

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito da Regulação**

**Andrei Braga Mendes**

**A viabilidade jurídica da empreitada integral  
como ferramenta de participação competitiva  
das empresas estatais no setor elétrico**

**BRASÍLIA**  
**2012**

**Andrei Braga Mendes**

**A viabilidade jurídica da empreitada integral  
como ferramenta de participação competitiva  
das empresas estatais no setor elétrico**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Especialista em Direito  
da Regulação, no Curso de Pós-Graduação  
*Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP.

Orientador: Prof. Hector Luís Cordeiro Vieira

**BRASÍLIA  
2012**

**Andrei Braga Mendes**

**A viabilidade jurídica da empreitada integral  
como ferramenta de participação competitiva  
das empresas estatais no setor elétrico**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Especialista em Direito  
da Regulação, no Curso de Pós-Graduação  
*Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com  
menção\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

Dedico esta monografia especialmente ao meu filho Heitor para que no futuro possa se inspirar na minha trajetória acadêmica.

Agradeço aos meus pais, familiares, amigos e a todas as pessoas que estão ao meu redor, física e mentalmente, torcendo por mim. Em especial, agradeço ao Professor Hector Luís Cordeiro Vieira, pelo valioso auxílio e orientação, e a minha amada esposa, Daphnee Mendes, pelo companheirismo e dedicação, mesmo nos momentos difíceis.

“Aqueles que passam por nós não vão sós, não nos deixam sós. Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós.” (Antoine de Saint-Exupéry)

## RESUMO

Nesta monografia, analisa-se inicialmente, ainda que de forma breve, a evolução da intervenção do Estado no domínio econômico, a fim de se chegar à configuração jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista. Após, enfoca-se a atuação destas no modelo atual do setor elétrico brasileiro, no qual predomina a competitividade. Como ponto central do estudo, tem-se o exame da viabilidade jurídica da utilização da empreitada integral como ferramenta eficiente para execução de contratos administrativos, principalmente aqueles relacionados à transmissão de energia elétrica. Finalmente, são abordados, ainda, os aspectos exigidos pela legislação em vigor para viabilização das contratações públicas no regime de empreitada integral - os aspectos técnicos e econômicos que tornam recomendável, no caso do setor elétrico, a utilização da empreitada integral. O objeto do presente trabalho, deste modo, mostra-se de suma importância para a chamada Administração Pública Empresarial e para o próprio Direito Administrativo, visto que se torna insubsistente o conhecimento puro e simples das normas jurídicas sem a devida análise de sua aplicação prática, bem como de sua conformação à realidade.

**Palavras-chave:** Sociedades de economia mista. Empresas públicas. Setor elétrico brasileiro. Atuação competitiva. Direito Administrativo. Regime contratual. Empreitada integral. Viabilidade jurídica e técnico-econômica.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes first, albeit briefly, the evolution of the state intervention in the economy to set the juridical configuration of the government-owned and controlled companies. Then, it approaches how they act in the present electricity market model, in which competitiveness is prevalent. As a fundamental point the study examines the juridical feasibility to use the turn-key as an efficient tool to provide government contracts, especially those related to electricity transmission. Finally, we discussed also the aspects required by law for the feasibility of public contracts in turnkey system - the technical and economic aspects that make it advisable, in case the electricity sector, the use of turn-key. This work object, thus, has high importance to Public Administration Business and to administrative law itself, once it turns to be ineffective knowing legal rules without making a proper analysis of its practical application, as well as its conformation to reality.

Keywords: Public-owned companies. Public-controlled companies. Brazilian electricity market. Competitive performance. Administrative Law. Contractual arrangements. Turnkey. Legal feasibility and economical solution.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988</b> .....	<b>12</b>
1.1 ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	14
1.2 AS CONTRATAÇÕES NAS EMPRESAS ESTATAIS .....	19
<b>1.2.1 Atividade-fim e não submissão à Lei n. 8.666/1993</b> .....	<b>21</b>
<b>1.2.2 Exploração de atividade econômica e prestação de serviço público</b> .....	<b>27</b>
<b>2 O MODELO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO</b> .....	<b>35</b>
2.1 CONTEXTUALIZANDO O ATUAL MODELO .....	35
2.2 A ATUAÇÃO COMPETITIVA DAS ESTATAIS NO SETOR ELÉTRICO .....	38
<b>2.2.1 Participação das estatais em licitações promovidas pela ANEEL</b> .....	<b>42</b>
2.3 ATOS AUTORIZATIVOS CONCEDIDOS DIRETAMENTE PELA ANEEL .....	43
<b>3 A IDEIA DA EMPREITADA INTEGRAL E O SETOR ELÉTRICO</b> .....	<b>44</b>
3.1 AS ESTATAIS E AS DIFICULDADES PARA A REALIZAÇÃO EFICIENTE DE EMPREENDIMENTOS NO ATUAL MODELO DO SETOR ELÉTRICO .....	44
3.2 A LEGISLAÇÃO E O REGIME DE EMPREITADA INTEGRAL .....	46
<b>4 A VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA EMPREITADA INTEGRAL PELAS EMPRESAS ESTATAIS DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO</b> .....	<b>49</b>
4.1 VIABILIDADE JURÍDICA – ANÁLISE DA REGRA DO PARCELAMENTO .....	51
4.2 VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA .....	54
4.3 OUTROS FATORES IMPORTANTES .....	58
<b>4.3.1 Subcontratação</b> .....	<b>59</b>
<b>4.3.2 Consórcio</b> .....	<b>62</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

Modernamente, diante da própria dinâmica que circunda o mundo globalizado, inclusive o Direito em todas as suas áreas, torna-se cada vez mais imperiosa a necessidade de adaptação e readaptação contínua, o que acontece, por exemplo, na legislação, que é alterada na busca da adequação à realidade social.

Essa evolução ocorre também em relação à atuação das empresas públicas<sup>1</sup> e das sociedades de economia mista<sup>2</sup>, que, não obstante a natureza jurídica de direito privado, possuem regime híbrido<sup>3</sup>, visto que sofrem marcante influência de normas de Direito Público, notadamente normas de Direito Administrativo.

Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres corroboram o entendimento de que as empresas públicas e sociedades de economia mista atuam sob um regime jurídico híbrido ou misto, no sentido de que a Carta Magna, em seu art. 173, § 1º, II, insere as empresas estatais que exploram atividade econômica no regime jurídico de direito privado aplicável às empresas privadas.

Ademais, lecionam os referidos autores que

apesar da afirmação contida no texto constitucional, pode-se afirmar que as empresas públicas e sociedades de economia mista atuam sob um regime jurídico híbrido ou misto, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Tal derrogação é feita pela própria Constituição quando estabelece que os princípios da Administração Pública devem ser observados pelas entidades da administração indireta, da qual fazem parte as empresas públicas e as sociedades de economia mista, bem como pela legislação

---

<sup>1</sup> De acordo com o artigo 5º, inciso II, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, a empresa pública pode ser conceituada como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Para o ex-ministro do TCU, Ubiratan Aguiar, o conceito amplo de empresa pública é mais abrangente (AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A Administração Pública sob a perspectiva do Controle Externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011). Para efeito deste trabalho, porém, basta o conceito trazido pela lei.

<sup>2</sup> Nos termos do artigo 5º, inciso III, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, a sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

<sup>3</sup> Hely Lopes Meirelles leciona ser “inegável o caráter híbrido da sociedade de economia mista, que, associando o capital particular ao investimento público, erige-se em entidades de direito privado, mas realiza determinadas atividades de interesse estatal, por delegação do poder público”. Segundo o referido doutrinador “concilia-se, deste modo, a estrutura das empresas privadas com os objetivos de interesse público” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 330).

ordinária e complementar, sempre que cria um direito ou obrigação não extensível às entidades privadas.<sup>4</sup>

Ao atuar no mercado concorrencial, competindo com a iniciativa privada para obtenção de novas outorgas<sup>5</sup> do poder concedente, e mesmo para realizar adequadamente suas atividades empresarias no dia-a-dia – como contratar a aquisição de bens e ou prestação de serviços –, as empresas estatais<sup>6</sup> necessitam adotar ferramentas mais eficientes e eficazes para consecução de seus objetivos, sempre com vistas ao atendimento do interesse público que motivou a sua criação.

A mudança nas relações jurídicas empreendidas pelas empresas estatais, em especial as que atuam no setor elétrico brasileiro, faz com que necessitem ser ágeis e competentes para sobreviver à forte competição e à atuação reguladora.

No contexto atual, as concessões dos serviços públicos de energia elétrica são contratadas mediante licitação, em consonância com o artigo 4º da Lei n. 8.987/1995. As empresas estatais participam destas licitações concorrendo em igualdade de condições com as empresas privadas. Além disso, recebem atos autorizativos para ampliação, reforços e melhorias de empreendimentos existentes.

Para viabilização de empreendimentos do setor elétrico, a contratação respectiva, pelas peculiaridades inerentes, no meio privado, acaba sendo realizada por meio da utilização de empreitada integral (contratos também conhecidos no meio empresarial como *turn-key*<sup>7</sup>).

Ocorre que este regime de contratação, para as estatais, tem ensejado interpretações restritivas por parte do Tribunal de Contas da União (TCU), fazendo com que os gestores tenham que estar atentos às recomendações desse órgão. Nesse sentido, o receio dos administradores faz com que, de certo modo, não apreciem com a devida atenção os dispositivos que regem a matéria, evitando

---

<sup>4</sup> BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes. *Direito Administrativo*, p. 92.

<sup>5</sup> No caso das empresas que atuam no setor elétrico, buscam-se outorgas de concessão, grosso modo, para geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica.

<sup>6</sup> Quando for mencionada a expressão “estatais” neste trabalho, deve se entender empresas públicas e sociedades de economia mista, não obstante a natureza jurídica destas, de pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>7</sup> A expressão “*turn-key*” ou “*turnkey*”, em singela tradução do português para o inglês, significa girar a chave, relacionando-se à contratação que objetiva a entrega do empreendimento em plena condições de funcionamento.

questionamentos dos órgãos de fiscalização e controle quanto à regularidade de sua conduta, mas olvidando as práticas consagradas no mercado que atuam.

Para avanço nesse novo paradigma contratual, no âmbito das estatais, exige-se adequada reflexão, a fim de propiciar a justa compreensão das peculiaridades que envolvem o tema, coadunando as especificidades técnicas e econômico-financeiras do setor de energia elétrica com as disposições contidas na própria na Lei n. 8.666/1993.

Destarte, o presente trabalho objetiva, principalmente, adentrar nestes pontos ligados à possibilidade de utilização pelas empresas estatais de contratos em regime de empreitada integral para viabilização de empreendimentos do setor elétrico, discorrendo sobre as características deste regime de contratação e analisando sua aplicação e contornos ao crivo dos entendimentos do TCU.

Este estudo inspira-se, frise-se, na realidade enfrentada pelas empresas estatais que atuam no setor elétrico brasileiro. Na sua estruturação, realiza-se, primeiramente, uma breve abordagem da ordem econômica na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), analisando a atuação do Estado na economia. Em sequência, aborda-se o modelo atual do setor elétrico nacional e o papel das estatais nesse contexto de atuação competitiva, tudo com o escopo de situar o leitor para os capítulos seguintes. Finalmente, chega-se ao ponto nodal do estudo, qual seja, quais os fatores que tornam viável a ideia da utilização da empreita integral como ferramenta para consecução de empreendimentos autorizados às estatais para ampliação, reforços e melhorias de instalações existentes, em especial àquelas relacionadas ao sistema complexo de transmissão de energia elétrica.

Esses fatores, por certo, relacionam-se ao futuro das estatais, como alicerce de seu desenvolvimento, que precisa estar presente – e deve ser sempre almejado – nas relações jurídicas empreendidas no cenário atual para alcance do almejado bem comum pelo Estado.

## 1 A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Com a finalidade de direcionar o estudo à situação das estatais no modelo atual do setor elétrico brasileiro e à alternativa de contratação de seus empreendimentos (empreitada integral), mantendo-as eficientes no mercado em que estão inseridas, cabe fazer breve análise sobre a ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988.

Um dos focos centrais na modelagem do Estado contemporâneo está justamente na análise da intervenção pública sobre o domínio econômico. Segundo Marçal Justen Filho, ao longo dos últimos cento e cinquenta anos, essa tem sido uma das mais árduas disputas teóricas e práticas da civilização<sup>8</sup>.

As crises verificadas ao final dos anos 1990 e durante a primeira década do século XXI comprovaram, de certa forma, o equívoco da concepção da minimização da intervenção estatal. Por um lado, a ausência da intervenção estatal conduziu a desvios lamentáveis no desenvolvimento de atividades econômicas. Evidenciou-se a necessidade de controle externo e supraordenado da exploração dos recursos econômicos. Isso envolvia não só valores éticos, mas também a defesa do meio ambiente e a afirmação do desenvolvimento sustentável.

A participação estatal revelou-se como um fator relevante para a promoção do desenvolvimento econômico.

Noutra banda, as controvérsias sobre a ineficiência estatal evoluíram para um estágio diverso. Nos Estados Unidos, produziu-se uma crise econômica sem precedentes provocada pela conjugação da ganância privada com a ausência estatal. No cenário europeu, a proliferação de gastos estatais descontrolados coloca em risco as economias da Grécia, da Irlanda, de Portugal, da Itália, etc.

Portanto, a solução da ausência da eficiência do Estado reside não na eliminação das atividades governamentais, mas no reconhecimento de que, sendo a intervenção estatal indispensável, sua atuação deve ser voltada necessariamente a assegurar o uso mais racional dos recursos de sua titularidade.

Na Constituição Brasileira de 1988, o artigo 3º sintetiza o compromisso do Estado com a nação brasileira ao determinar que:

---

<sup>8</sup> Informação colhida da apresentação de parecer jurídico à Eletrobras, no Rio de Janeiro, em 2011.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da republica federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidaria;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais;  
IV - promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As determinações contidas neste artigo da Carta Magna devem ser vistas como uma obrigação ao Estado brasileiro e não apenas como um enunciado meramente retórico.

A promoção dos objetivos fundamentais constantes no mencionado artigo 3º da CF/1988 impõe uma intervenção ativa do Estado no domínio econômico. A obtenção do desenvolvimento econômico e social, a satisfação dos direitos fundamentais, a eliminação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais, por certo, somente podem ser obtidas mediante a interferência do Estado.

Contudo, isso não equivale a reconhecer a absorção pelo Estado de toda e qualquer atividade econômica. A experiência do passado evidencia a impossibilidade de afirmação de modelos extremados relativamente à intervenção do Estado no domínio econômico.

