

REGIME LICITATÓRIO DAS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 14.133, DE 2021.

Geovane Nunes Lorena Santos¹

RESUMO:

O presente artigo analisa o regime jurídico-licitatório das empresas públicas prestadoras de serviços públicos, mediante revisão bibliográfica da doutrina administrativa, tendo como referencial teórico Celso Antônio Bandeira de Mello. Os resultados obtidos foram os seguintes: há normas no estatuto jurídico especial das empresas estatais que se mostram incompatíveis com a própria natureza da prestação de serviços públicos, além de existirem construções jurisprudenciais, principalmente em temas correlatos, que reforçam a existência de diferenciação entre regimes jurídicos. Dessa forma, conclui-se que as empresas públicas prestadoras de serviços públicos se regem pela Lei nº 14.133, de 2021, em vista do regime jurídico determinado constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVES: empresas públicas; licitações; serviços públicos; regime jurídico.

1 INTRODUÇÃO

A licitação, cujo nome provém do latim *licitatio*, significa: arrematação ou venda em hasta pública, encontrado na obra de Cícero, especificamente em *Epistulae ad Atticum* (FARIA, 1962). Embora, em obras doutrinárias anteriores ao Decreto-Lei nº 200, de 1967, era comum que se utilizasse a nomenclatura: concorrência pública, como em Cavalcanti (1961).

Configura-se, atualmente, como um processo administrativo pelo qual se escolhe a proposta mais vantajosa, mediante critérios objetivos, os quais estão previamente vinculados ao edital publicado, na medida em que garante que haja a igualdade de participação dos licitadores, assim há uma dupla finalidade, como afirmava Meirelles (2002).

Essa conceituação se depara com o novo estado constitucional, no qual se cria um duplo regime de licitações, de um lado: um regime geral, derivado de uma

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia

competência legislativa da União conforme o art. 22, inc. XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante: CRFB/88), em que se delimita o próprio âmbito de aplicação à Administração Pública Direta, autárquica e fundacional de todos os entes políticos.

Para além disso, o art. 173 da CRFB/88 estabelece, de outro lado, um regime especial de licitação e contratação que é destinado especialmente às empresas públicas, às sociedade de economia mista e às subsidiárias, especialmente àquelas que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens. Essa disposição da duplicidade de regimes já era defensável no regime constitucional anterior, isto é, na Constituição de 1967, posto que o art. 163, § 2º, determinava expressamente que: quando houver a exploração de atividade econômica, as empresas estatais irão se regerem pelas mesmas normas que as empresas privadas, inclusive em suas obrigações.

Já na Constituição de 1988, com o fim de garantir os princípios constitucionais, principalmente o da livre concorrência, foi continuada e aprofundada a duplicidade de regimes licitatórios, entretanto ainda há diversas dúvidas que pairam sobre o tema, o qual não se configura como completamente pacífico, especialmente na jurisprudência brasileira.

Isso paira desde a redação da Lei nº 8.666, de 1993, já sob a égide da CRFB/88, especialmente no art. 1º, § 1º, no qual determinava a aplicabilidade às empresas estatais, conforme Di Pietro (1994) a redação não estaria inconstitucional, entretanto meramente inadequada em detrimento da existência doutro regime aplicável àquelas que concorrem junto às empresas privadas.

A partir dos debates doutrinários da época, construiu-se uma jurisprudência acerca da aplicabilidade da lei, diferenciando o regime das empresas prestadoras de serviço público e das exploradoras de atividade econômica, na medida em que também se diferenciava se a contratação visava à atividade-meio ou à atividade-fim. Todavia, com a Lei nº 14.133, de 2021, os debates reacendem-se em sede doutrinária, não havendo ainda posição definitiva, além da necessidade de compatibilização entre a lei infraconstitucional e a Constituição.

1.1 HIPÓTESE E PROBLEMAS DE PESQUISA

Em vista da exposição e das conclusões, delimita-se o tema do presente artigo: o regime licitatório das empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Os problemas da pesquisa são: há diferença no regime licitatório entre as empresas que prestam serviços públicos e aquelas que realizam atividade econômica? Qual é o regime licitatório mais adequado? Qual é a natureza jurídica das empresas públicas prestadoras de serviços públicos?

