia mista; apenas autoriza a sua criação, observada a legislação societária aplicável à forma empresarial escolhida. Tal assertiva tem uma razão lógica de ser: o artigo 37, inciso XIX, da Constituição, apresenta que *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*.

A justificativa para essa particularidade está no fato de as autarquias (destacamento de função estatal típica) terem personalidade jurídica de direito público e, portanto, passando a ter existência e validade jurídica a partir da edição da própria lei que as cria.

O mesmo não ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado, de que trata a segunda parte do inciso XIX do mencionado artigo 37 da Constituição, que passam a ter existência legal após a inscrição de seus atos constitutivos em registro próprio, nos termos da legislação de direito privado.

Convém assinalar que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, a autorização legislativa só pode se dar se a atividade a ser explorada estiver devidamente contemplada em lei complementar que autorize a exceção ao princípio da livre iniciativa.

Nesse ponto, vale ressaltar a polêmica envolvendo o âmbito de aplicação da lei complementar mencionada na parte final do inciso XIX do artigo 37 da Constituição, no que se refere à interpretação da expressão *“... cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*.

A utilidade da discussão é firmar o âmbito de atuação da estatal. Uma linha sustenta que, numa interpretação literal, a lei complementar vai dispor sobre as áreas de

4 Nas suas relações externas com o acionista controlador, que é o Estado, a disciplina é ditada pelo direito público (CR, art. 173, § 5.º).

5 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

atuação das fundações; outra corrente defende que a expressão "... neste último caso..." refere-se às entidades cuja criação é autorizada por lei (o que não é exigido das autarquias, cuja criação já se dá por lei). Parece que à segunda corrente assiste maior razão, na medida em que a lei complementar é exigida exatamente para definir as situações em que a Administração pode abrir mão da autoridade e das prerrogativas de poder público, equiparando-se ao particular.

Como envolve a descentralização de uma função da Administração, de atuar no campo do ordenamento econômico (que, ao lado da polícia, da prestação de serviços públicos e do ordenamento social, constituem as atividades da Administração Pública), a opção deve partir do Chefe do Poder Executivo, que tem o poder de direção superior da Administração (CR, art. 61, § 1.º, II, "e" c/c o art. 84, II).

Há uma certa dose de discricionariedade em descentralizar mediante outorga legal de personalidade jurídica a uma função administrativa; em outras palavras, poderia o administrador escolher criar uma autarquia, uma fundação, uma empresa pública ou de economia mista para desenvolver atividades típicas do Estado, respeitando-se, por certo, as características inerentes a cada uma destas pessoas jurídicas.

Porém, na verdade, há um limite ao exercício dessa discricionariedade; afinal, não devem ser descentralizadas para formas de direito privado aquelas competências que exijam o exercício do poder de império do Estado sobre o particular, tais como a restrição à liberdade, o uso da força, a cobrança de tributos, imposição de obrigações e demais atividades ligadas ao exercício da polícia administrativa e à segurança pública.

Sequer podem ser descentralizadas atividades que exijam hierarquia (e, portanto, não admitam vinculação, típica das relações entre administração direta e indireta) ou não comportem autonomia (ou seja, que a atividade dependa de outras fontes de recursos que não os gerados pela sua própria atividade).

3. TIPOS DE EMPRESAS ESTATAIS

As empresas do setor público ou **empresas estatais** são todas aquelas controladas direta ou indiretamente pelo Estado, dentre as quais estão as empresas públicas e de economia mista de primeiro e de segundo grau, suas subsidiárias e demais controladas. Só podem ser definidas como empresas públicas ou de economia mista aquelas que representem uma descentralização, por lei, de atividade administrativa (que caiba ao Estado).

6 Sobre o tema, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 517.

7 A distinção entre estas duas espécies de entidades está, basicamente, na necessidade de buscar recursos no setor privado, o que submete as últimas à forma de sociedades anônimas e às regras de proteção aos acionistas minoritários.

SÉRGIO D' ANDRÉA FERREIRA⁸ inclui nessa categoria as empresas paraadministrativas, nascidas para colaboração com particulares, sem a natureza de pessoas administrativas paraestatais, e, portanto, fora da Administração Pública.

Diversas empresas podem passar ao controle estatal por meio de doações ou legados, dação em pagamento, desapropriação, por adjudicação em processo judicial e, ainda, como previsto no artigo 237, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que "*dispõe sobre as sociedades por ações*", submetendo-se às normas de funcionamento das demais empresas privadas, mas não se subordinando à disciplina jurídica da Administração Pública, já que a Constituição não mais se refere às controladas no artigo 173, § 1.º, com a redação dada pela mencionada Emenda Constitucional n.º 19, de 1998.

Também é costume distinguir, não livre de polêmica, as empresas prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, para admitir, em favor das primeiras, benefícios não extensíveis às empresas privadas desde que atuem em regime de monopólio – sob pena de frustrar a livre concorrência inerente ao princípio da livre iniciativa. A tendência, no entanto, é que, cada vez mais, tais entidades estejam submetidas à competição, fazendo desaparecer tal distinção; afinal, o serviço público previsto no Capítulo da Ordem Econômica comporta exploração empresarial como atividade econômica e, portanto, buscando a eficiência por meio da competição.

3.1 Empresas prestadoras de serviços públicos

Tais empresas representam uma típica opção da Administração pelo princípio da descentralização (supramencionado). Se ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos, pode fazê-lo de forma centralizada ou descentralizada, envolvendo tal descentralização a **outorga**, por lei, a entidades da administração indireta (incluídas, pois, as empresas públicas e de economia mista) e a **delegação**, mediante concessão, permissão ou formas de terceirização (como a prestação de serviços, convênios, franquias etc.), esclarecendo-se que nesta modalidade de transferência do exercício da atividade, seus executores não integram a Administração, sendo meros prestadores de um serviço que continua sob a titularidade do Estado.

3.2 Empresas exploradoras de atividades econômicas

Em um Estado Liberal, tem-se como pontos basilares a liberdade de iniciativa, a propriedade privada e a autonomia da vontade, em contraposição ao Estado Social, que defende, respectivamente, a iniciativa estatal, a propriedade estatal e o dirigismo contratual.

8 FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v. 3, *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. 2.a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Cit., p. 97.

Em busca de uma conciliação entre estes dois modelos de Estado, surge o Estado Bem-estar, que, atrelado ao modelo de Estado Democrático de Direito, faz concluir pela interpretação de que o Estado está legitimado a intervir na atividade econômica, tão-somente pela autorização contida no artigo 173 da Carta Federal; ao mesmo tempo, deve observar seus limites de poder.

Ora, se tal cláusula só autoriza a intervenção concorrencial ou monopolista nas hipóteses de *relevante interesse coletivo* ou de *imperativo de segurança nacional*, Estados e Municípios não poderiam criar empresas que explorem atividades econômicas, mas tão-somente aquelas dedicadas à prestação de serviços públicos.

Há, contudo, entendimento da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, da lavra do então Procurador-Geral do Estado, MARCUS DE MORAES⁹, no sentido de que cabe ao Chefe do Poder Executivo avaliar o conceito de *relevante interesse coletivo* em cada caso e buscar atendê-lo em função da legitimidade recebida pelo voto.