A Constituição de 1988 reconhece a propriedade, estatuidando nos incisos XXII<sup>9</sup> e XXIV<sup>10</sup> do artigo 5º que o Estado não deve intervir de modo puro e simples no domínio dos bens dos particulares. O artigo 170 e seu parágrafo único<sup>11</sup> afirmam a existência de um sistema capitalista, em que o lucro, pelo visto, é legitimado. Assegura-se a livre iniciativa, o que significa que incumbe aos particulares à faculdade de decidir o modo de exploração dos seus bens. As atividades econômicas são facultadas a todos, nos limites da disciplina legal.

A Carta Magna restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais falando de intervenção, mas sim de atuação, dispondo que, ressalvados os casos previstos nesta constituição, a exploração direta de

---

<sup>9</sup> “Art. 5º. (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;”

<sup>10</sup> “Art. 5º. (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

<sup>11</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173), acrescentando que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º).

Sendo assim, mantendo a orientação da Constituição de 1988, assegure-se a iniciativa privada a preferência para exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado<sup>12</sup>.

A sistemática constitucional, como se vê, consagra um sistema econômico capitalista, com características próprias. Assim se passa não pelo reconhecimento da função social da propriedade privada, mas também pela dimensão da atuação estatal no domínio econômico – como instrumento para promoção dos fins previstos no seu artigo 3º.

A primazia da exploração pelos particulares dos recursos econômicos se subordina a limites relevantes no âmbito constitucional. De um lado, certos setores são reservadas à intervenção estatal; de outro, o Estado atua para conformar o sistema econômico.

## 1.1 ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A Constituição Federal de 1988 reserva certas atividades ao Estado, ainda que admita sua delegação, em determinados casos, aos particulares. Na forma do artigo 175<sup>13</sup>, incumbe ao Estado brasileiro, diretamente ou mediante concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.

Revela-se, nesse passo, a separação do conjunto das atividades de exploração de bens econômicos em duas grandes áreas. Há a atividade econômica propriamente dita, que é reservada preferencialmente aos particulares, e existem os serviços públicos, atribuídos à titularidade de Estado.

---

<sup>12</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>13</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Hely Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.<sup>14</sup>

Em resumo, muito embora não exista uma definição constitucional explícita, pode-se asseverar que os serviços públicos se configuram nas situações de necessidades relevantes e essenciais, cujo atendimento não pode ser promovido satisfatoriamente mediante os mecanismos próprios da atividade econômica privada.

A prestação de serviço público faz-se sob um regime distinto daquele previsto para atividade econômica. De acordo com Ricardo Cesar Ferreira Duarte:

Quanto ao regime jurídico, serviço público e atividade econômica, em regra, possuem regimes diferentes. O primeiro só tem razão de existir se for prestado sob um sistema de princípios e regras — o regime jurídico de direito público — como os princípios da obrigatoriedade, continuidade, regularidade, universalidade, controle, eficiência, modicidade e mutabilidade. Já a atividade econômica deve atender aos princípios constitucionais da ordem econômica e do direito privado, como os princípios da livre iniciativa, autonomia da vontade, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, dentre outros.<sup>15</sup>

Anote-se, ainda, que algumas atividades econômicas são reservadas ao monopólio da União pelo artigo 177 da Constituição Brasileira de 1988:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 297.

<sup>15</sup> DUARTE, Ricardo Cesar Ferreira. *Correios: serviço público ou atividade econômica?* ; disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-out-06/servico-postal-servico-publico-ou-atividade-economica>, acesso em 30.04.2012.



Conforme lição extraída do julgamento no STF da ADI 3273, o conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes<sup>16</sup>.

No caso do artigo 177 da CF/1988, não existe um serviço público e incide a atividade econômica estritamente. Mas a Constituição exclui a atuação privada, reservando a exploração ao monopólio público.

Prosseguindo no exame da atuação do Estado na economia, observa-se que lhe é facultado promover a exploração de atividades econômicas, atuando em igualdade de condições com a iniciativa privada. Nos termos do artigo 173 da Constituição Brasileira de 1988 e ressalvados os casos nela previstos, 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.

Quando explorar atividade econômica, o Estado deverá estar subordinado ao regime jurídico dirigido à iniciativa privada (inteligência do §2º do artigo 173 da CF/1988). Ainda, será necessária a constituição de uma pessoa jurídica de direito privado, cuja atuação será subordinada a controle e limites próprios do direito público. De acordo com o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

(...) Essas entidades são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e delas se vale o Estado para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público<sup>17</sup>.

Entretanto, o mesmo doutrinador, denotando o regime jurídico híbrido das mencionadas entidades, pondera:

Outro ponto que se deve realçar é o de que o fato de terem personalidade jurídica de direito privado não as coloca no nível de exata igualdade com as pessoas nascidas da iniciativa privada. E nem poderia ser assim, vez que naquelas é o Estado o grande comandante.<sup>18</sup>

Assim, as entidades criadas para a exploração da atividade econômica ou prestação de serviços públicos serão, de um lado, pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, pessoas controladas pelo Estado e sujeitas a regras específicas

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3273. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça, Brasília, 28 mar. 2005.

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 405.

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 406.

de contratações, admissão de pessoal, controle pelo Tribunal de Contas da União, dentre outras particularidades.

Diante das características de tal regime jurídico José dos Santos Carvalho Filho ensina:

Na verdade, pode dizer-se, como fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa natureza híbrida, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores<sup>19</sup>.

Por oportuno, é de se perquirir como devem ser enquadradas as estatais que atuam no setor elétrico brasileiro: prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica? No contexto deste trabalho, admitir-se-á a concomitância desses dois enquadramentos.

Na realidade, o aprofundamento do estudo desta questão demandaria a análise estanque do tipo de atividade concedida, permitida ou autorizada pelo Estado, o que não se pretende fazer nesta monografia.

O certo é que não se vislumbra qualquer impedimento ao exercício, em conjunto, pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista, de exploração de atividade econômica e de prestação de serviço público.

Ao apresentar o conceito de empresa pública e sociedade de economia mista, José dos Santos Carvalho Filho corrobora tal entendimento ao destacar que tais entidades podem ser criadas para que o Estado exerça atividades gerais de caráter econômico e, em algumas outras situações, preste serviços públicos<sup>20</sup>.

Destaque-se, entretanto, que “o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço”<sup>21</sup>, transferindo-se a entidade criada apenas parcela da função pública, permanecendo a competência sob a titularidade do Estado, que de modo algum renuncia ao seu poder de disciplinar as condições de sua prestação.

Assim, pode-se concluir que a preservação da titularidade do Estado em relação ao serviço público não representa óbice à delegação da prestação à empresa que, apesar de estatal, detém personalidade jurídica de direito privado.

---

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 410.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 404.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*; disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>; acesso em 30.04.2012.

Nesse diapasão, em que uma das formas de atuação do Estado se faz pela instituição de empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista para fins deste trabalho, repita-se –, cuja autorização para criação há de ser por lei específica (CF/1988, art. 37, XIX), impende fazer algumas considerações relevantes.

Primeiramente, as entidades integrantes da Administração Pública indireta exercem função administrativa estatal, isso significa que inserem na conjuntura de estrutura estatal e se constituem em instrumento da realização de políticas públicas. É cediço, então, o entendimento de que não lhes cabe atuar com intuito lucrativo, ainda quando detenham sócios privados. A empresa estatal é influenciada, por diversas ópticas, pela conjuntura política existente.

Ainda, a empresa estatal é subordinada a instrumentos de controle e de repressão extremamente severos, não aplicáveis ao setor privado. A atuação da empresa estatal é objeto de controle interno e externo. Admite-se o questionamento dos atos praticados mediante ação civil pública, ação popular, ação de improbidade, mandado de segurança. Em muitos casos, decisões orientadas a evitar prejuízos podem ser reputadas como ilícitas, se não cumpridas às formalidades exigidas.

Ressalta-se que isso não significa a ausência de instrumentos de controle no âmbito das empresas privadas. Nem significa afirmar a ausência de práticas reprováveis no setor privado. O que se assinala é a qualidade dos mecanismos adotados em ambos os sistemas. Uma decisão razoável sob prisma econômico-financeiro e inquestionavelmente lícita para uma empresa privada pode deixar de ser operacionalizada em uma empresa estatal, tendo em vista do risco de responsabilização pessoal dos seus administradores.

Ademais, diante do regime híbrido em que estão inseridas, na prática, o seu processo decisório e a execução de suas políticas se subordinam a obstáculos e exigências não aplicáveis as empresas exclusivamente de capital privado – como, por exemplo, a submissão de suas contratações às regras da Lei n. 8.666/1993. Uma empresa estatal pode atuar em termos não eficientes<sup>22</sup>, o que é empresarialmente inviável no ambiente privado.

---

<sup>22</sup> Veja-se, a título exemplificativo, o caso da Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA), sociedade de economia mista estadual, cuja inadimplência no setor elétrico acarretou a recomendação de sua caducidade – processo atualmente em trâmite no Ministério de Minas e Energia.

Essas peculiaridades, dentre outras, acarretam a burocratização da atuação estatal. Significa dizer, a atuação competitiva de uma empresa estatal em relação a uma empresa não estatal está extremamente prejudicada. Na estatal, geralmente, o processo gerencial e executório é muito mais oneroso e lento. Deve-se, assim, buscar alternativas e ferramentas para o eficiente e eficaz exercício de suas atividades.

No caso do setor elétrico brasileiro, em que o ambiente é altamente regulado, cabe às empresas estatais que nele atuam encontrar caminhos para continuar crescendo e exercendo seu mister com qualidade e com retorno efetivo ao seu acionista principal, que é o Estado e, em derradeira análise, o próprio povo.

E essa é a mola propulsora do presente estudo: esmiuçar a viabilidade da empreitada integral como ferramenta disponível no ordenamento jurídico pátrio para fazer frente ao desafio apresentado às estatais do setor elétrico, no sentido de se manter, de forma sustentável, no ambiente competitivo em que estão inseridas.

## 1.2 AS CONTRATAÇÕES NAS EMPRESAS ESTATAIS

A Constituição Brasileira de 1988 prevê expressamente no artigo 37, inciso XXI, que as obras, serviços, compras e alienações a serem realizadas pela Administração Pública deverão ser precedidas de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições entre os concorrentes, fazendo-se ressalva de que existem hipóteses em que a licitação pode ser afastada, desde que enquadrada nos casos previstos em lei.

Portanto, a regra geral determina que, para a celebração de um contrato, a Administração Pública deve realizar licitação a fim de selecionar a proposta mais vantajosa. A licitação é o ato que antecede o contrato administrativo e ambos (licitação e contrato) devem estar de acordo com as normas da Lei n. 8.666/1993. Essa é a regra geral.

Interpretando a norma constitucional inserta no artigo 37, inciso XXI, Renato Geraldo Mendes entende que

o processo de contratação pública como o conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica para permitir que a Administração, a partir da identificação da sua necessidade, possa definir com precisão o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar, em princípio, de forma

isonômica, a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação benefício-custo.<sup>23</sup>

De acordo com as orientações sobre licitações e contratos do Tribunal de Contas da União - TCU:

Os atos de licitação devem desenvolver-se em sequência lógica, a partir da existência de determinada necessidade pública a ser atendida. O procedimento tem início com o planejamento e prossegue até a assinatura do respectivo contrato ou emissão do documento correspondente, em duas fases distintas:

Fase interna ou preparatória

Delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-las ao conhecimento do público

Fase externa ou executória

Inicia-se com a publicação do edital ou com a entrega do convite e termina com a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou da prestação do serviço<sup>24</sup>.

Assim, verifica-se que o processo de contratação é estruturado em duas fases: a interna e a externa. A fase interna relaciona-se ao planejamento da contratação. Já fase externa destina-se à seleção da melhor proposta, ao acompanhamento e à regular entrega do objeto contratado.

Para fins deste trabalho, importa compreender adequadamente a necessidade que move a Administração Pública empresarial a ter que realizar determinado empreendimento ou determinada obra.

Os empreendimentos do setor elétrico, no atual modelo, são licitados ou autorizados pelo Poder Concedente, por intermédio da ANEEL, para geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, consubstanciando, finalmente, a satisfação do interesse público.

A ideia de utilização da empreitada integral para contratação de empreendimentos ligados ao setor elétrico está relacionada à compreensão de necessidade, que se refere à existência de situação fática onde há potencial prejuízo a quem necessita contratar, caso sejam aplicadas as regras-padrão. Analogicamente, pode-se dizer que esta tese foi defendida por Ives Granda Martins em parecer relativo à contratação por emergência realizada no regime de empreitada integral no período

<sup>23</sup> MENDES, Renato Geraldo. *O perfil constitucional do processo de contratação pública – conteúdo jurídico do inc. XXI do art. 37 da CF*; disponível em <http://www.institutozenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2Autor>; acesso em 14.02.2012.

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União*. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p.135

do racionamento ocorrido em 2001. Após afirmar que o Direito Público é posto para assegurar a realização de certos fins (valores), o referido autor expõe que:

Quando se constrói a norma jurídica, considera-se uma certa situação fática e se elegem certas condutas como obrigatórias, proibidas ou facultadas. Presume-se que, através dessa disciplina, atingir-se-á a satisfação de certos valores. Essa é a regra para a situação de normalidade...

Neste contexto, não obstante a situação de emergência relatada, fica evidente que a solução mais célere a ser adotada é a contratação pelo regime de empreitada global ou integral por menor preço e independentemente do volume da contratação. O Tribunal de Contas, inclusive, já decidiu que não lhe cabe determinar ou definir critérios para efeitos de saber como a Administração deve agir.

Se o Tribunal endossasse tal linha de orientação, estaria ingerindo indevidamente na esfera discricionária de ação do administrador. Não cabe ao Tribunal administrar em lugar do gestor, mas sim, e tão-somente fiscalizar a regularidade e a legalidade de seus atos, quando e se praticados.<sup>25</sup>

A atual forma de atuação das estatais, para competir e se manter (ou crescer) no setor elétrico brasileiro, demanda a agilidade, a eficiência e a competência preconizada no mercado privado. Deixar de valer-se das ferramentas lícitas e legítimas empregadas pelas empresas não estatais representa não só um retrocesso, como também o futuro perecimento das estatais, ou seja, a ruína da atuação do Estado, nesse sentido, como ator interventor na economia.