Extraí-se a seguinte hipótese: as empresas públicas que prestam serviços públicos indispensáveis devem se reger pela Lei nº 14.133, de 2021, em vez da Lei nº 13.303, de 2016, em vista da diferenciação constitucional entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos.

1.2 JUSTIFICATIVA E OBJETIVOS

A justificativa da pesquisa é diferenciar institutos jurídicos entre si, ainda mais quando isso gera grandes impactos na aplicação do direito. Visto de forma sistemática, tal diferenciação auxilia na argumentação e na consolidação de uma jurisprudência que seja uníssona, ao contrário do que ocorre atualmente, havendo visões divergentes acerca do tema. Como exemplo, cita-se a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na qual se adotou um regime mais publicista.

A constatação de um regime jurídico licitatório, na realidade, vai além da mera determinação de qual conjunto de normas deve ser aplicado. Trata-se, na verdade, de compreender a natureza jurídica de cada instituto e, por conseguinte, permitir a afirmação de decorrências lógicas, como a possibilidade de imunidade recíproca, além da própria abrangência das prerrogativas do poder público.

Os objetivos gerais desta pesquisa são aproximar-se dos conceitos do direito administrativo, na medida em que se diferenciam entre si, possibilitando a incidência de normas jurídicas e os respectivos efeitos em cada caso. Assim, busca-se a adequada aplicabilidade da norma jurídica a cada situação distinta.

Quanto aos objetivos específicos, em primeiro plano, está a compreensão da natureza jurídica das referidas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, visando compreender as nuances de uma possível natureza dúplice e, por conseguinte, a existência de efeitos jurídicos distintos para cada uma. Ao final,

busca-se a aferição de qual é o regime licitatório mais adequado, bem como a análise da possível inconstitucionalidade da aplicação do regime da lei especial em vez da lei geral.

1.3 METODOLOGIA

A presente pesquisa é exploratória, visto que visa explorar ampliativamente o objeto de pesquisa; cujo método que se utiliza é a pesquisa bibliográfica, visando especificamente as doutrinas do Direito. Por conseguinte, há uma pesquisa de cunho essencialmente qualitativa, analisando-se os argumentos e expandindo o panorama. Utiliza-se como fundamentação teórica, especialmente, o livro *Curso de Direito Administrativo*, do prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, além disso se complementa com demais autores do direito administrativo.

Após a coleta de toda a base informativa e conceitual, toma-se como método, aos fins de racionalização das informações, bem como comprovação ou rejeição das hipóteses ora levantadas, utiliza-se: hipotético-dedutivo, em que se parte de um conhecimento prévio, formula-se problemas, os quais são estruturados em conjecturas, analisando o possível falseamento. (MARCONI; LAKATOS, 2023)

2 EMPRESAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

As empresas públicas se configuram como espécie das empresas estatais, dentro do gênero ainda se inclui as sociedades de economia mista e as subsidiárias; embora essa forma de descentralização é recente ao direito brasileiro, historicamente, há o Banco do Brasil desde 1808, todavia a forma que se adota hoje somente foi bem delimitada no século XX, conforme elenca Tácito (1983).

A empresa pública, por sua vez, é um instituto extremamente novo, dentre as primeiras aparições se tem ao artigo de Pinto (1953), o qual elenca que esse novo mecanismo de execução de serviços públicos seria uma evolução das sociedades de economia mista. Bilac Pinto traça uma linha evolutiva, parte do pressuposto que durante o Estado Liberal houve a necessidade de execução de serviços públicos, logo surge mecanismos jurídicos para isso, o primeiro seria a própria concessão; posteriormente, mas não de forma sucessiva, há as primeiras formas de sociedade de economia mista.

A transição da preferência entre as formas de descentralização é demonstrada por Cretella Júnior (1971). O doutrinador argumenta que as concessões foram criadas com o intuito de haver a mitigação de riscos por parte do Estado, na medida em que não se necessitava dispor de um vultoso recurso financeiro aos fins de prestar um serviço público; entretanto, ocorria que o próprio Estado tinha dever de arcar com perdas decorrentes da concessão, em contrapartida, quando havia lucros, não gozava dos ingressos. A partir disso, tem-se a formulação de uma nova forma de descentralização, em que o público-privado colaboram mutuamente para um fim comum: a sociedade de economia mista.