Ressalva-se, ainda, a criação de empresas para o fomento do desenvolvimento estadual e municipal.

4. REGIME JURÍDICO

4.1 Bens

Da obra de HELY LOPES MEIRELLES¹⁰ extrai-se que os bens das empresas estatais são públicos com destinação especial e administração particular na forma prevista nos estatutos.

Comungando desse mesmo ponto de vista tem-se a lição de ODETE MEDAUAR¹¹, que também os enquadra como bens públicos, em função de sua disciplina nas Leis de Licitações, de Ação Popular, de Improbidade Administrativa e em face do controle exercido pelo Tribunal de Contas.

Estes, contudo, não são os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹² e de CAIO TÁCITO¹³, aqui acolhidos, que dizem que os bens das estatais são privados, eis que, ao serem transferidos para incorporar-se ao patrimônio instituidor da empresa, dá-se uma alienação jurídica (ainda que não econômica).

Logo, podem ser penhorados e usucapidos.

9 Visto ao Parecer n.º 36/93-NND.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 335.

11 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6.a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 294.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 123.

13 TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres*. 2.º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 1.171 a 1.182.

4.2 Pessoal

O artigo 173, § 1.º, da Constituição da República não deixa margem de dúvidas quanto ao regime celetista aplicável aos servidores das empresas públicas, de economia mista e demais controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público. Não são, pois, funcionários públicos, submetidos ao regime jurídico único (não mais obrigatório após a Emenda Constitucional n.º 19, de 1998), mas, sim, empregados públicos.

Submetem-se, como os funcionários, ao princípio do concurso público e à proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, mas não ao limite máximo de remuneração previsto no artigo 37, XI, da Constituição.

Tal entendimento referente à aplicação distinta de tratamento aos integrantes da Administração direta e indireta foi demonstrado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro¹⁴ que, em parecer da lavra da Procuradora ANA CRISTINA MOREIRA DE MENEZES¹⁴, conclui pela não aplicação dos institutos de vantagens concebidos para o modelo do vínculo estatutário aos empregos regidos pela CLT.

Polêmica, no entanto, é a possibilidade de serem demitidos sem justa causa, sem direito de defesa, tal como ocorre nas empresas privadas, em função do regime de direito privado inerente aos servidores.

O que deveria ser uma consequência da opção pela forma empresarial esbarra em alguns entendimentos no sentido de que, como entidades da Administração Pública, as empresas públicas e de economia mista se submetem aos princípios da impessoalidade, da motivação, da ampla defesa e do contraditório, o que, ao que parece, só se aplica quando a lei assim o exigir, o que não é o caso da rescisão discricionária do vínculo trabalhista.

Ademais, essa é a dicção que se tem da leitura do art. 173, § 1.º, inciso II, da Constituição da República, ao ditar que o estatuto jurídico da paraestatal deverá dispor sobre a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, dentre outros, o que corrobora a tese da similitude de tratamento a ela conferido em face de qualquer outra pessoa jurídica de direito privado.

Em razão dessa conclusão é que se reafirma o ponto de vista de não ser adequada a criação de empresas estatais para o desempenho de atividades que exijam o exercício

14 MENEZES, Ana Cristina Moreira de. Parecer 06/99 – AMM (PG-4). Processo Administrativo: E-01/1.731/99, publicado no D.O. de 13.08.99, Parte I, p. 15. No estudo proposto, atinente à incorporação de vantagens no âmbito da Administração indireta estadual, firmou entendimento aquela Procuradora no sentido de que “seria ilegítimo conceder-se a funcionários públicos regidos pelo regime da CLT o direito a incorporar vantagens, na medida em que o instituto da incorporação de que se trata aqui ... foi concebido tendo em mira o vínculo estatutário, como forma de incentivar o servidor público que não tinha a seu favor, por exemplo, sindicato com o poder de negociação que os sindicatos de empregados celetistas possuem perante a Justiça do Trabalho.”

do poder de império do Estado, eis que, se o empregado público pode ser demitido a qualquer momento, jamais atuará com a tranquilidade e a independência que tais atividades impõem.

Por outro lado, importante considerar que aos dirigentes de tais entidades paraestatais, eleitos pela Assembléia Geral, não se aplicam os direitos de ordem trabalhista, porquanto inexistente a relação de emprego que mantenha um elo de subordinação característico do vínculo empregatício. Tal entendimento é, igualmente, corroborado pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, pela leitura do parecer exarado pela Procuradora VERA HELENA R. CALDAS FRANCISCO¹⁵.

4.3 Contratos

A doutrina reconhece a existência de dois tipos de contratos em que a Administração é parte; aqueles regidos pelo direito público, que são os contratos administrativos, e os regidos predominantemente pelo direito privado (ou contratos semipúblicos).

O contrato administrativo se caracteriza pelo uso de cláusulas exorbitantes a favor da Administração (artigo 58 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993), ou seja, prerrogativas de que se vale a Administração contratante para, por exemplo, alterar unilateralmente as cláusulas contratuais em conformidade com o interesse público.

Tais cláusulas não são extensíveis às empresas privadas. Logo, as empresas públicas e de economia mista não poderiam adotá-las, e, em razão disso, não celebrariam contratos administrativos e sim contratos regidos predominantemente pelo direito privado (submetidos a formalidades administrativas voltadas para o controle finalístico que a administração direta exerce sobre as entidades da administração indireta).

Há, contudo, quem entenda que os artigos 1.º e 2.º da mencionada Lei¹⁶ autorizam tal uso às paraestatais, já que obrigadas a licitar e a prestar contas ao Tribunal de Contas e, mais uma vez, amparadas por ação popular e contra a improbidade administrativa.

15 Parecer PG/PTA/16/96-VHF: 16.03.99, da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, por meio do qual a parecerista conclui que os dirigentes de empresas públicas "são mandatários e, portanto, não possuem relação de emprego. Em consequência, inexistente contrato de trabalho a ser anotado em sua CTPS." Na oportunidade, faz referência à primeira distribuição do expediente "cuja conclusão foi no sentido de que os ocupantes dos cargos de Diretoria de uma S.A., assim como o Conselho de Administração, são órgãos da sociedade, cuja competência é a administração da companhia. Suas atribuições e poderes são definidos no Estatuto Social, e seus direitos, obrigações e responsabilidades, bem como remuneração, são estabelecidos na lei das S.A. Assim, por caber aos Diretores a administração e o poder de representação da Companhia, exercem o papel de empregador, razão pela qual não é possível que, também, exerçam o papel de empregado." (Grifos nossos)

16 BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. São Paulo: Editora NDJ. 2000. "Art. 1.º Esta Lei 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. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações

Uma outra linha, intermediária, busca sustentar que os contratos firmados por empresas que prestam serviços públicos podem fazer uso de cláusulas exorbitantes, o que não seria admissível nos contratos de empresas exploradoras de atividades econômicas, para evitar a concorrência desequilibrada entre estatais e privadas.