### **1.2.1 Atividade-fim e não submissão à Lei n. 8.666/1993**

A empresa estatal se encontra atualmente concorrendo com a iniciativa privada em licitação de empreendimentos de transmissão de energia elétrica ou de potenciais fontes geradoras de energia elétrica, na qualidade de empresa licitante e não de licitadora (promotora da licitação), em cumprimento de seu objeto social, para o exercício da atividade-fim para qual foi criada. Nesta situação, devem emergir outras características à contratação de bens e serviços.

Exigir a aplicação irrestrita, em todas as situações, dos preceitos da Lei n. 8.666/1993, engessaria a atuação da estatal. Isto porque, vincular de forma absolutamente rígida os procedimentos de contratação em sua atividade-fim, significa retirar dela os mecanismos que lhe permitem sobreviver em ambiente de livre concorrência, de competição, regido em função das condições de mercado.

---

<sup>25</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Contrato administrativo em regime jurídico de empreitada integral e por menor preço global, em período de reconhecida emergência, com dispensa de licitação*, p. 345.

Nestes termos, o Tribunal de Contas da União tem admitido certa flexibilização quanto à aplicação nas normas de licitação.

Entende o TCU que as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem sim se submeter aos princípios básicos da licitação da Lei n. 8.666/1993, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da CF/1988 - na redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998.

No entanto, é possível às estatais prescindirem da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido diploma legal constitua óbice intransponível à sua atividade comercial, sem olvidarem, por certo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório, conforme precedentes a seguir transcritos:

Decisão 645/2002 - Plenário

(...)

41. Em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras da atividade econômica, contudo, surge uma outra hipótese, não prevista expressamente em lei, em que a licitação pode ser afastada. É a situação em que o procedimento que envolve a licitação se mostra incompatível com a agilidade necessária à atividade comercial que deve desenvolver a Entidade, a fim de cumprir os objetivos sociais para os quais foi criada.

42. Não faria sentido, por exemplo, exigir-se do Banco do Brasil, toda vez que fosse efetuar um contrato de abertura de conta-corrente, a realização de certame licitatório. Esse entendimento, ademais, já foi acolhido por este E. Plenário, ao apreciar Pedido de Reexame formulado pela Petrobrás Distribuidora, em que se discutiu a necessidade de a referida Entidade realizar licitação para contratar empresas de transportes de combustíveis. Naquela assentada, restou decidido que a Petrobrás Distribuidora não está obrigada a realizar licitação para a contratação de transportes orientados à atividade-fim da empresa.

(...)<sup>26</sup>

Acórdão 121/1998 - Plenário

(...)

Considerando que a exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original), e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional; Considerando que o Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), ao dispor que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos na Constituição, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, estabelece também que a empresa pública, a

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 016.520/99-8. Decisão n. 645/2002 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 19 de junho de 2002. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 jun. 2007.

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; Considerando que as empresas estatais, notadamente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas n.º 6.404/76 (Art. 153 - O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios; e Art. 238 - A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação); Considerando que o Artigo 37 da CF/88 estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção, quando lido isoladamente; Considerando que nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida, e que o universo normativo não é um conjunto desordenado de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes; Considerando ainda que, em confronto com o disposto no Artigo 173 da CF/88 (em sua redação original) o Artigo 37 apenas estabelece uma regra geral, que não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação.

ACORDAM (...) em:

(...)

8.3 - dar nova redação à Decisão n.º 414/94-TCU-Plenário, para excluir a obrigatoriedade de a Petrobras Distribuidora - BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio;

(...)<sup>27</sup>

Decisão 663/2002 - Plenário

(...)

32. Sobre o assunto, permito-me recordar que este Tribunal, ao apreciar pedido de reexame interposto pela Petrobrás Distribuidora S.A. - BR, manifestou-se favoravelmente à inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços que constituam "atividade-fim" da empresa (Acórdão n.º 121/98 - Plenário, prolatado nos autos do TC 010.124/1995-0).

Da atenta leitura do Relatório e Voto que o fundamentaram, vê-se que o termo "atividade-fim", apesar de genérico, foi utilizado para designar os insumos adquiridos e os produtos vendidos pelas empresas. Reforça essa convicção o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, então transcrito, que novamente aproveito para registrar:

"Veja-se: não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa pública exploradoras de atividade econômica (art. 173 e § 1º da Constituição) efetuassem licitação para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para a regularidade da produção industrial ou comercial a que estejam legalmente prepostas. Tanto quanto não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocarem no mercado o que produzem." (in Curso de Direito Administrativo, 1996, p. 330).

(...)<sup>28</sup>

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 012.231/97-5. Acórdão n. 121/1998 - Plenário. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 26 de agosto de 1998. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 de agosto de 1998.



Mesmo diante dos precedentes acima, o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, por cautela, formulou consulta ao TCU, com base nos arts. 1º, XVII, da Lei n. 8.443/1992 e 264 do Regimento Interno/TCU, indagando acerca da licitude da dispensa de licitação para aqueles casos em que a observância da norma que obriga a licitação venha a comprometer o dever de eficiência a que as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica estão sujeitas, quando da contratação de bens e serviços ligados à sua atividade-fim. O TCU, após conhecer da consulta formulada, respondeu nos seguintes termos:

Acórdão 1390/2004 - Plenário

(...)

Sumário

Consulta formulada por Ministro de Estado acerca da licitude da dispensa de licitação por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica quando da contratação de bens e serviços ligados à sua atividade fim. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Conhecimento. Jurisprudência consolidada nesta Corte no sentido da possibilidade de as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica prescindirem da utilização de licitação para a contratação de bens e serviços que constituam a sua atividade-fim, enquanto não editada a lei a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, a penas nas hipóteses em que o diploma licitatório constitua óbice intransponível à sua atividade negocial. Encaminhamento de cópia desta deliberação ao consulente.

[Acórdão]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Consulta, formulada pelo Exmo. Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Sr. Eduardo Campos, por atender aos requisitos de admissibilidade de que tratam os arts. 1º, XVII, da Lei n. 8.443/92 e 264 do Regimento Interno/TCU, para responder ao consulente que, enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, §1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório;

(...)<sup>29</sup>

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 016.176/2000-5. Decisão n. 663/02- Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 19 de junho de 2002. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de jun. de 2002.

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 006.244/2004-6. Acórdão n. 1390/04- Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Brasília, 15 de setembro de 2004. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de set. de 2004.

Este entendimento foi ratificado posteriormente inúmeras vezes, como testificam os acórdãos infra-apontados.

Acórdão 549/2006 - Plenário

É evidente que o Tribunal tem admitido temperamentos na aplicação da Lei 8.666/93 quando a utilização da norma legal em sua inteireza implica risco à atividade-fim da empresa estatal, em ambiente concorrencial com a iniciativa privada (nesse sentido: Acórdão 121/1998, Decisão 1.383/2002, Acórdão 624/2003, todos do Plenário). Tais circunstâncias excepcionais, cumpre destacar, devem ser avaliadas em cada caso concreto. Isso não significa, porém, o afastamento do diploma federal de licitações e contratos no âmbito da Petrobras, cujo emprego, até o momento, permanece como regra.<sup>30</sup>

Acórdão 392/2006 - Plenário

[VOTO]

(...) a interpretação sistemática da própria Lei Maior reforça a convicção de que o Estatuto Federal de Licitações e Contratos é norma de observância obrigatória pela Petrobras. Como bem salientou a instrução, o art. 173, § 1º, inciso III, da Carta Magna é norma constitucional de eficácia limitada, a exigir que lei disponha sobre licitação e contratos das empresas estatais, observados os princípios da administração pública. A considerar que, até o presente momento, não foi publicado o referido diploma legal, incide na espécie a Lei 8.666/93, em cumprimento ao disposto no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição da República.

É evidente que o Tribunal tem admitido temperamentos na aplicação da Lei 8.666/93 quando a utilização da norma legal em sua inteireza implica risco à atividade-fim da empresa estatal, em ambiente concorrencial com a iniciativa privada (nesse sentido: Acórdão 121/98, Decisão 1.383/2002, Acórdão 624/2003, todos do Plenário). Isso não significa, porém, o afastamento do diploma federal de licitações e contratos no âmbito da Petrobras, cujo emprego, até o momento, permanece como regra.<sup>31</sup>

Acórdão 2176/2007 - Plenário

Conforme dispõe o art. 37, XXI, da Constituição Federal, a Petrobras, por integrar a Administração Pública indireta, está obrigada a promover licitação previamente às contratações para aquisição de bens e prestação de serviços. Ainda que os contratos se destinem a atender à atividade-fim da entidade, a licitação é devida, a menos que a realização do procedimento licitatório constitua óbice intransponível à sua atividade negocial.

(...)

Embora o Tribunal admita temperamentos à utilização das licitações pelas empresas estatais, atuando em ambiente concorrencial, a ausência da licitação só é justificável nas hipóteses em que não seja possível a compatibilização das formalidades do procedimento licitatório com a atividade negocial das empresas. (...) <sup>32</sup>

Acórdão 131/2008 – 2ª Câmara

[VOTO]

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 020.567/2005-5. Acórdão n. 549/06 - Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 19 de abril de 2006. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de abril de 2006.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 00.810/7200-54. Acórdão n. 392/06 - Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 29 de março de 2006. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 de mar. de 2006.

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 008.037/2006-6. Acórdão n. 2176/07- Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro. Brasília, 17 de outubro de 2007. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de out. de 2007.

10. (...) é pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de que, sempre que não houver óbice intransponível à atividade negocial de empresa que atua em mercado onde exista concorrência, ainda que se trate de área fim, realize o devido procedimento licitatório. E, no caso vertente, ficou consignado que a BR não conseguiu justificar as prorrogações contratuais efetuadas com a [omissis].

11. A esse respeito, cabe destacar que o Acórdão nº 1.663/2005-TCU-Plenário, invocado pela embargante como precedente para autorização de contratação direta, também está de acordo com o posicionamento atual desta Corte, já que o subitem 18.2.8. do Relatório do Ministro Ubiratan Aguiar, lavrado no âmbito do TC nº 005.991/2003-1 e transcrito pela embargante, fixa, como pressupostos para a dispensa/inexigibilidade de licitação para as aquisições relacionadas à atividade-fim das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, as seguintes condições:

'a) devem estar diretamente relacionadas ao exercício da atividade finalística da empresa, configurando-se como insumo adquirido ou produto vendido, necessárias à regularidade da produção industrial ou comercial ou ao cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. No caso específico da PETROBRAS, que integrem a atividade de exploração de petróleo *lato sensu*; b) estariam vedadas às necessidades pertencentes à atividade-meio; c) quando a agilidade se constituir fator essencial para o desempenho e adequação perante a concorrência do segmento de mercado em que se inserir; d) quando a licitação, comprovadamente, se demonstrasse desvantajosa à empresa ou acarretasse prejuízos'

12. Ou seja, do teor das alíneas 'c' e 'd' supra, pode-se inferir que a contratação direta, em se tratando de atividade-fim das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, somente é viável em havendo óbice intransponível à atividade negocial da empresa. Caso não ocorra tal impedimento, o dever geral de licitar deve ser observado, mitigando o entendimento constante do Acórdão nº 121/1998-TCU-Plenário.<sup>33</sup>

Acórdão 5313/2008 – 2ª Câmara

[VOTO]

6. (...) a argumentação de não sujeição da empresa à Lei nº 9.784/99 em função de sua atuação na exploração de atividade econômica, com o objetivo de lucro, não se presta a justificar a modificação do acórdão combatido, haja vista que o alegado Decreto em que se apóia a sua fundamentação apresenta vício de forma, eis que o art. 173, § 1º e incisos da Constituição Federal dispõe que as empresas públicas que atuam no mercado, a exemplo da Petrobras, deverão submeter-se às regras estabelecidas em lei ordinária.

7. Nesse diapasão, é ponto pacífico no âmbito desta Corte de Contas que essas empresas sujeitam-se à Lei de Licitações até a edição de lei que regulamente o mencionado comando constitucional (Acórdão 1268/2003 - TCU - Plenário).

8. Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Acórdãos 1268/2003, 1581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 017.810/2006-5. Acórdão n. 1854/09 - Segunda Câmara. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 14 de abril de 2009. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de abril de 2009.

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 003.864/2006-4. Acórdão n. 5313/08 - Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro. Brasília, 18 de novembro de 2008. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 de Nov de 2008.

Acórdão 1854/2009 – 2ª Câmara  
Sumário

1. Enquanto não editada a lei prevista no art. 173, §1º, inciso III, da Constituição Federal, ou enquanto não houver deliberação de mérito do Supremo Tribunal Federal sobre constitucionalidade do Decreto 2.745/98, aplicam-se à Petrobras as disposições da Lei 8.666/93, ressalvadas as hipóteses em que a aplicação desse estatuto constituir óbice intransponível à atividade negocial da empresa, devidamente justificado nos autos do processo licitatório.

A questão chegou até ao Supremo Tribunal Federal, que, ao analisá-la, perfilhou o entendimento de que o exercício de atividade econômica em regime de livre competição com as empresas privadas justifica o afastamento das regras rígidas de licitação e contratação da Lei n. 8.666/1993, pois a livre concorrência pressupõe igualdade de condições entre os concorrentes e a licitação desequilibraria esta equação, conforme consta na decisão monocrática exarada no Mandado de Segurança identificado pelo n. 25888, cujo teor relativo ao tema é transcrito a seguir.

STF, MS 25888 (decisão monocrática)

A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado 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 de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes.

Portanto, no exercício de sua função finalística, a estatal não se subsume à Lei n. 8.666/1993, devendo observar, não obstante, os princípios constitucionais da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

### **1.2.2 Exploração de atividade econômica e prestação de serviço público**

Como visto, restaria superada a questão quanto ao afastamento do processo licitatório pelas empresas estatais que explorem atividade econômica em relação à contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, hipótese em que a licitação constitui óbice intransponível à sua atividade negocial. Entretanto, a aplicação destes precedentes no âmbito das empresas estatais do setor elétrico tem sido arrostada por entendimentos jurídicos que ensejam a ressonância de duas teses distintas.

A primeira posição entende perfeitamente aplicável os precedentes do Tribunal de Contas da União ao caso das estatais do setor elétrico sem qualquer

restrição, visto que a reforma da legislação básica dos serviços de energia elétrica transformou o setor em verdadeiro ambiente de atividade econômica, em que as empresas (não estatais e estatais) têm que concorrer em igualdade de condições, pela concessão do serviço público, cujo desdobramento inclui a construção, operação e manutenção destes empreendimentos. Logo, os contratos destinados a atender tais atividades (atividade-fim) não estariam sujeitos à Lei de Licitações, sendo regidos diretamente pelas normas de direito privado. Além disso, a empresa estatal estaria atuando no mercado de livre concorrência, sujeita, portanto, aos princípios constitucionais que regem a ordem econômica, o que afastaria a incidência do regime de direito público previsto no artigo 37 da Constituição Brasileira de 1988, fato que também justificaria a não incidência das regras licitatórias na execução das atividades ligadas a essa finalidade específica.