Essa última forma está sujeita a diversos questionamentos, ainda mais que se tem a possibilidade de influência dos interesses privados perante o interesse público, já que a inserção de capital particular, logicamente, gera a necessidade de lucro ao acionista, o que inverteria a razão da descentralização da função administrativa, conforme Pinto (1953). A partir disso, em um último estágio haveria a preponderância das empresas públicas, nestas não se tem a concorrência de capitais públicos-privados, porém ainda há uma pessoa jurídica de Direito Privado, permitindo que houvesse maior autonomia administrativa e gerencial.

Em vista disso, a empresa pública, ao final, configura-se como uma forma de descentralização funcional, a qual visa a conjugação dos benefícios da iniciativa privada, isto é, maior flexibilidade e autonomia na gestão e administração da atividade; mas também corrige a atuação das sociedades de economia mista, não permitindo que a lucratividade prepondere sobre o fim da função administrativa.

Atualmente, as empresas públicas são conceituadas mediante o Decreto-Lei nº 200, de 1967, especificamente ao art. 5º, inc. II², pessoas jurídicas de direito privado cujo capital é exclusivo da União, criadas mediante lei. Todavia, a referida definição é criticada, posto que não cabe à lei criar diretamente a entidade, posto que a criação decorre de ato do Poder Executivo instituidor, por conseguinte há uma lei autorizativa anterior; além do mais, existe o debate acerca da possibilidade de o capital social ser

² Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (BRASIL, 1967)

de maioria de um ente da Administração Indireta e se isso desconfiguraria o conceito de empresa pública.

O doutrinador Mello (2023) elenca que a mera presença dos entes da Administração Indireta não desconfiguraria como uma empresa pública, mesmo que este tenha a maior quantidade de quotas ou ações; ao contrário do que sustenta Oliveira (2025), o qual se baseia na literalidade do decreto-lei. Deve-se ressaltar que é questionável uma sociedade de economia mista ser participante, posto que indiretamente os particulares serão acionistas ou quotistas, contrariando a *conditio sine qua non* de o capital social ser exclusivamente público.

A divergência doutrinária é mitigada em face da Lei nº 13.303, de 2016, em que ao art. 3º, parágrafo único, determina expressamente que poderá haver a participação da Administração Indireta, cuja personalidade seja de direito público, desde que o capital votante majoritário pertença ao ente político..

Além do mais, a competência para instituição de empresas públicas é comum, isto é, conferida a todos os entes políticos; Meirelles (2002) elenca o dissenso entre as doutrinas quanto à possibilidades dos entes menores de realizarem a instituição das referidas empresas estatais, o argumento seria que cabe à União exclusivamente legislar acerca do direito comercial; todavia, o referido argumento não deve ponderar, ainda mais que se tem, em sede constitucional, a repartição de competências em razão do interesse público, na medida em que o próprio texto determina que alguns serviços são de interesse de determinados entes, como o transporte aos Municípios e o gás aos Estados-membros.

Ao final, a competência comum decorre da autonomia administrativa dos entes políticos, permitindo-os legislar acerca do Direito Administrativo, na medida em que conforma a própria estrutura administrativa interna. Quanto à forma societária a ser adotada pelas empresas públicas, ao contrário das sociedades de economia mista, é livre, por conseguinte não se restringem à estrutura de sociedades anônimas.

Embora, a liberdade formal é questionada por Farias (2024) já que a partir do advento da Lei nº 13.303, de 2016, ao art. 7º, determina-se expressamente que todas as empresas públicas estarão submetidas às disposições da Lei nº 6.404, de 1976, na qual disciplina as sociedades anônimas. A argumentação do doutrinador não convence, já que há sociedades personificadas de cunho pessoalista, as quais

adotam a subsidiariamente a legislação das sociedades de capitais, como nas sociedades de responsabilidade limitada, em que ao próprio contrato social escolhem aplicar lei das S.A., ao invés das normas gerais das sociedades simples; analogicamente, não significa que haverá a adoção obrigatória da forma capitalista das sociedades anônimas pelo fato de se reger subsidiariamente.