4.4 Licitações

Para JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA¹⁷, os comandos do artigo 37 da Constituição só serão aplicáveis, quanto aos princípios, quando o Texto constitucional fizer-se expressar de modo direto quanto à sua execução e cumprimento. Haveria uma suposta contradição entre os artigos 37 (princípios da Administração pública) e 173 (submissão aos preceitos de pessoa privada). Exemplificativamente, aplica-se o princípio da vedação da acumulação de cargos, mas não se aplica o princípio licitatório, porquanto terão estatutos próprios e pelo fato de tais entidades praticarem atos de natureza civil e não atos administrativos.

Quanto à licitação, aplicam-se somente os princípios e as normas gerais de tal procedimento. Explica-se: se tais empresas têm autonomia administrativa e financeira, e principalmente, se exploram atividade econômica (já que, para o autor, o Estado, quando cria uma empresa, sempre explora atividade econômica, não acatando a classificação supra), seria irrazoável a imposição de curvar-se à licitação para tal finalidade.

Tanto é que a própria Lei n.º 8.666, de 1993, que instituiu as normas para licitações e contratos administrativos, assim previu em seu artigo 17, inciso II, alínea "e", dispondo que para a alienação de bens móveis da Administração Pública é dispensada a licitação nos casos de venda de bens produzidos ou comercializados pelos órgãos ou entidades da Administração, em decorrência de suas finalidades.

Leia-se a lição do autor a respeito:

"O artigo 37 refere-se genericamente à administração direta, indireta e fundacional, mas, quando pretende atingir definitivamente a economia mista e a empresa pública, o faz de forma específica, como é o caso da acumulação de cargos: 'a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público' (artigo 37, XVII).

públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Art. 2.º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se em todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada."

17 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 5.º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 457.

Assim, entre os vários incisos do artigo 37, apenas alcançam a economia mista e a empresa pública aqueles que as refiram de modo expreso ou que com elas guardem adequação." (Grifos nossos)

Sobre o tema, também discorre MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO¹⁸:

"Frisou-se, na Constituição Federal, a obrigatoriedade de licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista, sem distinguir-lhes a finalidade ou o regime jurídico que lhes é aplicável. Decorre tal obrigação do próprio controle da despesa pública, que abrange qualquer pessoa ou entidade pública.

O que não cabe, por absoluta inconstitucionalidade, é nivelar empresas a órgãos da Administração Direta; situações desiguais devem ser tratadas desigualmente. Daí a EC n.º 19/98, dando nova redação aos arts. 22, XXVII, e 173, § 1.º, estabelecer que as normas gerais de licitação somente são obrigatórias para as entidades de direito público; as licitações das empresas públicas, de economia mista e suas subsidiárias ficam sujeitas a um 'estatuto jurídico' próprio, devendo observar os princípios da Administração Pública. Nada se falou sobre as controladas."

Se é certo que a doutrina majoritária é no sentido de que a conjugação dos artigos 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, da Constituição da República obriga, como regra, tais entidades à prévia licitação de seus contratos, não é menos exato que tal procedimento não é o mesmo para todas as entidades da Administração.

Vale, todavia, lembrar que o artigo 22, inciso XXVII, da Carta da República foi modificado pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, estabelecendo que as licitações das estatais serão regidas pela norma prevista no artigo 173, § 1.º, da Constituição.

18 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & Contratos Administrativos*. 3.ª ed. rev., ampl. e atual. pela EC n.º 19/98 e pela Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, pp. 388/389.

19 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2002. "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: ... XXVII - normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ... XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Logo, e trazendo novamente o escólio de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO²⁰, não teria sido recepcionada para as a Lei n.º 8666, de 1993 (em especial o artigo 119, que dispõe que as estatais devem editar os seus regulamentos próprios, com subordinação aos comandos da Lei Geral de Licitações). Nessa linha, enquanto não for editada tal norma, elas poderiam adotar normas próprias de licitação, atendidos os princípios da Administração.

A matéria, contudo, não é pacífica, pois há entendimentos de que até que seja editada a referida lei, continua em vigor a Lei n.º 8.666, de 1993, invocando-se, para tanto, o princípio da legalidade.

4.5 Tratamento Fiscal

O artigo 173, § 1.º, da Constituição submete tais empresas ao regime de direito privado, enquanto o § 2.º impede benefícios não extensíveis às empresas privadas.

Logo, a elas não podem ser atribuídos favores fiscais, tais como isenções ou anistias, que não sejam outorgados às demais empresas do setor privado.

Isso não atinge, no entanto, as empresas que atuam em caráter monopolista, como em alguns casos de empresas públicas ou de economia mista que prestam serviços públicos sem competir com empresas privadas (conforme já reconhecido pelo Eg. STF, pela pena do Min. Aliomar Baleeiro).

4.6 Prerrogativas

Para a consecução de seus propósitos, a Administração direta e autárquica se vale da prática de atos administrativos, quais sejam aqueles atos unilaterais, inerentes ao atendimento do interesse social. Frise-se, neste ponto, que a unilateralidade dos atos importa em afirmar que, se permitida a manifestação de terceiro, não se estaria a falar de atos administrativos, mas de atos bilaterais, típicos, por exemplo, dos contratos administrativos.

Defendemos²¹ o argumento de que "uma característica marcante do ato administrativo é o fato de resultar da vontade de uma autoridade; daí porque se entende que os atos emanados de empresas públicas e sociedades de economia mista não são atos materialmente administrativos (porque expedidos por pessoas de direito privado - CF, artigo 173, § 1.º), ainda que integrantes da Administração Pública. A

20 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & Contratos Administrativos*. Ob. cit., pp. 415 e 416.

21 CUNHA, Paulo César Melo da. *Atos administrativos*. IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. *Boletim Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública - DCAP* n.º 05/98. São Paulo: IOB, 1998, pp. 5 a 18.

controvérsia tem como uma de suas conseqüências o descabimento do mandado de segurança contra atos daquelas entidades, por não serem atos de autoridades”, apesar de o tema ser polêmico, “pois, por outro lado, o artigo 4.º da Lei n.º 8.666/93 diz que a Licitação é ato administrativo e os arts. 1.º e 119 do mesmo diploma legal obrigam as estatais por força dos arts. 22, XXVII, e 37, XXI, CF”.

Como são regidas pelo direito privado, o entendimento dominante é de que elas não praticam atos de autoridade ou atos administrativos; seus atos são de gestão, regidos pelo direito privado (civil ou comercial), desprovidos, portanto, de imperatividade e de executoriedade.

Logo, contra seus atos não caberia mandado de segurança, posição da qual não compartilha CARLOS ARI SUNDFELD²², que entende que, quando tais entidades promovem licitações, se submetem ao conceito de ato administrativo contido no artigo 4.º da Lei n.º 8.666, de 1993.

4.7 Processo administrativo

Com a edição da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estabelece “normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”, se cogitou de o regime do artigo 173, § 1.º, da Constituição, excluir as empresas públicas e de economia mista de sua aplicabilidade.