A segunda corrente entende que não é possível a aplicação dos precedentes do Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal às estatais do setor elétrico, uma vez que não se acomoda à hipótese jurisprudencial, pois estas estatais não explorariam atividade econômica *stricto sensu*, mas, na verdade, prestariam serviço público, característica que lhes imporia sujeição a outro regime. Isto porque o serviço de energia elétrica foi qualificado como *serviço público* pela própria Constituição Brasileira de 1988 no inciso XII do artigo 21, que assim dispõe:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Neste sentido, é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello exarada nos seguintes termos:

A Carta Magna do País já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público Federal. Serão, pois, obrigatoriamente serviços públicos (obviamente quando volvidos à satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas. No que concerne à esfera federal, é o que se passa com (...) serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água (...).<sup>35</sup>

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 686.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora tal entendimento:

4.1.4 Conclusões quanto ao conceito

Do exposto, podem-se tirar algumas conclusões:

(...)

2. É o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria;

(...)

O Estado pode executar três tipos de atividade econômica: a) uma que é reservada à iniciativa privada pelo artigo 173 da Constituição(...) b) outra que é considerada atividade econômica, mas que o Estado assume em caráter de monopólio (...) c) e uma terceira que é assumida pelo Estado como serviço público e que passa a ser incumbência do Poder Público; a este não se aplica o artigo 173, mas o artigo 175 da Constituição, que determina a sua execução direta pelo Estado ou indireta, por meio de concessão ou permissão; é o caso dos serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações e outros serviços previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, §2º, da Constituição, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; esta terceira categoria corresponde aos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.<sup>36</sup>

Essa constatação decorre da concepção de concessão, que pressupõe a ideia de um serviço público de titularidade do Estado, que pode ser executado de forma indireta pelo particular mediante a celebração do competente contrato.

Neste contexto, mesmo que se admita presente no serviço de energia elétrica características de atividade econômica, a assunção desta atividade pelo Estado como serviço público retirar-lhe-ia da incidência do artigo 173 da Constituição Brasileira. Em consequência disso, distinguir-se-iam as empresas estatais entre as que exploram atividade econômica daquelas que prestam serviço público. Neste compasso, Hely Lopes Meirelles aduz que:

É importante distinguir as empresas estatais conforme o tipo de atividade que exerçam, ou seja, prestação de serviço público ou execução de atividade econômica. Essa distinção já vinha sendo apontada por boa parte da doutrina, por determinar diferenciação significativa no seu regime jurídico.<sup>37</sup>

Em seguida, o mesmo autor demonstra as repercussões jurídicas desta distinção, nos seguintes termos:

Quanto à contratação de obras, serviços e compras, assim como à alienação de seus bens, as empresas estatais prestadoras de serviços

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 98.

<sup>37</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 346.

públicas ficam sujeitas a licitação, nos termos da Lei 8.666/93, podendo ter regulamentos próprios, aprovados pela autoridade superior e publicados, que estabeleçam um procedimento licitatório adequado às suas finalidades, com observância dos preceitos básicos da lei (art. 119). De igual forma, os contratos por elas celebrados são contratos administrativos, em tudo semelhantes aos efetuados pelos órgãos da Administração direta. Com relação às empresas que exploram atividade econômica a licitação e a contratação ficarão sujeitas aos princípios da Administração Pública, nos termos de seu futuro estatuto jurídico (CF, art. 173, § 1º, III, com a redação da EC 19/98), que, evidentemente não deve impor as mesmas restrições previstas para as suas congêneres prestadoras de serviços públicos, sob pena de contrariar o preceito constitucional de que o regime jurídico de tais entidades deve ser assemelhado ao das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (CF, art. 173, §1º, II).<sup>38</sup>

Este entendimento também é chancelado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que também distingue empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público, como a seguir:

No entanto, já mencionamos o fato de que a Constituição de 1988 permite uma distinção, quanto ao regime jurídico, entre esses dois tipos de empresas.

(...)

Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, §1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente. Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição. Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na iniciativa privada. Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Isto quer dizer que a empresa estatal que desempenha serviço público é concessionário de serviço público submetendo-se à norma do artigo 175 e ao regime jurídico dos contratos administrativos, com todas as suas cláusulas exorbitantes, deveres perante os usuários e direito ao equilíbrio econômico-financeiro. Essa distinção tem sido feita no âmbito doutrinário, por autores como José Cretella Júnior (1973:257-258), Celso Antonio Bandeira de Mello (1975b:119), Eros Roberto Grau (1981:103), Toshio Mukai (1984:160)<sup>39</sup>

<sup>38</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 346.

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 98 e 105.

Celso Antônio Bandeira de Mello arremata a questão nos seguintes termos:

Como toda e qualquer noção jurídica, esta – serviço público – só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar. Daí que só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível singularmente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo.<sup>40</sup>

Cumprido trazer à baila, neste ponto, a valiosa lição de Eros Grau, cuja lição lança luz sobre a questão discutida:

Por certo que, no art. 173 e seu §1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. O art. 173, caput, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que *atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo.

(...)

Note-se que ainda quando estes (serviços público) sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, “c” da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, “e”; 30, V e 25, §1º da Constituição), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito.<sup>41</sup>

O referido doutrinador entende, pelo visto, que a expressão “atividade econômica” prevista no artigo 173 da Constituição Brasileira de 1988 é utilizada em sentido estrito, ou seja, refere-se aos serviços de titularidade da iniciativa privada, que não dependem de concessão, permissão ou autorização para o particular poder executá-los, pois, se assim for, será serviço público, cuja titularidade é do Estado e o particular só pode explorá-lo por anuência do Estado, nas modalidades referidas.

Essa tese também já foi objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que ficou definido que há distinção entre os dois tipos de empresas estatais, sendo que o §1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas estatais que prestam serviço público. Ou seja, a submissão ao

<sup>40</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. , p. 686.

<sup>41</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 103 e 139.



regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF/1988, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no artigo 173, § 1º, da Constituição às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos. Cabe analisar os precedentes do STF sobre o tema:

STF, ADI 1642 / MG - MINAS GERAIS  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 03/04/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "d" DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito. 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas.<sup>42</sup>

STF, RE 363412 AgR / BA - BAHIA  
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO  
Julgamento: 07/08/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1642. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça, Brasília, 19 set. 2008.

EMENTA: INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. – A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos.<sup>43</sup>

STF, RE 354897 / RS - RIO GRANDE DO SUL  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 17/08/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço

<sup>43</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 363412 AgR/BA. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, 19 set. 2008.

público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a. II. - RE conhecido e provido.<sup>44</sup>

Com base nesses argumentos, a orientação que se extrai desta corrente é no sentido de que o serviço de energia elétrica é serviço público por expressa previsão constitucional, além do que a própria ideia de concessão pressupõe que a atividade seja serviço público, de titularidade exclusiva do Estado, que pode prestá-lo de modo indireto delegando sua execução ao particular por este instituto (além da permissão e autorização).

Significaria dizer que uma empresa estatal prestadora de serviço público não seria alcançada pelas diretrizes do artigo 173 da Constituição de 1988, pois aplicável apenas às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa celeuma ainda deve render debates mais aprofundados, os quais, nesta oportunidade, não poderão ser feitos, sob pena de inviabilizar o direcionamento do tema central desta monografia, qual seja, a viabilidade jurídica de utilização pelas estatais da empreitada integral como ferramenta para viabilização de empreendimentos do setor elétrico, sob a óptica da própria Lei n. 8.666/1993.

O objetivo é apreciar a viabilidade jurídica, mesmo diante da regência da lei geral de licitações, posto que existem empreendimentos que são “autorizados” diretamente pela ANEEL aos concessionários para fins de ampliação, reforços e melhorias, sobretudo na função de transmissão de energia elétrica, como, por exemplo, no incremento de novo sistema para determinada subestação.

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 354897/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça, Brasília, 03 set. 2004.

## 2 O MODELO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Com o intuito de melhor situar o quadro em que se inserem as empresas estatais que atuam no setor elétrico brasileiro, é necessário compreender, ainda que de forma panorâmica, o modelo em vigor, que é fortemente regulado e cada vez mais competitivo.

### 2.1 CONTEXTUALIZANDO O ATUAL MODELO

De forma bastante direta, a reforma do modelo do setor elétrico iniciou em 1993 com a edição da Lei n. 8.631, que extinguiu a equalização tarifária vigente e criou os contratos de suprimento entre geradores e distribuidores, sendo marcada pela promulgação, em 1995, da Lei n. 9.074, que criou o produtor independente de energia<sup>45</sup> e o conceito de consumidor livre<sup>46</sup>.

Motivado certamente pela crise ocorrida em 2001/2002, o Governo Federal, durante os anos de 2003 e 2004, lançou as bases de um novo modelo para o Setor Elétrico Brasileiro, sustentado, sobretudo, nas Leis n.s 10.847 e 10.848, de 15 de março de 2004, e no Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004.

Desde então, o setor elétrico brasileiro tem sofrido alterações na sua concepção e sistemática, sendo que as empresas estatais necessitam atuar em iguais condições com as empresas privadas, disputando cada fatia de mercado.

No modelo atual, o poder concedente licita os empreendimentos que serão objeto de outorgas de concessões, assim como expede atos autorizativos para as concessionárias existentes, sem fazer qualquer distinção, na disputa, entre empresas estatais e não estatais. Os prazos para as estatais são os mesmos para as empresas de capital (exclusiva ou majoritariamente) privado. Ocorre que, enquanto as privadas têm maior liberdade e agilidade para contratar - podendo fazer tudo aquilo que a lei não proíbe -, as estatais estão vinculadas à estrita observância da lei, em especial a Lei n. 8.666/1993, sujeitando-se a determinadas formalidades, que oneram e

---

<sup>45</sup> Nos moldes do art. 11 da Lei n. 9.074/1995, *considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.*

<sup>46</sup> Consumidor livre: *é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.*

prejudicam o cumprimento dos prazos estabelecidos nos contratos de concessão ou nos atos autorizativos, não restando dúvidas acerca da posição de desvantagem que se encontram em relação às empresas não estatais.

O novo modelo do setor elétrico visou e ainda visa atingir três objetivos principais, quais sejam: “i) garantir a segurança do suprimento de energia elétrica; ii) promover a modicidade tarifária; e iii) promover a inserção social no Setor Elétrico Brasileiro, em particular pelos programas de universalização de atendimento”.<sup>47</sup>

Em termos de modicidade tarifária, o modelo estabelece a livre concorrência na concessão de geração e transmissão de energia elétrica e prevê a compra pelas distribuidoras no ambiente regulado por meio de leilões promovidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), observado o critério de menor tarifa, objetivando a redução do custo a ser repassado à tarifa dos consumidores cativos<sup>48</sup>.

Nesse contexto, novos projetos para expansão da transmissão são indispensáveis para garantir a continuidade do fornecimento de energia elétrica em quantidade capaz de suprir as necessidades atuais, evitar futuros racionamentos e, principalmente, permitir que o país alavanque o seu processo de crescimento.

Está cada vez mais presente a concepção da inserção de livre concorrência nas contratações do setor elétrico através da regulação concorrencial de natureza pró-ativa e prospectiva<sup>49</sup>. Significa dizer que a reestruturação do setor elétrico brasileiro almejou sobremaneira a competitividade e a eficiência, o atendimento à demanda, a racionalização da oferta e procura, o aumento da capacidade de investimento, o fortalecimento do Estado regulador, a qualidade e o preço justo<sup>50</sup>.

É de se registrar, a propósito, que a Lei n. 9.074/1995, ao estabelecer normas para outorga de concessões de serviços públicos, deixa explícito no seu artigo

---

<sup>47</sup> NUNES, Felipe Denegri Menegas. *Estudo do risco associado à comercialização de energia no setor elétrico brasileiro*, disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=TJHTUP7ux+>; acesso em 04.10.2011.

<sup>48</sup> Consumidor cativo é consumidor comum, residencial. Segundo a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), o conceito de consumidor cativo é o seguinte: “consumidor autorizado a comprar energia somente da concessionária que atua na rede a qual está conectado”, disponível em [http://www.abradee.com.br/glossario\\_conteudo.asp](http://www.abradee.com.br/glossario_conteudo.asp), acesso em 30.04.2012.

<sup>49</sup> PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Livre concorrência, isonomia de acesso e os leilões de energia*, disponível em [http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=2](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=2); acesso em 05.10.2011.

<sup>50</sup> LALA, José Antonio Oscullo. *Um modelo de pré-despacho com gerenciamento de congestionamento no sistema de transmissão*, disponível em <http://web.ing.puc.cl/~power/paperspdf/oscullo.pdf>; acesso em 05.10.2011.

32 que a empresa estatal poderá colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

§ 1º Os pré-contratos conterão, obrigatoriamente, cláusula resolutiva de pleno direito, sem penalidades ou indenizações, no caso de outro licitante ser declarado vencedor.

§ 2º Declarada vencedora a proposta referida neste artigo, os contratos definitivos, firmados entre a empresa estatal e os fornecedores de bens e serviços, serão, obrigatoriamente, submetidos à apreciação dos competentes órgãos de controle externo e de fiscalização específica.

Para que a finalidade desse dispositivo (garantir a igualdade entre particulares e empresas estatais) seja efetivamente alcançada, é defensável que a essa dispensa de licitação seja compreendida como hipótese de não incidência da Lei n. 8.666/1993, especialmente porque, na composição dos menores preços para o leilão, a sociedade estatal precisa utilizar as mesmas prerrogativas que as empresas eminentemente privadas (não estatais). Já nesta situação, observa-se a adoção pela empresa de capital exclusivamente privado de regime de contratação vastamente difundido no setor elétrico, o da empreitada integral.

Oportuno apenas lembrar que a própria Lei n. 8.987/1995 estabelece que os contratos celebrados entre concessionárias e terceiros são regidos pelo direito privado, conforme previsto no artigo 25, transcrito a seguir:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

Logo, aos contratos celebrados, que fossem oriundos dos leilões promovidos pela ANEEL para delegação de serviços públicos de energia elétrica, incidiriam os preceitos do direito privado. Todavia, apesar do entendimento exposto, ainda não há consenso no Tribunal de Contas da União sobre o tema. Por certo, os gestores das estatais ainda temem ser responsabilizados, pois a adoção de

determinada conduta pode implicar em futura censura por parte do TCU aos contratos que desconsiderarem os estritos termos da Lei n. 8.666/1993. Por outro lado, a não adoção da contratação no regime de empreitada integral pode implicar em prejuízo aos negócios da empresa estatal, causando o seu engessamento, em franca desvantagem em relação à iniciativa privada.