Quanto ao regime jurídico dos agentes públicos os quais atuam nas empresas públicas em detrimento do ente ser de direito privado não há questionamento quanto à subsunção das normas trabalhistas ao invés do regime jurídico administrativo, além do mais toma por analogia os comentários de Cretella Júnior (1973) acerca da sociedade de economia mista, em que o objeto de atividade, execução serviços públicos ou se intervenção na economia, não deve influenciar no contrato de trabalho, por conseguinte sempre haverá a contratação de empregados públicos.

2.1 EMPRESAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Desde a Constituição Federal de 1969, há menção expressa das empresas públicas, conforme o art. 170³, em que delimitava o papel do Estado principalmente ao estímulo e, quando houvesse a intervenção estatal na economia, deveria se reger pelas normas privadas; sendo que na Constituição Federal de 1988, tem-se um aprofundamento quanto ao regime jurídico aplicável às referidas empresas estatais.

Atualmente, há dois dispositivos legais que regem as disposições, sendo: art. 173 e 175⁴, o primeiro consagra que a exploração econômica direta pelo Estado poderá ocorrer em duas hipóteses, logo é uma atividade subsidiária, ocorrendo-a será regida pelas normas de direito privado; enquanto o segundo determina que cabe ao Estado promover a execução de serviços públicos, seja direta ou indiretamente.

Em vista disso, conclui-se, preliminarmente, que há uma duplicidade da natureza jurídica das empresas estatais. Primeiramente, há as empresas que realizam

³ Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações. (BRASIL, 1969)

⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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. (BRASIL, 1988)

a exploração de atividade econômica, sendo que se regem pelo princípio da subsidiariedade, isto é, atuarão excepcionalmente, já que cabe primariamente aos entes e pessoas privadas realizar; doutro lado, há as prestadoras de serviços públicos ou coordenação de obras públicas. (MELLO, 2023)

Em vista da diferenciação das espécies, por conseguinte, o regime jurídico difere. Os primeiros, devido à concorrência com o setor privado, devem ter maior influência das normas privadas; enquanto os últimos, das normas do direito público. Entretanto, independentemente do regime jurídico mais privado ou público, há um núcleo que incorrerá sob todas as empresas estatais, derivado da própria Constituição Federal, conforme elenca Mello (2023).

Assim, dentre os aspectos básicos há: a possibilidade jurídica de qualquer cidadão propor ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público; a submissão aos princípios da Administração Pública, especificamente ao art. 37; a imposição da realização de concurso público aos fins de acessar os cargos e empregos públicos; a proibição de acumulação de cargos, salvo as exceções constitucionais; o princípio da reserva legal para autorização da criação de empresas estatais; submissão à fiscalização do controle externo por meio do Tribunal de Contas, bem como o julgamento das contas de gestão dos administradores de recursos públicos.

Ainda há a necessidade de conformidade com as normas de direitos financeiro disposta à Constituição, dentre as quais: a incorporação dos recursos transferidos ao orçamento público, especialmente à lei orçamentária anual, sendo que constará ao orçamento de investimentos. Em sede de lei de diretrizes orçamentárias, ainda se tem a imperatividade de haver a previsão aos fins de concessão de vantagens, aumento de remuneração, criação de cargos, admissão de pessoal, mediante prévia dotação orçamentária.

Assim, é importante que os administradores ainda se valham da Lei Complementar nº 101, de 2000, na qual exige a expedição de uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro constando no exercício de vigência mais previsão dos dois anos seguintes; igualmente, submeterá aos limites de despesa, como de despesa com pessoal.

Dessa forma, conclui-se que, mesmo que a empresa pública seja exploradora da atividade econômica, cuja incumbência primária cabe à iniciativa privada, ainda

assim há uma grande influência de um plexo de normas públicas. Por conseguinte, é impossível afirmar que haja identidade entre as empresas privadas e as empresas públicas. Heinen (2025) elenca que nas empresas públicas as quais exercem atividade econômica estariam submetidas a um regime jurídico híbrido; já as empresas públicas prestadoras de serviços se vinculariam a um regime jurídico público.

Doutro lado, a própria Constituição Federal de 1988, no art. 173, § 1º⁵, determina que haverá a instituição de uma lei especial aos fins de reger as empresas estatais, delimitando o escopo e alcance da norma àquelas que explorem a atividade econômica; embora, a Lei nº 13.303, de 2016, amplia a norma constitucional, já que aplicaria também nas empresas estatais as quais sejam prestadoras de serviços públicos, inclusive aquelas que estejam em monopólio estatal.