Sobre o tema, concluiu MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO²³ que:

“Não se abriu, aqui, qualquer exceção, não cabendo distinguir onde o legislador não o fez, valendo destacar que a Comissão elaboradora do anteprojeto – composta de nomes como Caio Tácito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Odete Medauar, Almiro Couto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro – centrou suas preocupações no interesse dos administrados, destinatários das ações do Estado em qualquer de suas formas (daí ter incluído, ainda, os atos dos Poderes Legislativo e Judiciário entre os destinatários). Teve, sim, o cuidado de ressaltar a eficácia de leis especiais, com aplicação subsidiária das normas gerais (artigo 69).”

Não se imagina que a forma empresarial, submetida ao direito privado, exclua as empresas públicas e de economia mista da observância dos “princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, propor-

cionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse coletivo e eficiência”; também não se concebe que não possam ser assimilados pelas formas privatísticas da Administração os critérios de “atuação conforme a lei e o Direito”, de “atendimento a fins de interesse geral”, de “objetividade no atendimento do interesse público” de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, “divulgação oficial dos atos”, “adequação entre meios e fins”, etc... (previstos no artigo 2.º da citada lei); em nada prejudica a flexibilidade empresarial a observância de normas que impõem “direitos e deveres dos administrados”, “desenvolvimento do processo”, “competência, impedimentos e suspeição”, “dever de decidir e motivação”, que visam, justamente, a dar aplicabilidade aos princípios constitucionais e legais a que estão sujeitas as entidades estatais.”

4.8 Direito Societário

Disciplinando o artigo 173, § 1.º, da Constituição, antes da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, a Lei n.º 6.404, de 1976, dedicou o Capítulo XIX às “Sociedades de Economia Mista” (artigos 235 a 242), submetendo-as ao seu regime, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal, bem como às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, se forem companhias abertas²⁴.

24 Ficam, assim, sujeitas, entre outras, às seguintes normas: Artigo 80 - A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I - subscrição, pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; II - realização, como entrada, de dez por cento, no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; III - depósito, no Banco do Brasil S.A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro. Parágrafo único - O disposto no II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social. Depósito da Entrada. Artigo 81 - O depósito referido no III do artigo 80 deverá ser feito pelo fundador, no prazo de cinco dias contados do recebimento das quantias, em nome do subscritor e a favor da sociedade em organização, que se poderá levantá-lo após haver adquirido personalidade jurídica. Parágrafo único - Caso a companhia não se constitua dentro de seis meses da data do depósito, o banco restituirá as quantias depositadas diretamente aos subscritores. Registro da Emissão. Artigo 82 - A constituição de companhia por subscrição pública depende do prévio registro da emissão na Comissão de Valores Mobiliários, e a subscrição somente poderá ser efetuada com a intermediação de instituição financeira. § 1.º - O pedido de registro de emissão obedecerá às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e será instruído com: a) o estudo da viabilidade econômica e financeira do empreendimento; b) o projeto do estatuto social; c) o prospecto, organizado e assinado pelos fundadores e pela instituição financeira intermediária. § 2.º - A Comissão de Valores Mobiliários poderá condicionar o registro a modificações no estatuto ou no prospecto e denegá-lo por inviabilidade ou temeridade do empreendimento, ou inidoneidade dos fundadores. - Projeto do Estatuto. Artigo 83 - O projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia. Prospecto. Artigo 84 - O prospecto deverá mencionar, com precisão e clareza, as bases da companhia e os motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento, e em especial: I - o valor do capital social a ser subscrito, o modo de sua realização e a existência ou não de autorização para aumento futuro; II - a parte do capital a ser formada com bens, a discriminação desses bens e o valor a eles atribuído pelos fundadores; III - o número, as espécies e classes de ações em que se dividirá o capital; o valor nominal das ações e o preço

22 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 39.

23 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Procedimento administrativo e sua aplicabilidade às empresas estatais*. Repertório IOB de Jurisprudência n.º 15/99. São Paulo: IOB, 1999, pp. 460 e ss. (Texto 1/13.779).

Ressalvou-se que as companhias de que participarem as sociedades de economia mista, seja majoritária ou minoritariamente, estão sujeitas ao disposto na Lei de S.A., sem as exceções previstas nos citados dispositivos.

Embora a regra seja a autorização legislativa, a Lei ressaltou que sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembléia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou, ainda, no caso de concessionária de serviço público.

A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição e somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei ou no exercício de opção legal para aplicar imposto de renda em investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial, ressalvadas as instituições financeiras de economia mista, que poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

da emissão das ações; IV - a importância da entrada a ser realizada no ato da subscrição; V - as obrigações assumidas pelos fundadores, os contratos assinados no interesse da futura companhia e as quantias já despendidas e por despende; VI - as vantagens particulares, a que terão direito os fundadores ou terceiros, e o dispositivo do projeto do estatuto que as regula; VII - a autorização governamental para constituir-se a companhia, se necessária; VIII - as datas de início e término da subscrição e as instituições autorizadas a receber as entradas; IX - a solução prevista para o caso de excesso de subscrição; X - o prazo dentro do qual deverá realizar-se a assembléia de constituição da companhia, ou a preliminar para avaliação dos bens, se for o caso; XI - o nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos fundadores, ou, se pessoa jurídica, a firma ou denominação, nacionalidade e sede, bem como o número e espécie de ações que cada um houver subscrito; XII - a instituição financeira intermediária do lançamento, em cujo poder ficarão depositados os originais do prospecto e do projeto de estatuto, com os documentos a que fizerem menção, para exame de qualquer interessado. Lista, Boletim de Entrada. Artigo 85 - No ato da subscrição das ações a serem realizadas em dinheiro, o subscritor pagará entrada e assinará a lista ou o boletim individual autenticados pela instituição autorizada a receber as entradas, qualificando-se pelo nome, nacionalidade, residência, estado civil, profissão e documento de identidade, ou, se pessoa jurídica, pela firma ou denominação, nacionalidade e sede, devendo especificar o número das ações subscritas, a sua espécie e classe, se houver mais de uma, e o total da entrada. Parágrafo único - A subscrição poderá ser feita, nas condições previstas no prospecto, por carta à instituição, com as declarações prescritas neste artigo e o pagamento da entrada. Convocação de Assembléia. Artigo 86 - Encerrada a subscrição e havendo sido subscrito todo o capital social, os fundadores convocarão a assembléia geral que deverá: I - promover a avaliação dos bens, se for o caso (artigo 8.º); II - deliberar sobre a constituição da companhia. Parágrafo único. Os anúncios de convocação mencionarão hora, dia e local da reunião e serão inseridos nos jornais em que houver sido feita a publicidade da oferta de subscrição.- Assembléia de Constituição. Artigo 87 - A assembléia de constituição instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social, e, em segunda convocação, com qualquer número. § 1.º - Na assembléia, presidida por um dos fundadores e secretariada por subscritor, será lido o recibo de depósito de que trata o III do artigo 80, bem como discutido e votado o projeto de estatuto. § 2.º - Cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto; a maioria não tem poder para alterar o projeto de estatuto. § 3.º - Verificando-se que foram observadas as formalidades legais e não havendo oposição de subscritores que

A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

As companhias de economia mista terão, obrigatoriamente, um conselho de administração, sendo assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo. Deverão, também, possuir um conselho fiscal, com um dos seus membros, e respectivo suplente, eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver.

Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas.