Cabe registrar, novamente, que o objeto do presente estudo restringir-se-á ao exame da utilização da empreitada integral em contratos tipicamente administrativos, celebrados após processo de contratação pública, regido exclusivamente pela Lei n. 8.666/1993, ou seja, nas hipóteses em que as estatais recebem autorizações/licenças do poder concedente para realização de determinados empreendimentos (ampliações, reforços e melhorias em concessões já existentes).

Logo, a discussão acerca da natureza jurídica de pré-contratos e contratos definitivos firmados sob o fundamento do artigo 32 da Lei n. 9.074/1995, não será aprofundada no presente trabalho. O objeto do estudo – a utilização da empreitada integral como ferramenta para conferir maior agilidade ao contrato celebrado pela estatal no setor elétrico – necessita ser focado no âmbito da Lei de Licitações, com análise das ponderações (ou restrições) postas pelo Tribunal de Contas da União.

## 2.2 A ATUAÇÃO COMPETITIVA DAS ESTATAIS NO SETOR ELÉTRICO

No Brasil, os serviços públicos de geração e transmissão de energia elétrica tradicionalmente eram providos pelo Estado, que, através de suas empresas estatais, eram responsáveis pelo planejamento, estudos de viabilidade e expansão da rede básica e da oferta de energia diante da demanda sempre crescente.

Em meados da década de 1990 este panorama passou a mudar gradualmente, iniciando-se a reformulação do setor elétrico brasileiro.<sup>51</sup>

Conforme mencionado no tópico anterior, a partir de 2004, por meio das Leis 10.847 e 10.848 e do Decreto 5.163, introduziram-se alterações substanciais no

---

<sup>51</sup> Em relatório disponibilizado pelo IPEA em seu sítio na internet é possível extrair histórico mais detalhado do setor (disponível em <http://www.ipea.gov.br/pub/infraestrutura/setoreletrico/parte1.pdf>, acesso em 30.04.2012).

marco regulatório do setor elétrico, pois, desde então, as empresas estatais passaram a disputar a exploração dos serviços de energia elétrica em regime de competição com a iniciativa privada, em pé de igualdade, por meio das licitações de concessão efetuadas pelo Poder Concedente por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Para lograr êxito em tais licitações/leilões do setor elétrico, a estatal necessita otimizar os processos de implantação dos empreendimentos e reduzir seus custos, o que implica ajustar a sistemática de contratação, adequando-se ao próprio mercado concorrencial.

Com o intuito de clarificar as alegações expendidas, destacam-se adiante alguns tópicos levantados pelo Tribunal de Contas da União no relatório condutor do Acórdão n. 1614/2011 – TCU - Plenário, proferido no TC 032.090/2010-2, que trata de levantamento de natureza operacional realizado em estatal do setor elétrico.

83. Praticamente todo o crescimento negocial da Eletronorte depende da sua participação vitoriosa nos leilões promovidos pela Aneel. Assim, todas as atividades da empresa que resultam na sua participação nesses certames consubstanciam um macroprocesso de alto impacto nos objetivos estratégicos. A equipe mapeou esse processo, no contexto geral do setor elétrico e no nível interno da empresa. O primeiro grupo de riscos foi associado às etapas desse processo.

(...)

180. No modelo anterior do setor elétrico, a Eletronorte tinha a concessão de produção e transmissão de energia elétrica na Região Norte. Todas as novas unidades de produção e novas linhas de transmissão eram concedidas à empresa pelo governo federal.

181. Com a introdução da nova sistemática, nenhuma empresa estatal tem exclusividade de exploração de áreas geográficas delimitadas. Todas as empresas do sistema Eletrobrás, juntamente com as empresas do setor privado, concorrem nos leilões autorizados pelo Ministério de Minas e Energia e realizados pela Aneel, em que são ofertadas concessões de produção e de transmissão de energia elétrica em todo o país.

182. Dentro dessa nova configuração, a única maneira de a Eletronorte alcançar seus objetivos estratégicos de lograr crescimento sustentável nos setores de geração e de transmissão de energia elétrica reside em participar vitoriosamente nos já mencionados leilões. Uma vez que os leilões são processos concorrenciais, tornou-se crucial para a empresa promover alterações nos seus processos de trabalho com vistas a tornar-se mais competitiva.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 032.090/2010-2. Acórdão n. 1.614/2011 - Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, 15 de junho de 2011. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de jun. de 2011.



Esse relatório do TCU traduz a sistemática do processo de participação nos leilões promovidos pela ANEEL, com ênfase especial aos leilões de transmissão de energia. Verifica-se que essa participação obedece determinada sistemática e envolve riscos inerentes ao negócio.

O Estado, na condição de empresário, dissocia-se do Estado representante da Administração Pública e amplia seu grau de autonomia contratual própria da iniciativa privada, o que deveria propiciar flexibilidade de atuação segundo as normas do mercado. Essa extensão da prevalência empresarial concebe, também, as intempéries do próprio mercado.

Observa-se que as empresas estatais, agindo no mercado na condição de empresária licitante, modelam seus atos com maior grau de discricionariedade, diferentemente do que ocorre com as entidades de direito público, cuja atuação se vincula aos limites impostos por normas eminentemente administrativas.

Essa circunstância requer a utilização de normas e princípios inerentes ao setor privado, à economia e à livre concorrência. Caso contrário, as sociedades empresárias, integrantes da Administração Pública, estarão limitadas à prática de atos administrativos típicos e específicos à administração direta, autarquias e fundações, sendo inviabilizada sua participação no mercado concorrencial, que, no caso do setor elétrico brasileiro, torna-se essencial, inclusive para propiciar a busca da melhor proposta à própria modicidade tarifária.

A bem dizer, a implantação de empreendimentos oriundos de leilões promovidos pela ANEEL, vencidos pela iniciativa privada ou pelas empresas estatais, é efetivada por meio de contratos de empreitada integral. Este tipo de contrato apresenta como vantagem o fato de ser atribuído a um só contratado a responsabilidade pela conclusão do empreendimento em um prazo no máximo igual ao prazo estabelecido pelo Poder Concedente e por um preço certo e total, previamente ajustado.

O conceito jurídico empreitada integral pode ser extraído da própria Lei n. 8.666/1993 (art. 6º, VIII, "e"), que informa estar relacionada à contratação de um empreendimento em sua integralidade, ou seja, incluindo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, até a sua plena entrega - em condições de entrada em operação.

No quadro atual, tais contratos assumem papel extremamente relevante, em função das pesadas multas previstas nos contratos de concessão nos casos de não conclusão do empreendimento no prazo estipulado, além da perda da receita referente ao período do atraso. É óbvio que a adoção de dado regime de execução deve ser justificado em cada caso, para que fique evidenciado que se revela como mais conveniente para quem contrata. No caso dos empreendimentos do setor elétrico, esse regime de contratação, contudo, tem se mostrado como mais adequado técnica e economicamente, o que pressupõe sua viabilidade jurídica.

Explicando melhor o atual cenário de competição do setor elétrico, insta anotar que, na participação em licitações promovidas pela ANEEL para obtenção da outorga de concessão, as empresas poderão atuar em parceria com outras empresas, mediante a formação de consórcio e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), ou de forma corporativa (isoladamente).

Há, ainda, no caso de empreendimentos existentes, uma forma de se propiciar a sua ampliação (incluído nesta concepção outras melhorias) sem que haja a realização de um leilão pelo poder concedente. Trata-se da obtenção de “autorizações/licenças” e, neste caso, haverá para as estatais a incidência das normas previstas na Lei de Licitações. Para o presente estudo, importará analisar a incidência do regime de contratação por empreitada integral neste contexto, ou seja, na seara de aplicação da Lei n. 8.666/1993, somada à interpretação do Tribunal de Contas da União a respeito do tema.

Em suma, a atuação das empresas que compõem o setor elétrico brasileiro, inclusive das estatais, pode ocorrer de duas formas primordiais, a saber: i) por meio da disputa (participação em licitações) de concessões do serviço público de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica; ou ii) através da obtenção direta de atos autorizativos para consecução de obras de ampliação, reforços e melhorias em empreendimentos preexistentes.

Não obstante, é forçoso fazer uma ligeira análise das formas de atuação das empresas estatais no setor elétrico brasileiro, situando melhor o contexto em que estão atualmente inseridas. Essas informações de grande valia para se entender também o porquê da viabilidade jurídica da empreitada integral na consecução de empreendimento do setor.

### 2.2.1 Participação das estatais em licitações promovidas pela ANEEL

O inciso II do artigo 3º da Lei n. 9.427/1996, estabelece que compete ao poder concedente *celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos*. Por sua vez, a Lei n. 10.848, de 2004, inclui naquele diploma legal a possibilidade de delegação à ANEEL, pelo Poder Concedente, da competência estabelecida no art. 3º.

Com essa configuração normativa, ficou estabelecido que a ANEEL é o órgão que tem por responsabilidade firmar os contratos de outorgas de serviços públicos de energia elétrica e expedir atos autorizativos<sup>53</sup>.

A participação em licitações/leilões inicia após a publicação, pela ANEEL, da relação de empreendimentos a serem licitados/leiloados. Os interessados, de posse desta informação, identificam quais empreendimentos são de seu interesse.

A atuação das empresas estatais, no caso de parceria com outras empresas, observa a sistemática de publicar edital de chamamento (chamada pública) contendo critérios objetivos que possibilitem a escolha de parceiro para a constituição de um consórcio, que se vencedor, poderá constituir uma Sociedade de Propósito Específico (SPE).

Optando por participar de forma corporativa (isoladamente) dos leilões promovidos pela ANEEL, a estatal poderá *colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação*, conforme permissão contida no artigo 32 da Lei n. 9.074/1995.

Desta forma, nos processos em que participar de forma corporativa, faz-se necessário para a formatação da proposta (lance) a ser apresentada durante o leilão, realização antecipada de negociações com possíveis fornecedores de serviços, materiais e equipamentos a serem utilizados na implantação do empreendimento. Dessas negociações, resultará a assinatura de pré-contratos com os fornecedores que apresentarem as melhores propostas. Os contratos definitivos, por sua vez, serão firmados apenas caso o lance apresentado pela se sagre

---

<sup>53</sup> Para fins do presente trabalho, os atos autorizativos também podem ser chamados simplesmente como autorizações ou licenças.

vencedor. Se for vencedora do leilão, a estatal entregará à ANEEL a documentação exigida no edital a fim de viabilizar a assinatura do contrato de concessão.

### 2.3 ATOS AUTORIZATIVOS CONCEDIDOS DIRETAMENTE PELA ANEEL

Nos casos de grandes empreendimentos no setor elétrico, nos termos da Lei n. 8.987/1995, a outorga é firmada por meio de contratos de concessão. Porém, muitas vezes, o Poder Concedente vê-se diante da necessidade de ampliar, reforçar ou melhorar outorgas já existentes.

Para essas ampliações (reforços ou melhorias) não é imprescindível nova licitação, bastando que a ANEEL expeça o respectivo ato autorizativo. A autorização do projeto tem o condão de cancelar as alternativas projetadas pela concessionária, bem como formalizar a possibilidade de realização daquela providência indicada.

Assim, nesses casos, a ANEEL concede diretamente à empresa concessionária, estatal ou não estatal, a autorização/licença para sua implementação. É o que ocorre, por exemplo, no caso de ampliações, reforços e melhorias na rede básica de transmissão de energia elétrica, como a instalação de um novo transformador para determinada subestação – cuja outorga da concessão preexiste.

É bom esclarecer que, na realidade, não se trata de autorização na modalidade de delegação prevista no artigo 21 da Constituição Brasileira de 1988, mas sim de autorização na modalidade licença para a prática de determinado ato, no caso a instalação de um equipamento em uma função de transmissão existente, isto é, integrará o contrato de concessão existente, visto que, em princípio, não há alteração do seu objeto.

Se for uma função de transmissão distinta, que altere ou aumente o objeto do contrato de concessão, dever-se-ia realizar a licitação para celebração do competente contrato de concessão (por exemplo, uma nova subestação), sob pena de entender-se, nesta hipótese, que se trata de verdadeira *autorização de serviço público*, o que, pela leitura ligeira do artigo 175 da Constituição Brasileira de 1988, não é permitido.

### 3 A IDEIA DA EMPREITADA INTEGRAL E O SETOR ELÉTRICO

Para concretizar seus objetivos empresariais típicos (como, alcançar resultados sustentáveis, eficientizar processos internos) e atingir a finalidade de interesse público motivadora de sua criação, conforme mandamento constitucional, a Administração Pública Empresarial<sup>54</sup> – representadas, nesse conceito, as empresas públicas e sociedades de economia mista que convivem no mercado concorrencial – pode lançar mão de uma ferramenta (a empreitada integral) viável e prevista na inteligência da legislação específica, que, na prática, tem se revelado desafiadora diante das inúmeras ponderações apontadas pelo Tribunal de Contas da União.

#### 3.1 AS ESTATAIS E AS DIFICULDADES PARA A REALIZAÇÃO EFICIENTE DE EMPREENDIMENTOS NO ATUAL MODELO DO SETOR ELÉTRICO

No contexto da aplicação rasteira das disposições contidas na Lei n. 8.666/1993, aliada à submissão irrestrita das decisões do Tribunal de Contas da União, as sociedades de economia mista e empresas públicas, para implantação de empreendimentos no setor elétrico, na prática, estão sujeitas a maiores formalidades, rigores legais e dificuldades em comparação às empresas eminentemente privadas (ou seja, as não estatais).

As entidades estatais estão sujeitas a um regime jurídico híbrido, pois, por exemplo, para contratar bens e serviços, em regra<sup>55</sup>, estão sujeitas à licitação e, para contratar pessoal, é indispensável a realização de concurso público. Apenas para citar algumas obrigações às quais estão submetidas as empresas estatais – em comparação àquelas que não o são.

Tal argumento serve de base até mesmo à afirmação de que a atuação das estatais no mercado concorrencial estaria de certa maneira prejudicada<sup>56</sup> e, também, vulnerada a isonomia objetivada pela Constituição Brasileira de 1988.

---

<sup>54</sup> A denominação “Administração Pública Empresarial” está sendo utilizada neste trabalho por “empréstimo” de seminário jurídico denominado “Novas perspectivas para a Administração Pública Empresarial”, promovido nos dias 29 e 30.03.2012, em Brasília, que contou com a participação, dentre outros, o ministro Benjamin Zymler, do TCU, e do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

<sup>55</sup> Em regra não apenas por força das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas em lei, mas também, como mencionado no item específico do presente trabalho, diante das hipóteses em que a contratação envolve o exercício da atividade-fim.