Aliás, a referida norma que determina a criação de um estatuto jurídico especial, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas seria de eficácia limitada, por conseguinte aos fins de haver eficácia seria necessário a interposição de norma infraconstitucional, vide o Acórdão nº 392, de 2006, decidido ao Tribunal Pleno.

3 REGIME LICITATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

A licitação, atualmente, configura como um dever, sendo insculpido ao art. 37, inc. XXI⁶, da Constituição Federal de 1988, disciplina que salvo determina legal, todas as contratações de obras, serviços, compras e alienações serão precedidas de licitação; é a primeira vez que houve a determinação expressa do referido dever, sendo que sequer havia nas Constituições anteriores a exposição quanto a competência para determinar a matéria, a partir disso, conforme Di Pietro (2024), havia dúvidas quanto à competência legislativa.

⁵ Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (BRASIL, 1988)

⁶ Art. 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O questionamento quanto à competência somente é solucionado a partir da Lei nº 5.456, de 1968, a qual determina a aplicação do Decreto-Lei nº 200, de 1967, relativo às licitações a todos os entes políticos; posteriormente, o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, reproduz igualmente a expressão da primeira lei. A Constituição de 1988, por sua vez, além de determinar expressamente o dever, ainda esclarece acerca da competência legislativa, a qual é incumbida à União de promulgar normas gerais.

A disposição quanto à competência da União em legislar acerca do tema se encontra no art. 22, no qual determina a competência privativa, entretanto não há a exclusão de outros entes políticos em legislar acerca do tema, ao contrário, é imperativo haver espaço de atuação dos entes aos fins de adequarem-se acerca da própria realidade (HEINEN, 2025). Todavia, a conformação do que são normas gerais e específicas é de difícil compreensão. A partir disso, é comum haver alguns julgados do STF anteriores à Lei nº 14.133, de 2021, principalmente, que delimitam a competência.

A própria norma, que determina a criação de legislação geral, por parte da União, estabelece a abrangência, determina assim que se aplicará a toda a Administração Pública direta, bem como a indireta, especificamente a autárquica, fundacional e das empresas estatais⁷. Em vista disso é importante delimitar os respectivos conceitos aos fins interpretar o alcance da norma.

A Administração Pública direta seria sinônimo da Administração Pública centralizada, por conseguinte é a atuação do próprio Estado em conjunto com os órgãos que o compõe (MELLO, 2023) – Meirelles (1977) explica que há diferenciação conceitual entre Administração Direta e centralizada, posto que se configuram como critérios diferentes, a primeira se refere à execução da função administrativa, sendo realizada diretamente pelos órgãos e entes públicos; enquanto a última se refere à estruturação da Administração Pública. Em vista disso, é composto de todos os entes

⁷ Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. § 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei. (BRASIL, 2021)

políticos, dispostos constitucionalmente (HEINEN, 2025), bem como aqueles órgãos, isto é, tanto os Poderes, quanto os órgãos internos de cada.

Para além disso, há ainda a inclusão doutros entes, os quais são integrantes do conceito de Administração Indireta, primeiramente, este conceito não corresponde ao sentido de administração descentralizada, ainda mais que se utiliza o critério funcional (MELLO, 2023), o que exclui determinadas pessoas do conceito, como os concessionários e permissionários.

A partir disso, é possível concluir que a Administração Indireta decorra, primordialmente, de um processo de descentralização, em que os entes são criados ou autorizados pelo próprio Estado aos fins de executarem a função administrativa, incluindo a exploração da atividade econômica, conforme o próprio Decreto-Lei nº 200, de 1967, que encampa a referida atividade subsidiária. A principal característica dessa organização administrativa é autonomia administrativa e financeira (HEINEN, 2025), sendo que diferencia substancialmente da Administração Direta, na qual os próprios atos administrativos são realizados internamente à estrutura.

Conforme a própria Constituição, os entes que possuem o dever de licitar são autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiárias, todavia a lei que os regem diferem conforme o ente; para além delas, ainda há o consórcio público, a doutrina administrativista é uníssona no sentido de a determinar como parte da Administração Indireta, conforme Di Pietro (2024), mesmo que não haja previsão expressa na Constituição, ainda assim é possível concluir que tenha o dever de licitar em conformidade à Lei nº 14.133, de 2021.