Quando assumirem a forma de sociedade anônima, o Poder Público, na qualidade de acionista de tais empresas, poderá firmar *acordos de acionistas* com os demais (Lei n.º 6.404, de 1976, art. 118), com vistas à definição de critérios de gestão da empresa. Trata-se de técnica que viabiliza uma maior segurança nos investimentos dos minoritários (sempre receosos que as decisões políticas interfiram em critérios técnicos que devem orientar a atuação da empresa nos moldes do direito privado).

representem mais da metade do capital social, o presidente declarará constituída a companhia, procedendo-se, a seguir, à eleição dos administradores e fiscais. § 4.º - A ata da reunião, lavrada em duplicata, depois de lida e aprovada pela assembléia, será assinada por todos os subscritores presentes, ou por quantos bastem à validade das deliberações; um exemplar ficará em poder da companhia e o outro será destinado ao registro do comércio. Artigo 88 - A constituição da companhia por subscrição particular do capital pode fazer-se por deliberação dos subscritores em assembléia geral ou por escritura pública, considerando-se fundadores todos os subscritores. § 1.º - Se a forma escolhida for a de assembléia geral, observar-se-á o disposto nos artigos 86 e 87, devendo ser entregues à assembléia o projeto do estatuto, assinado em duplicata por todos os subscritores do capital, e as listas ou boletins de subscrição de todas as ações. § 2.º - Preferida a escritura pública, será ela assinada por todos os subscritores, e conterá: a) a qualificação dos subscritores, nos termos do artigo 85; b) o estatuto da companhia; c) a relação das ações tomadas pelos subscritores e a importância das entradas pagas; d) a transcrição do recibo do depósito referido no III do artigo 80; e) a transcrição do laudo de avaliação dos peritos, caso tenha havido subscrição do capital social em bens (artigo 8.º); f) a nomeação dos primeiros administradores e, quando for o caso, dos fiscais.- Arquivamento e Publicação. Artigo 94 - Nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos. - Companhia Constituída por Assembléia. Artigo 95 - Se a companhia houver sido constituída por deliberação em assembléia geral, deverão ser arquivados no registro do comércio do lugar da sede: I - um exemplar do estatuto social, assinado por todos os subscritores (artigo 88, § 1.º) ou, se a subscrição houver sido pública, os originais do estatuto e do prospecto, assinados pelos fundadores, bem como do jornal em que tiverem sido publicados; II - a relação completa, autenticada pelos fundadores ou pelo presidente da assembléia, dos subscritores do capital social, com a qualificação, número das ações e o total da entrada de cada subscritor (artigo 85); III - o recibo do depósito a que se refere o III do artigo 80; IV - duplicata das atas das assembléias realizadas para a avaliação de bens, quando for o caso (artigo 8.º); V - duplicata da ata da assembléia geral dos subscritores que houver deliberado a constituição da companhia (artigo 87).- Companhia Constituída por Escritura Pública. Artigo 96 - Se a companhia tiver sido constituída por escritura pública, bastará o arquivamento de certidão do instrumento.- Assembléia Geral. Artigo 121 - A assembléia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Em norma bastante polêmica, o artigo 242 da Lei de S.A.²⁵ estabelecia que:

"As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações."

Entendia JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA²⁶ que o dispositivo violava o artigo 173, § 1.º, da Constituição, porque excluía as empresas de um regime aplicável às demais empresas privadas.

Assim, tais empresas poderiam vir a falir pela interpretação literal do dispositivo constitucional, sendo, para os seguidores desta corrente, as disposições infraconstitucionais tidas como não recepcionadas pela Carta da República de 1988.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO²⁷ sustentava, em síntese, que a falência é um processo de substituição do patrimônio do devedor para atender o interesse privado do credor; logo, o ato do Judiciário estaria desconsiderando a lei (ato conjunto do Legislativo e Executivo) prevista no artigo 173, que reconhece um relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional para atender o interesse privado do credor, violando o princípio basilar do direito público da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Daí ter sido recepcionada a norma não apenas para as sociedades de economia mista, como, também, para as empresas públicas (não contempladas no dispositivo legal constitucional). Este argumento parece não se alterar com a revogação do dispositivo pela Lei n.º 10.303, de 31 de novembro de 2001, mas, sem dúvida, tal revogação reforça o ponto de vista sustentado por JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA.

Em regra, se o objeto da sociedade é regulado pela lei civil, a sociedade é civil; se, por outro lado, é regulado pela lei comercial, a sociedade é comercial. Porém as sociedades anônimas, por força de lei, são sociedades comerciais e, portanto, sujeitas à falência. Há, no entanto, leis especiais que excepcionam esta regra, como é o caso das sociedades de economia mista, com a já referida menção ao artigo 242 da Lei n.º 6.404, de 1976. Ao seu lado, outras sociedades comerciais estão excepcionadas por expressa disposição legal, como é o caso das sociedades seguradoras (Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, que prevê em seu artigo 26 que as sociedades seguradoras não estão sujeitas a falência, nem poderão impetrar concordata) e das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde (Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, que em seu artigo 23 estabelece que aquelas pessoas jurídicas não podem requerer concordata, bem como não estão sujeitas ao regime de falência, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial, previsto no Decreto-lei n.º 73, de 1966).

25 BRASIL. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. <http://www.planalto.gov.br>.

26 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Ob. cit., p. 463.

27 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & Contratos Administrativos*. Ob. cit., p. 122.

Para SÉRGIO CAMPINHO²⁸, o artigo 173, § 1.º, da Constituição não tem toda a largueza que aparenta, haja vista que a legislação ordinária é que disporá a respeito da possibilidade de a empresa poder ou não vir à falência.

A título de ilustração, da mesma forma que há hipóteses de exceções para a incidência nas disposições falimentares de sociedades comerciais, ocorre igual situação com as sociedades civis, estas, porém, sujeitas à falência por força expressa de leis especiais, a saber: empresas de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974: "art. 16 – no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.") e incorporações imobiliárias (Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964: "art. 43, inciso III – em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste.").

É este regime societário da Lei n.º 6.404, de 1976, que autoriza as estatais a celebrarem consórcio, como se verá adiante.

4.9 Privatização

A privatização envolve a alienação do controle acionário da empresa.

Há duas correntes sobre a autorização para a privatização de empresas sob controle do Estado.

A minoritária é na linha de que a Constituição da República só exige autorização legislativa para a criação da empresa (art. 37, inciso XIX); uma vez criada, ela se regerá apenas pelo direito privado (art. 173, § 1.º) e, portanto, o Estado, como acionista controlador, poderia vender suas ações ao particular no instante que desejasse.

A majoritária, por sua vez, entende que a empresa só existe porque houve um relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional (art. 173) ou a descentralização de um serviço público (art. 175), reconhecidos em lei. Portanto, só outra lei poderia autorizar a mudança desse *status*.