<sup>56</sup> Aliás, a respeito deste descompasso entre estatais e não estatais, o professor Marçal Justen Filho, em palestra proferida no Rio de Janeiro, citou o caso de uma autoridade pública que vedou a

Não obstante a ponderação anterior, cuja discussão, embora instigante, deve ser objeto de apreciação em outro trabalho acadêmico que aborde especificamente o assunto, as estatais do setor elétrico devem atuar, na prática, em condições de igualdade com a iniciativa privada, necessitando ser cada vez mais ágeis e eficientes as contratações de bens e serviços, a fim de viabilizar sua atividade, seja na exploração de atividade econômica, seja na prestação de serviços públicos.

Independentemente de se tratar de atividade-meio ou de atividade-fim, de prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica, o certo é que uma das ferramentas existentes para dar concretude aos anseios do setor elétrico consiste na possibilidade de utilização do regime de empreitada integral para contratação de seus empreendimentos.

No mercado concorrencial em que está inserida, a estatal está forçosamente obrigada a atuar de forma ágil e eficiente. Inclusive, o princípio da eficiência é consagrado constitucionalmente no artigo 37, *caput*, da Constituição Brasileira de 1988, exigindo, na lição de Hely Lopes Meirelles, que

a atividade administrativa seja exercida com presteza perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já na se contenta em ser desempenhado apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.<sup>57</sup>

Fechar os olhos a essa nova configuração do cenário jurídico vivenciado pelas empresas estatais que atuam em regime de competição representa a negação aos próprios fins preconizados no modelo do setor elétrico em vigor.

A disputa pelo mercado - com vistas à modicidade tarifária e à adequada prestação de serviços essenciais - por certo, necessita ser sopesada nos processos de contratação empreendidos pelas estatais do setor elétrico, permitindo que a utilização de instrumento juridicamente hábil – como a empreitada integral – sirva para o efetivo cumprimento dos prazos definidos pelo poder concedente, por meio da agência reguladora, o que será revertido em benefício da própria sociedade e, finalmente, do interesse público que circunscreve também a atuação desses entes.

---

implementação de reajuste tarifário pelos serviços prestados por uma sociedade de economia mista e que isto acarretou significativos prejuízos para a companhia, com sérios reflexos sobre os dividendos a serem distribuídos aos sócios privados não titulares do controle.

<sup>57</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 94.

### 3.2 A LEGISLAÇÃO E O REGIME DE EMPREITADA INTEGRAL

A Lei n. 8.666/1993, em seus artigos 6º e 10, prevê expressamente regime de empreitada integral nos seguintes termos:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

(...)

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

(...)

II - execução indireta, nos seguintes regimes:

(...)

e) empreitada integral.

De acordo com Renato Geraldo Mendes, pode-se conceituar o regime de empreitada integral nos seguintes termos:

A principal característica da empreitada integral é envolver um encargo mais amplo e complexo do que o da empreitada por preço global ou unitário. Em alguns casos, inclusive, o empreiteiro tem de recorrer a terceiros para poder atender e cumprir o encargo total. A empreitada integral pode ser utilizada quando a solução final for complexa e sistêmica. Dito de outro modo, quando o objeto total a ser executado for integrado por várias partes ou encargos autônomos e independentes, mas que deverão produzir uma solução unitária.<sup>58</sup>

#### Para Jessé Torres Pereira Júnior, na empreitada integral

almeja-se vincular a empresa contratada a aptidão da obra ou serviço para efetivamente funcionar; a intenção é a de impor encargos contratuais que se estendem a capacidade operativa que resultar da obra ou do serviço concluído; em outras palavras, o objeto do contrato não será aceito pela Administração apenas em face do término da obra ou do serviço, posto que a empresa contratada incumbirá também responder por seu adequado funcionamento, após a execução; assim, será possível que o edital e o contrato estabeleça que a integralização do pagamento será exigível após certificar-se a Administração de que a obra ou serviço opera nas condições previstas.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> MENDES, Renato Geraldo. *Os regimes de empreitada na Lei n. 8.666/93*, disponível em <http://www.zenite.com.br>; acesso em 14.02.2012.

<sup>59</sup> PEREIRA Junior, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*, p. 101.

Marçal Justen Filho entende que a empreitada integral é uma variação da empreitada por preço global<sup>60</sup>, reconhecendo que:

O que a peculiariza é a abrangência da prestação imposta ao contratado, que tem o dever de executar e entregar um “empreendimento” em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento. A expressão “empreendimento” indica uma obra ou um serviço não consumível que serve de instrumento para produzir outras utilidades.<sup>61</sup>

O conceito de empreitada integral trazido pela lei estabelece a amplitude do objeto, que deve abranger todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias à plena concretização do empreendimento. Nesse sentido, embora exista posição doutrinária, como a de Marçal Justen Filho antes declinada, entendendo ser a empreitada integral espécie da empreitada global<sup>62</sup>, o certo é que nada impede que, em determinada obra por empreitada integral, seja a execução mensurada pelo regime de preços unitários.

É certo que existem situações em que a melhor opção será a adoção do regime de empreitada por preço global. Tem-se como exemplo as obras contratadas emergencialmente, em que normalmente se adota esse regime, porque não há tempo hábil para elaboração de um completo projeto básico<sup>63</sup>.

Afora esta ponderação acerca das hipóteses de contratação por emergência, as contratações de obras e serviços de engenharia somente devem ser licitadas com base na existência de orçamento detalhado em planilhas, visando a conferir transparência e a proporcionar melhores condições ao controle e à gestão contratual. Estas planilhas devem expressar a composição analítica de todos os seus custos unitários. Esta é essência do mandamento legal previsto no artigo 7º da Lei de Licitações, reproduzido a seguir:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

<sup>60</sup> Lei 8.666/1993, Art. 6º, inciso VIII, alínea “a” - “*empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total.*”

<sup>61</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 131.

<sup>62</sup> Atente-se para o fato de que a verificação/medição (e o conseqüente pagamento) dos serviços executados, no caso da empreitada global, não se atém unicamente aos itens de planilha de preços, mas sim ao cumprimento de toda a etapa prevista no cronograma físico-financeiro.

<sup>63</sup> O TCU, recentemente, alterou posicionamento anterior firmado para o DNIT de que seria obrigatório o projeto básico. Definiu-se que, a depender da situação com que se defrontar a Administração, impõe-se, apenas, que haja os elementos mínimos a definir o escopo da contratação. Nesse sentido: Processo TC n. 007.965/2008-1. Acórdão n. 943/2011 – TCU – Plenário.



(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

O texto não deixa dúvida de que o orçamento detalhado constitui item necessário e indispensável para se realizar a licitação da obra.

Na empreitada por preço global, como o contrato é mensurado pelo cumprimento de etapas no cronograma físico, o mau planejamento pode resultar em proposta incompatível com a realidade do contrato, causando distorções prejudiciais à Administração – no caso de superdimensionamento – ou para o particular – no caso de subdimensionamento.

Dessa forma, mesmo na empreitada por preço global não se deve dispensar a existência de completo projeto básico da obra e a respectiva planilha de preços unitários, a qual, nesta hipótese, não serve como parâmetro de medição ou pagamento, mas como orçamento para licitação e conseqüente balizamento para as propostas de preços apresentadas oportunamente no certame licitatório.

O artigo 40, inciso X<sup>64</sup>, da Lei n. 8.666/1993, traz também a necessidade de planilha de custos unitários, porém, nesse caso, como critério necessário de julgamento. A existência de critérios que limitem o teto dos preços unitários constantes das propostas dificultam a formação de *jogo de planilhas*<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Lei n. 8.666/93, “artigo 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: ... X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;”.

<sup>65</sup> A respeito do que vem a ser *jogo de planilhas*, cabe transcrever trecho do acórdão n. 299/2009 – TCU – Plenário, com referência ao processo TC nº 011.189/2005-1: “3. Normalmente, o ‘jogo de planilha’ funciona assim: na licitação, a empreiteira cota determinados itens de serviço da obra muito acima do mercado, enquanto outros são oferecidos a preços bastante abaixo; como os preços unitários altos e baixos se compensam, o valor global da obra fica dentro da expectativa do contratante; depois de contratada, a empreiteira se aproveita de modificações nos serviços, forçadas ou por deficiência do projeto, as quais irão reduzir os itens mais em conta ou aumentar os mais caros, ou mesmo fazer as duas coisas; o resultado é que os itens mais caros prevalecem no contrato, distorcendo a proposta original, com elevação do preço da obra.”

## 4 A VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA EMPREITADA INTEGRAL PELAS EMPRESAS ESTATAIS DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Uma das primeiras questões que surge quando se fala em empreitada integral<sup>66</sup>, diante dos termos da lei, refere-se a sua legalidade em face da regra do §1º do art. 23 da Lei n. 8.666/1993, que exige a divisão do objeto em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. Isto porque, é recorrente a orientação do Tribunal de Contas da União quanto à obrigatoriedade de parcelamento do objeto da licitação, principalmente em obras tais como as do setor elétrico. Confira-se, a exemplo, a Súmula n. 247 e decisões do TCU que abordam especificamente o assunto:

Súmula TCU n. 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Acórdão n. 1.387/2006 - TCU - Plenário (Sumário)

A falta de licitação específica para a compra de equipamentos necessários à obra pública respectiva, sem o parcelamento do objeto da licitação, constitui irregularidade grave, salvo se comprovada a inviabilidade técnica ou econômica para o parcelamento preconizado pelo art. 23, §1º, da Lei 8.666/1993.

Decisão n. 393/1994 - TCU - Plenário

É obrigatória à Administração, nas licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, quando o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, a adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a esta divisibilidade.

Acórdão n. 2.079/2007 - TCU - Plenário (voto do relator)

(...) 32. Aqui, mais uma vez, qualquer reproche é descabido. Pela Lei nº 8.666/93, o parcelamento é de regra, se viável técnica e economicamente. Ou seja, havendo possibilidade de dividir a obra, não sobrarão ao

<sup>66</sup> Atente-se novamente para o fato de que o manejo do regime de contratação por empreitada integral, para fins do presente trabalho, enfoca o contexto em que estão inseridas as empresas estatais na consecução de empreendimentos derivados das autorizações/licenças concedidas pela ANEEL para ampliações, reforços e melhorias em observâncias aos preceitos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993).

administrador outro caminho, pois o parcelamento redundaria na ampliação do número de competidores, na medida em que empreiteiras de menor porte ou de campo de atuação mais restrito poderiam não reunir as condições de habilitação para responsabilizar-se por todo o empreendimento, não obstante tivessem plena capacidade para executar uma parcela. Por conseguinte, com o acirramento da disputa, máxime no ambiente de um pregão, torna-se aumentada a probabilidade de se encontrar o menor preço obtível no mercado. (...) <sup>67</sup>

Essa obrigação deriva da interpretação da Lei n. 8.666/1993, que assim dispõe:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

Entretanto, o próprio TCU também proferiu entendimento que excepciona a mencionada regra quando o parcelamento implique prejuízo para Administração, conforme hipóteses descritas a seguir:

Decisão nº 348/1999 - TCU - Plenário

(...) 2. Na forma do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, deve a Administração buscar o parcelamento do objeto, com vistas a melhor aproveitar os recursos do mercado e, sobretudo, ampliar a competitividade do certame. Todavia, essa orientação exige que o parcelamento somente seja efetuado quando não resultar em perda de economia de escala. Não se pode esquecer, e nisso andou bem o legislador, que a licitação é procedimento administrativo que visa, entre outros aspectos, a que a Administração contrate da forma mais vantajosa possível. Logo, não seria razoável, além de ser ilegal, que o parcelamento venha a ocasionar perda de economia de escala e, por via de consequência, maiores custos para a Administração Pública. <sup>68</sup>

Acórdão n. 678/2008 - TCU - Plenário

(...) 5. Se o parcelamento das obras, no caso concreto, mostra-se prejudicial ao gerenciamento dos serviços, é admissível a realização de licitação única para contratação da execução de todas as etapas que compõem o empreendimento. <sup>69</sup>

<sup>67</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 009.930/2007-7. Acórdão n. 2.079/2007 - Plenário. Relator: Ministro Marcos Vilaça. Brasília, 3 de outubro de 2007. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 2007.

<sup>68</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 001.998/1999-4. Decisão n. 348/1999 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 9 de junho de 1999. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1999.

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 003.972/2005-3. Acórdão n. 678/2008 - Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Brasília, 16 de abril de 2008. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 abr. 2008.

Acórdão n. 839/2009 - TCU - Plenário (Sumário)

1. Em consonância com o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, incumbe ao gestor promover o parcelamento do objeto a ser licitado com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, ou, na impossibilidade técnica e econômica de fazê-lo, apresentar justificativas fundamentadas nos autos do procedimento licitatório.<sup>70</sup>

Assim, verifica-se que é juridicamente possível a adoção do regime de empreitada integral nos contratos firmados pelas estatais do setor elétrico, até porque este regime tem previsão expressa em lei (Lei n. 8.666/93, art. 6º, inciso VIII, alínea “e” e art. 10, inciso II, alínea “e”), constituindo-se em um instrumento que a Administração dispõe para atingir seus objetivos.

Note-se que a lei não define o regime contratual que deve ser utilizado para cada tipo de objeto, ficando a cargo do gestor essa opção, que necessita estar pautada na consentânea realidade dos fatos vivenciados diariamente.

É necessário, portanto, que o gestor demonstre formalmente a inviabilidade técnico-econômica do parcelamento do objeto, com evidências de que sua utilização seria prejudicial ao gerenciamento dos serviços, demonstrando, ainda, a vantajosidade para a empresa estatal com a adoção da empreitada integral.

#### 4.1 VIABILIDADE JURÍDICA – ANÁLISE DA REGRA DO PARCELAMENTO

Nas estatais federais do setor elétrico, é comum o entendimento<sup>71</sup> dos gestores no sentido de que o parcelamento dos empreendimentos em geral - sejam aqueles decorrentes de leilões, sejam aqueles derivados das autorizações/licenças da ANEEL - acarreta prejuízos para o andamento da construção e fiscalização, bem como são prejudiciais à conclusão no prazo previsto no contrato ou ato de autorização respectivo. Essa conclusão se fundamenta em casos concretos enfrentados pelas empresas.