Outros casos são mais complexos, especialmente aqueles entes que não são acolhidos pelo critério funcional, como as entidades paraestatais⁸. Estas, em consonância à sintetização de Oliveira (2023), há três posições doutrinárias quanto ao dever de licitar, a primeira, liderada por Diogo de Figueiredo, argumenta que seria dispensável; uma segunda posição, defendida por José Carvalho Filho, expõe que haveria a necessidade de licitar, já que estaria incorporada no conceito de “entidades

⁸ Entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, que não integram a estrutura da Administração Pública Indireta, Mello (2023) elenca que poderia ser utilizado para aqueles que atuam com paralelismo em relação ao Estado, sendo que este poderia realizar a ação diretamente, porém permite a atuação do ente privado concorrentemente, a partir disso institui tributos a favor desses colaboradores. Embora, esse conceito variou bastante, sendo que outras doutrinas, como Meirelles (2002) aproxima-se mais do conceito de autarquias não corporativas.

controladas”, sendo que o rol daqueles que devem licitar não é exclusivo àqueles mencionados em sede constitucional.

A terceira posição, majoritária, é pela ausência de necessidade de licitar, todavia é imperativo que se utilize de um procedimento simplificado, o qual é determinado ao próprio estatuto, vide o Acórdão nº 1.777, de 2005, do TCU em tribunal pleno.

Outro caso seria os fundos especiais, primeiramente conforme a dicção da Lei nº 4.320, de 1964, os fundos especiais não são pessoas, nem órgãos, na realidade são dotações orçamentárias destinadas a determinado fim, sendo que a aplicação é determinada especificamente em lei, na medida em que aqueles que os utilizarão deverão ser fundamentados em processo licitatório (HEINEN, 2025).

A regra geral, dessa forma, é que todos os entes, seja da Administração direta ou indireta, estão obrigados necessariamente a licitar, embora a norma constitucional é de eficácia contida, por conseguinte passível de limitação mediante lei infraconstitucional (SILVA, 1992). A própria lei geral de licitações exclui a obrigação de licitar, seja em detrimento da realização de contratações diretas, seja por situações especiais, como as contratações em repartições brasileiras ao exterior; mas ainda são regidos pelos princípios brasileiros do Direito Administrativo.

Por fim, importante ressaltar que a licitação se configura como uma forma pela qual se estabelece uma relação jurídica entre entes privados e públicos, na medida em que se permite que haja a comercialização e prestação de serviços, os quais não poderiam ser realizados diretamente pela própria Administração Pública (HEINEN, 2025). Ao final, o processo permite que haja a escolha da proposta mais vantajosa, a qual irá se conformar ao interesse público.

A escolha mais vantajosa para além de gerar benefícios imediatos, derivados da própria contratação, ainda possuem o cunho reflexivo, isto é, função regulatória (OLIVEIRA, 2023), a qual promove objetivos da própria Constituição, como: o desenvolvimento sustentável ou fortalecimento da oferta de empregos a egressos do sistema prisional. Dessarte, a licitação é um instrumento importante à sociedade garantindo transparência, eficiência, economicidade e fortalecimentos dos compromissos constitucionais, justificando a obrigatoriedade de licitar.

4 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Primeiramente, a partir de uma análise histórica realizada por Pessoa (2003), tem-se que não havia qualquer normativa acerca das licitações a serem realizadas por empresas estatais, nem mesmo a partir da edição das leis de nº 4.320, de 1964 (disciplina normas gerais do Direito Financeiro brasileiro), nº 4.401, de 1964 e, posteriormente, Decreto-Lei nº 200, de 1967, houve a normatização acerca do respectivo dever de licitar.

O diploma de 1967, conforme Meirelles (1977), disciplinaria acerca da obrigatoriedade da licitação somente aos entes públicos, por conseguinte todos os entes privados – denominados como paraestatais pelo autor –, incluindo as empresas estatais, não estariam abarcadas pela obrigatoriedade de licitar, ainda mais que haveria a incidência de um regime jurídico privado derivado da Constituição de 1969; o autor elenca que é meramente facultativo, embora já constasse desde 1972 leis estaduais as quais determinassem a aplicabilidade do regime licitatório aos entes privados, como em São Paulo pela Lei nº 89.