Desse entendimento, por sua vez, decorrem duas correntes, sobre a necessidade de se ter uma lei específica para autorizar a privatização de cada empresa, como sustentam os opositores dos programas de privatização, ou se uma lei genérica, como a Lei

28 CAMPINHO, Sérgio. Aula proferida no Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes – RJ, em 1998.

Federal n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997 (que revogou a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990) e a Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 2.470, de 28 de novembro de 1995, que aprovaram programas de desestatização e autorizaram, genericamente, a privatização de todas as empresas, mediante edição de decreto incluindo a empresa no programa.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento nesse último sentido²⁹, eis que a retirada da presença do Estado é mera correção de situações não acolhidas pelo artigo 173 (ou seja, há diversas empresas que não mais atendem aos requisitos de "imperativo de segurança nacional" ou de "relevante interesse coletivo").

5. O CONSÓRCIO

A Constituição da República, em seus artigos 1.º, inciso IV, e 170, *caput*, dedicou à livre iniciativa especial atenção, para inseri-la como princípio fundamental do Estado Brasileiro, em exata contraposição ao art. 173, da mesma Carta Magna, que diz que "ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Não se está a falar, aqui, da hipótese em que o Estado exerce sua potestade, sua autoridade como critério de intervenção, seja no exercício da polícia administrativa, ou até mesmo na prestação de serviços públicos, no ordenamento econômico ou no ordenamento social, como sendo as atividades estatais precípuas.

Quando se fala em exploração de atividade econômica pelo Estado, deve-se ter em mente os exatos termos do art. 173 da Constituição que, em suma, resume conceitos jurídicos indeterminados, voltados à conveniência e oportunidade do administrador para, diante do caso concreto, interpretar pela integração da norma e eleger o que seja "relevante interesse coletivo" e "imperativo de segurança nacional".

Assim, considerando que ao particular compete a livre iniciativa, valendo-se o Estado da exploração da atividade econômica nas situações bem delineadas na Constituição, podem as estatais associar-se a outras pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração, para o desempenho de seus misteres, valendo-se do instituto do consórcio.

Nos termos do disposto no art. 278 da Lei n.º 6.404, de 1976, as companhias e quaisquer outras sociedades podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, ressaltando que este tipo de associação **não tem personalidade jurídica** e as consorciadas somente se obrigam nas condições fixadas no respectivo contrato, respondendo cada consorciada pelas suas respectivas obrigações, sem presunção de solidariedade.

29 ADINs n.ºs 562-DF e 234-1-RJ.

Seriam, assim, uma evolução das concentrações empresariais de que trata MAURO RODRIGUES PENTEADO³⁰, citando ARNOLDO WALD:

"numa economia concertada e dialogada, o consórcio é instrumento de grande utilidade, que multiplica o poder de desempenho das empresas, sem lhes tirar o seu status de forma independente, conciliando, assim, as necessidades da concentração com a manutenção das peculiaridades locais e da individualidade de cada empresa consorciada."

Leia-se o ensinamento atual de JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA³¹ a respeito:

"Por consórcio se denomina a sociedade não personificada, cujo objeto é a execução de determinado e específico empreendimento."

Cabe, ainda, transcrever a citação oferecida pelo autor em homenagem a PONTES DE MIRANDA³² que, em síntese, concluiu que:

"... O elemento consorcial resulta de litigação negocial no tocante a determinada atividade econômica, ou atividades econômicas conexas. Não de existir disciplina e organização que permitam a comunidade no tratamento dos interesses e nos resultados (...). O consórcio é, necessariamente, negócio jurídico causal. Tem de haver referência à mesma atividade econômica ou a atividade econômica conexa, para que resultem a função comum e o interesse comum."

(...)

A empresa consorciada pode ser pessoa jurídica ou pessoa física. O que é essencial é que haja mesmidade ou conexidade de atividades das empresas. Bem assim, que o laço consorcial não retire a independência das empresas que se consorciam (...). Cumpre prestar atenção a que o consórcio não tenha finalidade de lucros, mas sim de lucros dos consorciados."

Como dito, reza o art. 278, § 1.º, da Lei de S.A. que os consórcios não têm personalidade jurídica. Ocorre que JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA³³ afirma peremptoriamente que os consórcios "podem ensejar a qualificação de sociedade irregular,

30 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcios de Empresas*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora. 1979, p. 14, *apud* WALD, Arnaldo. *Consórcio de Empresas*. RT Informa n.º 119, de 15.12.74. Ed. Revista dos Tribunais, pp. 14/15.

31 ROCHA, João Luiz Coelho da. Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos. *Revista de Direito Mercantil* n.º 115. Malheiros: São Paulo. Jul. a Set. de 1999, pp. 83/84.

32 MIRANDA, Pontes de, *apud* ROCHA, João Luiz Coelho da. *Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos*. Ob. cit., p. 85.

33 ROCHA, João Luiz Coelho da. Novas alternativas e derivações jurídicas para a agregação empresarial. *Revista de Direito Mercantil* n.º 118. Malheiros: São Paulo. Abr. a Jun. de 2000, pp. 94/95.

arrastando a responsabilização de todos os consorciados pelos ônus fiscais, previdenciários e comerciais em aberto, para nada dizer sobre as gravações trabalhistas sempre possíveis de serem estendidas a eles". (grifos nossos)

Sob outro aspecto, ainda JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA³⁴ afirma que, apesar de a estruturação consorcial não ter personalidade jurídica por definição legal, a pretexto de maior rigor no controle daqueles que pagam e auferem receitas, invocou-se a necessidade de sua inscrição no Cadastro de Pessoas Jurídicas, nos termos da Instrução Normativa n.º 105, de 1984.

Sob esse prisma, não pode o consórcio assumir direitos e obrigações, pelo simples fato de não constituir uma pessoa jurídica própria, com personalidade distinta das individualmente agregadas, sob o pretexto de união voltada a um empreendimento.

5.1 Espécies de consórcio

No direito brasileiro pode haver três tipos de consórcio entre empresas estatais e do setor privado:

- o primeiro seria o consórcio para a exploração de determinada atividade econômica por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exerçam tais atividades, nos termos do já mencionado art. 173, § 1.º, da Constituição. Um dos exemplos desse tipo de consórcio, que assume características especiais pela disciplina na Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, que trata das atividades do petróleo é o "Joint Operating Agreement"³⁵ – JOA, pelo qual as empresas se associam para a exploração de jazidas de petróleo.

- o segundo seria o consórcio para a prestação de um serviço público, ocasião em que haveria submissão aos parâmetros da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, mormente no que toca aos arts. 19 e 20³⁶, donde se conclui que o consórcio deve se transformar em empresa para a assinatura do contrato de concessão; e

34 ROCHA, João Luiz Coelho da. *Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos*. Ob. cit., pp. 83/84.

35 Sobre o tema, ver CHEQUER, Alexandre Ribeiro. Aspectos Jurídicos dos "Joint Operating Agreements" na Indústria do Petróleo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. IX. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002, pp. 1 a 32.

36 BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Senado Federal. "Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I – comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas; II – indicação da empresa responsável pelo consórcio; III – apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada; IV – impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente. § 1.º – O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo. § 2.º – A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas." "Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde

- por último, há o consórcio para participação em licitações outras que não precedem as concessões, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666, de 1993³⁷, que, em suma, dispõe que o contrato administrativo pode ser firmado com a empresa líder do consórcio, sem necessidade de ser criada uma pessoa jurídica, distinguindo-se do consórcio previsto na Lei de S.A. pelo fato de se prever responsabilidade solidária dos seus integrantes. Este é um consórcio instrumental, firmando-se o contrato com a empresa líder.