Consoante frisado, a utilização da empreitada integral necessita basear-se em motivação técnica e econômica por parte dos gestores da estatal,

---

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 008.658/2007-7. Acórdão n. 839/2009 - Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 29 de abril de 2009. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 abr. 2009.

<sup>71</sup> Tal constatação está embasada em situações concretas vivenciadas pela Eletronorte, bem como em informações colhidas junto aos gestores e outros advogados empregados de empresas subsidiárias da Eletrobras, tais como Chesf e Eletrosul.

principalmente porque em seus processos de contratação devem garantir a observância do princípio da isonomia, bem como da seleção da proposta mais vantajosa (inteligência do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993<sup>72</sup>).

Nestes termos, importante trazer à baila no presente trabalho alguns dados práticos, além de argumentos objetivos que demonstram claramente a vantajosidade da adoção da empreitada integral.

No caso do setor elétrico, a opção pela contratação no regime de empreitada na forma integral tem demonstrado vantagens técnicas e econômicas indiscutíveis, tais como: i) redução da quantidade de contratos para execução de um mesmo empreendimento; ii) diminuição das despesas diretas e indiretas da administração; iii) concentração da responsabilidade pela boa e regular execução do contrato e cumprimento dos prazos; iv) ganhos de economia de escala; v) presteza na execução do empreendimento; vi) arrefecimento de riscos jurídicos, com menor número de licitações; vii) redução de multas aplicadas pela ANEEL em decorrência dos atrasos na implantação dos empreendimentos.

Ocorre que, em certas ocasiões, a unificação de todo o empreendimento em um só contrato ou mesmo a redução de custos administrativos não configuram vantagem sobre a divisão do objeto em contratos menores, direcionados por especialidade. É o que a legislação, a jurisprudência e a doutrina prelecionam como defesa à regra do parcelamento.

Analisando de forma fria e rasteira os entendimentos do TCU, poder-se-ia entender que licitar um empreendimento de forma integrada reduz a quantidade de empresas aptas à concorrência, afetando a competitividade - já que o parcelamento, regra geral, serve para ampliar a competitividade, acirrar a disputa de mercado e, por consequência, reduzir o preço final da contratação. Não é o que, na prática, tem ocorrido com os empreendimentos autorizados diretamente para ANEEL às empresas estatais do setor elétrico.

---

<sup>72</sup> Lei n. 8.666/1993. Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

É certo que a isonomia, a ampla disputa e o preço mais vantajoso também representam o interesse público e não podem ser desconsiderados nas contratações das estatais. Sendo assim, torna-se imprescindível ao presente estudo analisar como superar a regra geral do parcelamento do objeto, prevista no art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/1993<sup>73</sup>.

Impende colacionar, pela pertinência, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região acerca do tema:

QUINTA TURMA  
 AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO PARA EXECUÇÃO DAS OBRAS E SERVIÇOS DE AMPLIAÇÃO, REFORMA E MODERNIZAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE BRASÍLIA. NÃO-COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO-COMPROVAÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. (...) Analisando a remessa oficial, esclareceu que o ponto nodal da presente controvérsia está no conceito de empreitada global e se este seria aplicável à espécie. Entendeu restar devidamente justificada a opção pela inclusão do Sítio no regime de empreitada integral, subespécie da empreitada global, caracterizada pela contratação de um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias. Segundo alega a Infraero, o novo terminal de passageiros teria sido concebido para ter os seus equipamentos funcionando de forma interligada, num sistema inteligente, estando tal decisão dentro da esfera de discricionariedade do Poder Público. Não vislumbrou o Órgão Julgador ilegalidade ou violação à moralidade administrativa na decisão de incluir o sistema na descrição de obras e serviços da concorrência pública. Entendeu que o autor da ação popular não demonstrou que o procedimento adotado tenha acarretado prejuízo à Administração, tampouco que o fracionamento de um sistema dessa importância teria sido mais vantajoso para os cofres públicos em termos de economia, eficiência ou celeridade. Asseverou que o ato administrativo foi baseado em discricionariedade técnica e que, na hipótese, diminuiu-se a competitividade, mas aumentou-se a eficiência. Esclareceu que o princípio da competitividade não basta, quando o administrador conseguir demonstrar que razões de ordem econômica e de eficiência apontam para uma solução técnica que restrinja o número de concorrentes. (...) Assim, a Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação do autor e do recurso adesivo erroneamente interposto; negou provimento às apelações das rés e à remessa oficial, mantendo a sentença tal como proferida.<sup>74</sup>

Nada obstante, cabe citar, desde logo, um exemplo vivenciado no setor elétrico, em decorrência de atos autorizativos da ANEEL para obras de ampliação.

<sup>73</sup> Se estiver comprovado que a realização de licitações e contratações distintas para cada etapa da obra ou serviço amplia a competitividade e propicia vantagens econômicas para a Administração, sem prejudicar tecnicamente a execução do empreendimento, não se deve adotar a empreitada integral. Essa é regra geral. No entanto, em casos como os dos empreendimentos do setor elétrico, consoante demonstrado no presente trabalho, o parcelamento não tem representado a melhor opção sob o ponto de vista técnico-econômico e consequentemente jurídico.

<sup>74</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo n. 2005.01.00.053271-0. Relatora: Des. Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 3 de outubro de 2007. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 2007.AC /DF, Rel. Des. Federal, julgado em 07/12/05. 16/02/2006

Cogite-se a implantação de novo transformador em uma subestação existente. Esse tipo de empreendimento tem etapas bem delineadas, de obras civis, de montagem e consequente instalação do transformador. A complexidade e a sistemática desse tipo de empreendimento, por si só, não recomendam o parcelamento, pois, nesta hipótese, licitar primeiramente o equipamento (que compreende não apenas o transformador em si, mas também outros acessórios) e somente após iniciar licitações para a construção e para a instalação (montagem) do equipamento, representam atos contrários à boa técnica.

Ademais, se a Administração aguardar a definição do tipo de equipamento homologado na licitação para depois dar início à licitação das obras de construção e montagem, por certo terá que armazenar o equipamento principal e demais acessórios por um tempo significativo. Logo, do ponto de vista econômico-financeiro, terá também mais despesas<sup>75</sup>.

Pelo que se pode depreender do exemplo anterior, o mais razoável é realizar a licitação para o empreendimento que envolve a completa e perfeita instalação do transformador sob a forma de empreitada integral. Neste caso, o licitante vencedor poderá providenciar a fabricação ou compra do equipamento e realizar o transporte quando pertinente, sem prejuízo das obras civis e demais providências necessárias à implantação, de forma que o transformador e acessórios inerentes sejam entregues e instalados no momento adequado de cada etapa desse relevante e complexo empreendimento.

#### 4.2 VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA

Para corroborar a tese de viabilidade da utilização do regime de empreitada integral para contratação pelas empresas estatais de empreendimentos do setor elétrico, passa-se ao exame de caso concreto, que trata do enquadramento de obras autorizadas pela ANEEL, em especial às relacionadas ao sistema de transmissão de energia elétrica.

---

<sup>75</sup> O transporte e o armazenamento de transformadores não pode realizado de qualquer forma e, além disso, tem prazo de garantia estabelecido em contrato. O risco de perda dos equipamentos ou da garantia, antes de sua instalação, torna-se elevado. O armazenamento, sobretudo, representa custo desnecessário ao empreendimento.

A análise jurídica do tema, incluindo legislação, doutrina e jurisprudência, acaba acarretando a obrigação de realizar estudo cuidadoso do setor elétrico, pois, consoante demonstram as particularidades dessa atividade, é possível enxergar semelhantes características presentes nos seus empreendimentos e que justificam, inelutavelmente, o uso da empreitada integral.

As razões técnicas e econômicas, no caso dos empreendimentos decorrentes de atos autorizativos, ou seja, que são propostos para ampliação, reforço ou melhoria de instalação de transmissão já existente, são consistentes e conduzem à firme conclusão de que é recomendável – ou até mesmo obrigatória, sob o ponto de vista da eficiência – a utilização da empreitada integral como instrumento de garantia da eficiência e dos objetivos da estatal.

A primeira razão, de ordem técnica, que se constata está ligada à complexidade dos empreendimentos de transmissão de energia elétrica. As suas obras são sistêmicas, isto é, têm etapas interligadas que refletem nas demais. O regular funcionamento de uma subestação não se dá em partes. Na realidade, é necessária a execução de todas as etapas do empreendimento – obras civis, instalação eletroeletrônica, montagem de equipamentos, etc. Dessa forma, o pleno funcionamento – ou a energização, como falariam os *experts* no assunto – só ocorre quando o empreendimento estiver completamente concluído. Não há possibilidade, como ocorre em determinadas obras (escolas, por exemplo), que se inaugure apenas parte de uma subestação - somente com as obras civis finalizadas.

Para facilitar a visualização da complexidade técnica dos empreendimentos de transmissão de energia elétrica, basta fazer o seguinte exercício: os empreendimentos abrangem 4 (quatro) áreas bem definidas – equipamentos, montagem, obras e sistemas – que, em um raciocínio ainda mais criterioso, poderia gerar um desdobramento de mais de 10 (dez) etapas. Isso significa dizer que, sem apego ao aspecto técnico, uma obra de subestação, por exemplo, poderia acabar dividida em mais ou menos 20 (vinte) contratos distintos. A interdependência existente entre cada etapa do empreendimento implica em que a sua divisão em diversos contratos traz um risco maior de atraso na inauguração.

A opção pela divisão do objeto em diversos contratos não pode ignorar outros fatores prejudiciais à estatal, como, por exemplo: o tempo e o custo dos processos licitatórios, já que os processos pela modalidade tomada de preços ou



concorrência, obrigatórios para a execução das obras e de alguns serviços de engenharia, demoram em torno de 4 (quatro) a 5 (cinco) meses para a sua conclusão<sup>76</sup>; e os riscos de execução, posto que a Administração fica com o encargo de gerir diversos contratos simultaneamente, o que dificulta o controle do cumprimento dos prazos e demais obrigações<sup>77</sup>.

Imagine-se quando a estatal tem que concretizar cinco, dez, quinze ou mais empreendimentos. Não se pode ignorar o contexto em que estão inseridas as empresas (estatais ou não) do setor elétrico – em um ambiente altamente competitivo e fortemente regulado, ressalte-se.

Aliadas às razões de ordem técnica apresentadas, encontram-se as de ordem econômica. Em regra no mercado, quanto maior a oferta, menor o preço. Logo, quanto maior o volume de venda, menor o preço, posto que melhor se torna a capacidade negocial dos fornecedores. De forma simples, pode-se buscar esta analogia para afirmar que, com o parcelamento do empreendimento, menores são os volumes de venda, prejudicando (ou aumentando) os preços. Por outro lado, quanto maior o volume de venda, menor é o número de fornecedores capazes de atender à demanda, o que pode reduzir a competitividade na disputa em licitação. Desse aparente conflito surge que, em determinadas situações, deve-se priorizar o não parcelamento, em prestígio da economia de escala; em outras, a ampliação da competitividade, mediante a divisão do objeto.

Dessa maneira, na situação em análise, constata-se que o “tipo de produto” como o “tipo de mercado” favorecem o não parcelamento do empreendimento. Resta evidente que a decisão de contratar por empreitada integral os empreendimentos do setor elétrico, em especial os relacionados à transmissão são divididos basicamente em uma parte de obras civis e outra de montagem e instalação de equipamentos. Em empreendimentos dessa natureza o que se poderia parcelar são as aquisições dos tipos de equipamentos entre si e as obras civis e de montagem/instalação. Não há como afirmar que uma licitação parcelada para cada equipamento represente uma ampliação de disputa considerável a ponto de reduzir

---

<sup>76</sup> Na hipótese de parcelamento do objeto, são necessários diversos processos licitatórios e contratos, que, na prática, fazem com que a logística de amoldamento de cada etapa de execução do empreendimento nos prazos adequados se torne praticamente impossível.

<sup>77</sup> As etapas de realização do empreendimento são interdependentes, a sorte de uma segue a da outra. Se houver falha em alguma delas, as demais estarão comprometidas.

os preços finais da contratação. A realidade mostra justamente o contrário, não há grande variação de preços contratando-se parceladamente ou não. Não existe ganho de competitividade em separar os equipamentos das obras civis em distintos processos licitatórios.

Por oportuno, impende mencionar outra razão de ordem econômica bastante significativa para o setor elétrico refere-se aos prazos de conclusão dos empreendimentos estabelecidos pela ANEEL. De tal modo, o atraso traz duas consequências básicas: a primeira relativa à perda de receita e a segunda quanto às multas impostas pela agência reguladora. Esses argumentos bastariam, *per sí*, para justificar a vantajosidade econômica da utilização da empreitada integral.

### 4.3 OUTROS FATORES IMPORTANTES

O não parcelamento de uma obra complexa acaba se tornando, como visto, fruto de um conflito jurídico, técnico e econômico.

A existência de um só contrato para comportar determinado empreendimento, a redução da burocracia no processo decisório, a concentração da responsabilidade e, até mesmo, a celeridade na execução do contrato (objetivos do não parcelamento) são invocações justas dos que atuam no setor elétrico.

Desta forma, sendo óbice à melhor execução do objeto, o parcelamento não deve ser utilizado. Os argumentos como redução de custos administrativos e de economia de escala tomam maior proporção quando comprovada a inviabilidade técnica de parcelamento do objeto.

A aplicação pura e irrestrita da regra do parcelamento tem sido adotada em virtude de um conhecimento muito restrito dos instrumentos legais para ampliação da competitividade.

O parcelamento do objeto está intimamente ligado à ampliação da competitividade, por isso, parece imperativo. O seu mecanismo, aliás, é bastante simples: divide-se o objeto pretendido por especialidades, a fim de que empresas de menor porte ou com menor área de atuação possam participar da licitação. O primeiro aspecto desse raciocínio que merece crítica é a adoção da regra do parcelamento como fator de certeza para a redução dos preços contratados. Ora, se a adoção ou não da empreitada integral deve ser analisada caso a caso, também o parcelamento não pode ser fruto de uma premissa absoluta.

Em ambos os casos, as vantagens de ordem econômica e técnicas pré-concebidas são suposições com amparo em certa experiência, mas que não se aplicam a toda e qualquer situação. Imagine-se, por exemplo, um tipo de equipamento com mercado restrito. A divisão de um empreendimento para licitar tais equipamentos separadamente não significará a ampliação da competitividade nem será fator determinante da redução do preço final. Neste caso, a tese mais adequada para buscar preços mais vantajosos é justamente o não parcelamento do objeto – o que está muito mais voltado para a empreitada integral –, isto porque incluir tais equipamentos dentro de um escopo mais abrangente de serviços e obras pode influenciar as licitantes para que abdicuem de um lucro maior na venda dos

mesmos, para oferecer uma proposta final menor, e recuperá-lo no contexto global da contratação. Assim, até mesmo um estudo de mercado é importante para a tomada de decisão sobre qual forma de contratação adotar – integral ou parcelada.