Apresenta-se como polêmica, ainda, a interpretação acerca da redação do inciso XX do art. 37 da Constituição da República, que estabelece a necessidade de autorização legislativa para a participação das subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista junto a empresas privadas.

Na verdade, considerando que o consórcio não tem personalidade jurídica própria, não há necessidade de autorização legislativa, dado que a empresa estatal, com personalidade de direito privado, pode desenvolver parcerias para a realização do seu objeto social.

5.2 Desnecessidade de procedimento licitatório para celebração do consórcio

Em decorrência dessas associações, novo debate foi travado para indagar se, sendo o consórcio uma espécie de pacto entre empresas, deveria ser instaurado um procedimento licitatório para a escolha do parceiro da entidade da Administração, ou, em outras palavras, se o regime jurídico de direito privado daquelas entidades afastaria a licitação nos contratos das estatais.

Ainda que admitida a conclusão de que as empresas públicas e de economia mista se submetem à regra da licitação, no caso de consórcio entre empresa estatal e empre-

que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato."

37 BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Senado Federal. "Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital; III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexistente este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato. § 1.º – No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo. § 2.º – O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo."

sa privada, a polêmica quanto à necessidade de licitação para escolha de parceiro em consórcio não procede, eis que o consórcio, sendo uma **parceria empresarial**, exige confiança entre os parceiros – *affectio societatis* – o que não é passível de licitar. Ademais, como regra geral, não cabe falar-se em licitações para escolha dos parceiros da Administração.

Este, igualmente, o posicionamento de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL³⁸, *in verbis*:

“Nos casos em que o poder concedente adota o procedimento autorizado pelo art. 20 da Lei 8.987/95, as empresas que participam da licitação em consórcio não chegam a formalizá-lo. Isso porque durante o procedimento licitatório lhes é exigido apenas o compromisso de constituição do consórcio. E, caso vencedoras, para a celebração do contrato devem constituir uma sociedade de fins específicos (‘sociedade de propósito específico’). Ao contrário das contratações em geral, não são as licitantes, consorciadas, que são contratadas pelo Poder Público, mas sim uma nova pessoa jurídica, constituída pelas licitantes para o fim específico de prestar o serviço concedido. Vale dizer: uma nova pessoa jurídica, da qual as licitantes sejam sócias ou acionistas. O consórcio, portanto, não chega a ser formalizado, ou seja, não chega a ter existência jurídica.

(...)

Para contratar uma obra pública, uma prestação de serviços, uma compra ou alienação, ou, ainda, uma concessão ou permissão (na qualidade de concedente ou permitente), o Poder Público deve licitar. Para contratar uma sociedade, não tem o dever de licitar. Isso em face da Constituição e das leis vigentes no País, ou seja, em face do Direito brasileiro.

(...)

Note-se que o art. 62, § 3.º, da Lei 8.666/93 dispõe que se aplicam algumas das normas legais, no que couber, aos contratos ‘cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado’, mencionando especialmente os contratos de seguro, financiamento e locação. Esse dispositivo legal não infirma o que foi dito até aqui, porque:

...

c) o contrato de sociedade é exclusivamente, e não predominantemente, regido pelo direito privado.” (grifos nossos)

38 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Formação de consórcio – escolha de parceiro por empresa estadual – desnecessidade de licitação. *Revista Diálogo Jurídico* n.º 12, Março de 2002. Bahia: <http://www.direitopublico.com.br>.

5.3 Análise de caso prático

LUIS ROBERTO BARROSO³⁹, em estudo sobre os aspectos constitucionais concernentes a um contrato de associação celebrado entre a Petrobrás S.A. e uma empresa do ramo petroquímico, apresentou desenvolvimento no mesmo sentido do que aqui se apresenta.

Naquela oportunidade, esclareceu que a Petrobrás S.A. tem a forma de sociedade de economia mista desde sua criação, estando, pois, inserida nos comandos dos arts. 37, XIX, e 173, § 1.º, ambos da Constituição da República; art. 5.º do Decreto-lei n.º 200, de 1967, e art. 235 da Lei n.º 6.404, de 1976.

Este é, em suma, o conteúdo e a solução ao final apresentada: pela combinação da leitura dos arts. 173, § 1.º, da Constituição e 235 da Lei de S.A., o leitor incauto poderia interpretar que as sociedades de economia mista sujeitam-se plenamente a um regime de direito privado, o que, todavia, não ocorre. Não se pode olvidar que as sociedades de economia mista integram a Administração Indireta e, portanto, inseridas em um sistema híbrido, não podendo ser equiparadas a uma sociedade puramente privada.

Assim, como visto, diversamente dos particulares, sujeitam-se elas aos princípios do art. 37 da Constituição; submetem-se às normas orçamentárias, à prestação de contas e ao concurso público, respectivamente tratados nos arts. 165, § 5.º; 71, II; e 37, II, todos da Constituição.

Considerando, porém, tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, a Petrobrás (após a Emenda Constitucional n.º 9, de 1995) passou a desenvolver suas atividades econômicas em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado. Logo, se empresas privadas que disputam mercado, inclusive com a Petrobrás, celebram, rotineiramente, pactos de boa-fé e pactos de preferência nas parcerias e contratos, é natural que a Petrobrás possa igualmente fazer o mesmo.

No que toca à discussão atinente à licitação (como condição para a celebração do ajuste), não houve razão para se aduzir que aquele regime de busca da proposta mais vantajosa deveria imperar na comunhão que se pretendia. Em primeiro lugar, porque não se estava a tratar de busca de produto ou serviço para a Administração, de modo que se justificasse o procedimento licitatório. Depois, porque não se poderia cogitar de licitar o que seria a própria atividade-fim da empresa, de modo que o que se pretendia era um relacionamento com um terceiro, diversamente do que pugna o procedimento licitatório.

O que se pretendeu, enquanto pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública foi, nada mais, nada menos, que um contrato de associação

39 BARROSO, Luis Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 389 a 433.

cujos objetos são a reunião de recursos e esforços para promover, construir e explorar atividades meramente econômicas, dentro de um sistema de economia de mercado.

Esse tipo de parceria, inclusive, é fomentado pela Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, que, em seu art. 63⁴⁰, assim dispõe:

“A Petrobrás e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo.”

Assim, demonstra-se que a própria Lei n.º 9.478, de 1997, não exige licitação para a celebração de parcerias ou associações, diversamente do que ocorre em relação aos contratos de concessão (art. 23) ou em relação à aquisição de bens ou serviços (art. 67), ou seja, o contrato celebrado se resume em um consórcio comercial, resultante de um contrato entre sociedades.

Não foi outra, aliás, a intenção do legislador infraconstitucional, ao admitir no art. 278 da mesma Lei n.º 6.404, de 1976, que as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, poderão constituir consórcio com vistas a executar determinado empreendimento.

Consórcio, então, significa união, combinação, associação. No sentido voltado à Lei das Sociedades Anônimas, consórcio é uma forma de associação de empresas com o propósito de desenvolver determinados empreendimentos e, por ser uma associação, é imprescindível a *affectio societatis*, elemento indissociável do contrato, que identifica a afinidade entre as partes e a motivação pela qual decidiram somar esforços para produzir um resultado de interesse comum.