Um segundo aspecto é que a divisão do objeto em diversos contratos não é a única forma de ampliação da competitividade existente. A Lei n. 8.666/1993 contém outros instrumentos que permitem uma via alternativa ao parcelamento, com ganhos similares ou idênticos na ampliação da competitividade. Dentre estes, os principais são a possibilidade de subcontratação e a permissão de contratação de empresas em consórcios.

#### **4.3.1 Subcontratação**

Se a lei, ao estabelecer a regra do parcelamento do objeto, almeja ampliar a disputa na licitação - sempre que for técnica e economicamente viável -, a possibilidade de subcontratação acaba se tornando um fator significativo na consecução dessa competitividade.

A subcontratação é prevista nos artigos 72 e 78 da Lei n. 8.666/1993, nos seguintes termos:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

A subcontratação, portanto, é o instituto que permite a transferência da execução de determinadas parcelas de um contrato para um terceiro, estranhos à relação contratual original. Logo, na subcontratação, existem duas relações jurídicas distintas e independentes. A primeira, firmada entre a administração e o contratado por meio do contrato administrativo. A segunda firmada exclusivamente entre o contratado e o subcontratado, não havendo vínculo jurídico direto entre a administração e o subcontratado. Registre-se que não é permitida a subcontratação

total ou de parcela preponderante do contrato, sob pena de desatendimento ao princípio da licitação.

O Tribunal de Contas da União define subcontratação da seguinte forma:

Subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado.

É permitido ao contratado, pela Lei de Licitações, subcontratar parte do objeto. Nada obstante, aceita a subcontratação, deve a Administração exigir do subcontratado a apresentação dos documentos de habilitação requisitados na licitação, especialmente quanto à regularidade jurídica, idoneidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e o cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal.

Subcontratação de partes do objeto não libera o contratado de quaisquer responsabilidades legais e contratuais. Responde o contratado perante a Administração pela parte que subcontratou.

Ao decidir pela possibilidade de subcontratação e quais partes do objeto poderão ser subcontratadas, a Administração deve levar em conta práticas usuais adotadas no mercado e o interesse público subjacente à contratação.<sup>78</sup>

A regra geral para adoção da subcontratação nos contratos administrativos determina que tanto o edital quanto o instrumento contratual devem prever expressamente tal possibilidade, bem como dispor sobre os preceitos e os limites de sua realização. Isto é, cabe ao edital e ao contrato estabelecer se é possível a subcontratação, como também quais parcelas do objeto pactuado poderão ser subcontratadas, podendo condicionar sua concretização à existência de autorização prévia e expressa da Administração. Veja-se recomendações do TCU:

Acórdão 265/2010 - TCU - Plenário

(...) Disponha adequadamente sobre a possibilidade de subcontratação no edital e no contrato, definindo claramente seus parâmetros quando desejável, ou vedando sua ocorrência quando indesejável, nos termos dos arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993.<sup>79</sup>

Acórdão 1.529/2006 - TCU Plenário

(...) Inclua cláusula estabelecendo que as empresas subcontratadas também devem comprovar perante o órgão que estão em situação regular fiscal e previdenciária.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 791.

<sup>79</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 024.267/2008-1. Acórdão n. 265/2010 - Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 22 de fevereiro de 2010. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 fev. 2010.

<sup>80</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 002.492/2006-2. Acórdão n. 1.529/2006 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 ago. 2006.

Acórdão 1.978/2004 - TCU - Plenário

(...) Observe estritamente o disposto no art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993, quanto à vedação de subcontratação total ou parcial do objeto do contrato, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem assim a fusão, cisão ou incorporação, quando não admitidas no edital e no instrumento contratual dele decorrente, observando ainda o entendimento firmado por este Tribunal mediante a Decisão 420/2002 Plenário.<sup>81</sup>

Destarte, caso não constem no edital e no contrato cláusula prevendo a faculdade de se subcontratar parcialmente a execução, bem como o fornecimento de parcelas do objeto contratual, a subcontratação levada a efeito pelo contratado com outrem seria, em princípio, ilegal, constituindo inclusive motivo suficiente para a rescisão do contrato, conforme dispõe o artigo 78, inciso VI, da Lei n. 8.666/1993.

A 1ª Câmara do TCU, entretanto, recentemente adotou posicionamento diferente do antes citado, entendendo que a subcontratação parcial de serviços contratados não necessita estar expressamente prevista no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que deriva do artigo 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração, conforme consta do destaque abaixo. Eis o trecho essencial do acórdão:

Acórdão n. 5532/2010 – TCU - 1ª Câmara

(...) 1. A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração.(...).<sup>82</sup>

Com o propósito de proteger a boa execução do objeto que lhe interessa, permite-se à empresa estatal, mesmo sem participar da relação contratual inerente à subcontratação, fixar requisitos que devem ser observados pelo pretenso subcontratado como condição para assumir esse *status*. Tais requisitos são

---

<sup>81</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 018.205/2002-4. Acórdão n. 1.978/2004 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 1 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 dez. 2004.

<sup>82</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 004.716/2008-2. Acórdão n. 5532/2010 – 1ª Câmara: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 31 de agosto de 2010. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 set. 2010.

constituídos pelas exigências de habilitação, previstas no rol dos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações.

#### 4.3.2 Consórcio

Outro fator importante e que auxilia a mitigação da regra do parcelamento está na possibilidade de ampliar a competição no certame licitatório mediante a permissão de participação de empresas em consórcio.

O artigo 33<sup>83</sup> da Lei n. 8.666/1993 disciplina a participação de empresas em consórcio na licitação.

O objetivo da norma é que empresas de diferentes ramos - ou não - possam se reunir para atender a todas as exigências da licitação. Assim, unem-se empresas das mais variadas especialidades, tipos e portes econômicos, somando suas experiências, de tal sorte que podem executar todos os tipos de serviços inerentes a determinado empreendimento.

Egon Bockmann, ao finalizar suas considerações sobre o alerta que alguns doutrinadores fazem sobre a participação em licitações de consórcios e o risco de cartelização, assim prontifica:

(...) há determinadas obras e serviços que exigem tal associação, a fim de minorar os custos para a Administração e possibilitar a escorreita execução do contrato num prazo adequado ao interesse público posto em jogo.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Lei n. 8.666/1993. 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, inexigível 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. § 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo. § 2º 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.

<sup>84</sup> BOCKMANN, Egon. *Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93)*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>; acesso em 31.03.2012.

No caso dos empreendimentos complexos e sistêmicos, como os do setor elétrico, a permissão para participação de empresas consórcio revela-se como interessante mecanismo de ampliação da concorrência.

Visualize-se a hipótese de empreendimento de transmissão, especificamente a construção de uma subestação. Com a permissão de participação de empresas em consórcios, podem se reunir: a) uma empresa fabricante de equipamentos e b) uma empresa construtora e montadora.

A propósito, cabe transcrever pertinente decisão do Tribunal de Contas da União que analisou a contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara:

Acórdão nº 108/2006 – TCU - Plenário

(...) 9. Com efeito, além da possibilidade de promover licitação para contratação isolada em cada bloco ou lote, a administração também pode optar por contratação isolada que venha a abranger todo o objeto da avença, mas, neste caso, desde que permita a participação de empresas em consórcio.

10. É que, diante das circunstâncias, o parcelamento do objeto não seria obrigatório, mas, sim, desejável, e pode ser atendido tanto pelo parcelamento formal do objeto, por intermédio da aludida configuração de blocos ou lotes, quanto pelo chamado parcelamento material, por intermédio da permissão para que empresas em consórcios venham a participar do certame.

11. Com isso, obtém-se o dito parcelamento material do objeto, já que pequenas e médias empresas interessadas no ajuste poderão se organizar em consórcios, assegurando-se, nos exatos termos do Item 9.1.1 do acórdão oferecido pelo ilustre Relator, a observância dos princípios da competitividade e da isonomia, sem descuidar da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.(...)<sup>85</sup>

Ainda, na parte dispositiva do acórdão:

Acórdão nº 108/2006 – TCU - Plenário

(...) 9.1. determinar à Agência Espacial Brasileira - AEB que:

9.1.1. considerando o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, e na Súmula 247 do Tribunal, realize o parcelamento do objeto da licitação a ser promovida com vistas à contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara, devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos 'blocos' ou 'lotes' a serem formados em função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem a alternativa de divisão que

---

<sup>85</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 006.678/2005-4. Acórdão nº 108/2006 - Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 8 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 ago. 2011.



melhor satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, respeitadas as limitações de ordem técnica, sem prejuízo de realizar contratação isolada de todo o complexo ou conjunto com um licitante, mas, neste caso, desde que admitida expressamente a participação no certame de empresas em consórcio, como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei 8.666/93; (...)<sup>86</sup>

Consoante se observa, o TCU reconheceu a formação de consórcios como forma de parcelamento material do objeto, podendo suprir e até mesmo ser mais favorável à Administração do que a divisão do objeto.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 006.678/2005-4. Acórdão nº 108/2006 - Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 8 de fevereiro de 2006, disponível em <http://www.tcu.gov.br>; acesso em: 25.08.2011.

## CONCLUSÃO

Como se observa, a eficiência deve ser característica marcante na gestão das empresas estatais, tidas, neste trabalho, como sinônimo de sociedades de economia mista e empresas públicas, não obstante o regime híbrido que as rege, ora sob as rédeas do direito público, ora sob a égide do direito privado.

Pode-se dizer que a efficientização da gestão pública é, até mesmo, delicada se considerado o aspecto da responsabilidade pessoal de seus gestores, sujeitos a interpretações de seus atos por parte dos órgãos de controle - muitas vezes desprovidas de aprofundamento jurídico e adequada avaliação técnica -, acarretando a lentidão dos processos e a conseqüente morosidade das obras e empreendimentos necessários aos fins que se deveria almejar.

Ocorre que, em sua atuação no mercado competitivo, as estatais necessitam estar em igualdade de condições em relação às empresas de capital predominantemente privado, concorrendo de forma inteligente e capaz de propiciar a devida participação na economia, seja na prestação de serviços público ou na exploração de atividade econômica *stricto sensu*.

No setor elétrico brasileiro, esta configuração tem se tornado cada vez mais latente.

Neste contexto, ainda que submetidas a regras mais rígidas, nada obsta que as estatais do setor elétrico, com fundamento no princípio constitucional da eficiência, amparem-se em interpretação mais adequada da lei e, no exercício de suas atividades, adotem providências, não só juridicamente possíveis, mas também técnica e economicamente viáveis, como é o caso da empreitada integral.

Registre-se, a propósito, que, no presente estudo, buscou-se focar a hipótese de contratação de empreendimentos decorrentes de atos autorizativos concedidos diretamente pela agência reguladora à empresa concessionária. Não se discute se a atividade exercida é fim ou meio; tampouco se se trata de exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público. O que se busca, na verdade, é analisar a viabilidade de utilização do regime de contratação por empreitada integral, com fundamento na própria lei, mais precisamente na apropriada interpretação do § 1º do artigo 23 da Lei n. 8.666/1993.

Na análise realizada, pôde-se constatar que a utilização da empreitada integral, nos empreendimentos do setor elétrico é reconhecidamente viável, sendo vantajosa na medida em que acelera o processo de contratação, agiliza a respectiva implantação e reduz despesas decorrentes da burocracia existente no acompanhamento de diversos contratos.

Na realidade, a regra do parcelamento deveria ser considerada como significativo risco de insucesso na execução de obras do setor elétrico, sobretudo diante da complexidade e da característica sistêmica (com etapas interdependentes) que os qualificam.

Frise-se, no setor elétrico brasileiro, os empreendimentos - e a sua consequente exploração - têm prazo rigorosamente fixados pela ANEEL, sujeitando-se o empreendedor concessionário a multas elevadas em caso de descumprimento.

Além desses aspectos, restou evidente neste estudo que a ideia de contratação por empreitada integral não representa restrição indevida à competitividade, pois, nos editais a serem lançados pelas empresas estatais, pode e deve ser facultada a possibilidade de participação de empresas em consórcio e de subcontratação de partes do objeto.

No caso do setor elétrico brasileiro, a opção pela contratação no regime de empreitada na forma integral tem demonstrado vantagens indiscutíveis, principalmente quanto à redução da incidência de multas aplicadas pela ANEEL em decorrência dos atrasos na implantação dos empreendimentos, possibilitando, inclusive, o aumento de receita com a antecipação do prazo para entrega do empreendimento.

Enfim, o gestor de empresa estatal do setor elétrico que eleger a empreitada integral para consecução de seus empreendimentos, como destacado neste estudo, estará sabiamente optando pela estratégia de contratação mais adequada ao cenário competitivo em que atualmente está inserido, promovendo a verdadeira eficiência preconizada constitucionalmente.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A Administração Pública sob a perspectiva do Controle Externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 3 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BOCKMANN, Egon. *Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93)*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>; acesso em 31.03.2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUARTE, Ricardo Cesar Ferreira. *Correios: serviço público ou atividade econômica?*; disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-out-06/servico-postal-servico-publico-ou-atividade-economica>; acesso em 14.03.2012.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*; disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>; acesso em 14.05.2012.

LALA, José Antonio Oscullo. *Um modelo de pré-despacho com gerenciamento de congestionamento no sistema de transmissão*, disponível em <http://web.ing.puc.cl/~power/paperspdf/oscullo.pdf>; acesso em 05.10.2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Contrato administrativo em regime jurídico de empreitada integral e por menor preço global, em período de reconhecida*

*emergência, com dispensa de licitação*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, SP, ano 13, n. 53, out.-dez. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 8 ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2011.

\_\_\_\_\_. *O perfil constitucional do processo de contratação pública – conteúdo jurídico do inc. XXI do art. 37 da CF*, disponível em <http://www.institutozenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2Autor>; acesso em 14.02.2012.

\_\_\_\_\_. *Os regimes de empreitada na Lei n. 8.666/93*, disponível em <http://www.zenite.com.br>; acesso em 14.02.2012.

NUNES, Felipe Denegri Menegas. *Estudo do risco associado à comercialização de energia no setor elétrico brasileiro*, disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=TJHTUP7ux+>; acesso em 04.10.2011.

PEREIRA Junior, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Livre concorrência, isonomia de acesso e os leilões de energia*, disponível em [http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=2](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=2); acesso em 05.10.2011.