Bem por isso, concluiu o parecerista que⁴¹:

“Contrato de associação celebrado por sociedade de economia mista no desempenho de sua atividade-fim não se enquadra na previsão constitucional de exigibilidade de licitação, que se aplica a obras, serviços, compras e alienações (arts. 37, XXI), bem como à concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175). A lei específica também não prevê a realização de licitação para este tipo de contrato, que se enquadra na espécie negocial consórcio (Lei 9.478/97, art. 63). Demais disto, é elemento essencial de sua celebração a presença de affectio societatis, cujo caráter subjetivo reforça o entendimento de que a licitação, procedimento objetivo por excelência, além de não exigível, é incompatível com o resultado visado.”

40 BRASIL. Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Senado Federal.

41 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 431.

Assim, pode-se dizer que o grau de comprometimento entre os consorciados no empreendimento é que vai demarcar o ajuste entre os partícipes, e não a licitação, que teria propósitos distintos. Conclui, assim, que poderia ser comparada tal hipótese a uma inexigibilidade de licitação, haja vista que seria impossível, por critérios meramente objetivos típicos do procedimento licitatório, aferir a melhor proposta.

Frise-se que não há, por conta disso, qualquer possibilidade de a Administração não se subordinar ao regime de direito público, com regras como as de licitações e contratos administrativos, concurso público, prestação de contas ao Tribunal de Contas etc., ainda que sob um pretexto de ser o consórcio “*um imperativo da vida negocial contemporânea*”⁴².

Cabe, por fim, esclarecer que tais associações entre estatais e empresas privadas podem ter participação minoritária das primeiras, conforme explicitado no art. 66 da Lei n.º 9.478, de 1997, para a Petrobrás, e na Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, que deu nova redação à Lei n.º 3.890-A, de 25 de abril de 1961, para a Eletrobrás.

6. CONCLUSÕES

- As empresas públicas e as sociedades de economia mista, para serem criadas, dependem de autorização legislativa com iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo e só podem atuar nas áreas definidas em lei complementar.

- Podem ser criadas tanto para atuar no campo da livre iniciativa como na prestação de serviços públicos, não podendo, no entanto, desenvolver atividades que exijam o exercício do poder de império do Estado, já que nas relações regidas pelo direito privado as partes estão no mesmo plano de igualdade (relações de coordenação), enquanto que as relações disciplinadas pelo direito público envolvem subordinação ao interesse público; daí o uso da autoridade e da supremacia do interesse geral sobre o individual.

- Seu pessoal, patrimônio e contratos se submetem ao regime jurídico de direito privado, ainda que estejam sujeitas ao dever de licitar e ao concurso público, em homenagem ao princípio da impessoalidade, e estejam protegidas contra a falência, em função do princípio da separação de poderes. Submetem-se, ainda, às normas sobre processo administrativo, embora não dependa de atendimento ao princípio da ampla defesa a demissão imotivada de empregado, por força do citado art. 173, § 1.º, inciso II, da Constituição.

- Como regra, não podem receber benefícios fiscais, salvo se extensíveis às empresas privadas ou se desenvolvem atividades em caráter monopolista.

42 TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades anônimas no Direito Brasileiro*. Vol. II, Ed. José Bushatsky, p. 793, *apud* ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria – formas associativas não personalizadas *in* *Revista de Direito Mercantil* n.º 105. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 39.

▪ A lei pode autorizar genericamente a privatização de empresas estatais, de modo a corrigir a presença do Estado em setores nos quais a Constituição não admite a sua participação.

• O consórcio entre estatais e empresas privadas não tem personalidade própria, não necessita de autorização legislativa para sua criação, nem participação majoritária estatal, mas pode prever responsabilidade solidária de seus integrantes quando firmado com o objetivo de contratação com a Administração; no caso de contrato de concessão ou permissão de serviço público, o consórcio poderá se transformar em uma sociedade de propósito específico, adquirindo, assim, personalidade jurídica.

• O consórcio com outras empresas não é instrumento de fuga da burocracia porque não ganha personalidade jurídica própria, distinta da personalidade da estatal; a alternativa para a redução de controles burocráticos é a celebração de contratos de gestão, previstos no art. 37, § 8.º, da Constituição da República, que sujeita a entidade da Administração Pública apenas a um controle de resultado, com a verificação do atendimento das metas ajustadas voluntariamente entre a entidade e o Poder Central (deixaria de haver, assim, um controle sobre as etapas de realização dos resultados).

7. BIBLIOGRAFIA

1. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Formação de consórcio – escolha de parceiro por empresa estadual – desnecessidade de licitação. Revista Diálogo Jurídico n.º 12 – Março de 2002. Bahia: <http://www.direitopublico.com.br>.
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
3. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
4. BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
5. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2002.
6. BRASIL. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. <http://www.planalto.gov.br>.
7. BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Senado Federal.
8. BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. São Paulo: Editora NDJ. 2000.
9. BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Senado Federal.
10. BRASIL. Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Senado Federal.
11. CAMPINHO, Sérgio. Aula proferida no Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes – RJ, em 1998.
12. CHEQUER, Alexandre Ribeiro. Aspectos Jurídicos dos “Joint Operating Agreements” na Indústria do Petróleo. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. IX. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

13. CUNHA, Paulo César Melo da. Atos administrativos. IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. Boletim Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública – DCAP n.º 05/98. São Paulo: IOB, 1998.
14. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13.ª ed. – São Paulo: Atlas, 2001.
15. FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v. 3, *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos jurídicos do planejamento econômico. 2.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
16. FRANCISCO, Vera Helena R. Caldas. Parecer PG/PTA/16/96-VHF. Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, 16.03.99.
17. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
18. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
19. MENEZES, Ana Cristina Moreira de. Parecer 06/99 – AMM (PG-4). Processo Administrativo: E-01/1731/99, D.O.R.J., 13.08.99, Parte I.
20. MIRANDA, Pontes de, *apud* ROCHA, João Luiz Coelho da. Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos.
21. ROCHA, João Luiz Coelho da. Novas alternativas e derivações jurídicas para a agregação empresarial. Revista de Direito Mercantil n.º 118. Malheiros: São Paulo, Abr. a Jun. de 2000.
22. _____. Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos. Revista de Direito Mercantil n.º 115. Malheiros: São Paulo, Jul. a Set. de 1999.
23. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização – Privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
24. _____. Licitações & Contratos Administrativos. 3.ª ed. rev., ampl. e atual. pela EC n.º 19/98 e pela Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.
25. _____. Procedimento administrativo e sua aplicabilidade às empresas estatais. Repertório IOB de Jurisprudência n.º 15/99. São Paulo: IOB, 1999 (Texto 1/13779).
26. SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.
27. TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres. 2.º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
28. TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Das sociedades anônimas no Direito Brasileiro. Vol. II, Ed. José Bushatsky, p. 793, *apud* ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria – formas associativas não personalizadas in Revista de Direito Mercantil n.º 105. São Paulo: Malheiros, 1997.