Posteriormente, já na égide da Constituição de 1988, há a promulgação da Lei nº 8.666, de 1993, a qual determina expressamente ao parágrafo único do art. 1º a aplicabilidade às empresas estatais⁹

A lei do antigo regime licitatório foi interpretada pelos tribunais, na medida em que se criou um entendimento de que somente as empresas públicas as quais prestassem serviços públicos estariam submetidas à Lei nº 8.666, de 1993; enquanto aquelas que atuavam na ordem econômica dependeriam, primeiro, caso visassem a contratação de uma atividade-meio, deveriam somente realizar procedimento simplificado ao invés de se valer do sistema tradicional; enquanto na contratação de atividade-fim eram dispensadas da licitação ou qualquer outro procedimento simplificado. (HEINEN, 2025)

Aliás, Di Pietro (1994) já criticava a ausência de tecnicidade da legislação, posto que não fazia qualquer distinção do regime licitatório entre as prestadoras de serviços

⁹ Art. 1º [...] Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1993)

públicos e exploradoras de serviços públicos, ainda mais que as empresas exploradoras estariam em desvantagem perante os demais concorrentes ao mercado.

Em 2021, inaugura-se a nova lei de licitações, que traz inovações, como o diálogo competitivo; além disso, estabelece expressamente no art. 1º quais são as pessoas e entes os quais são regidos pela respectiva lei, excluindo as empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, sem que haja diferenciação entre as exploradoras de atividade econômica em relação às prestadoras de serviços públicos.

A dissonância entre os diplomas legais gerou um debate doutrinário quanto à aplicabilidade do referido Estatuto jurídico especial, a doutrina biparte, Mello (2023) argumenta que as empresas, a depender do objeto, isto é, prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica, estariam incutidas em regimes mais ou menos privatistas, por conseguinte aqueles que prestam serviços públicos incorrem na lei geral de licitações, isto é, Lei nº 14.133, de 2021; entretanto, aqueles que exploram a atividade econômica teria um regime jurídico mais privatístico, por conseguinte teriam as obrigações em equivalência ao do setor privado, incorrendo em um regime jurídico especial de licitações, Lei nº 13.303, de 2016.

A posição do referido autor não é uníssona entre os doutrinadores, sendo que há divergências, como em Dal Pozzo (2024), o qual parte do mesmo pressuposto: diferenciação entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras da atividade econômica; entretanto a conclusão quanto à submissão à lei especial é diferente de Mello, elenca que é plenamente possível que haja a extensão, aliás há diversas outras entidades equiparadas as quais foram abrangidas, como os consórcios de empresas e sociedades de propósito específico.

A doutrina, de forma majoritária, como Heinen (2025); Marinela (2018); Faria (2024); e outros doutrinadores, elencam que se deve aplicar a Lei nº 13.303, de 2016, a todas as empresas estatais, independentemente de serem prestadoras de serviços públicos ou atividade econômica.

Oliveira (2023), por sua vez, ressalta que a dificuldade de interpretação da norma não decorre exclusivamente da diferenciação entre espécies de empresas, entretanto o cerne é arraigado na própria dificuldade em diferenciar a prestação de serviços públicos e a exploração da atividade econômica, ainda mais que a primeira

poderia ser considerada como uma forma, *in lato sensu*, de exploração de atividade econômica. Por fim, acrescenta-se a grande dificuldade em adotar um único regime a diversos entes, os quais possuem atividades extremamente diversificadas.

A posição minoritária liderada por Mello (2023) assemelha-se à antiga orientação da Lei nº 8.666, de 1993, privilegiando a diferença constitucional entre as espécies de empresas estatais; em contrapartida, a parte doutrinária a qual determina a aplicação integral da Lei nº 13.303, de 2016, visa uma interpretação mais literal da norma da Lei nº 14.133, de 2021, já que esta expressamente exclui, sem que haja maiores diferenciações, ainda consideram a reforma pela Emenda à Constituição nº 98, de 1998, na qual inclui expressamente a locução “ou de prestação de serviços”.

Para além da argumentação do regime jurídico diferente, ainda é possível que adicione outros argumentos que corroboram para a posição de Mello (2023). Primeiramente, como elenca Marinela (2018), o estatuto jurídico das empresas estatais se baseia bastante no Regime Jurídico Diferenciado, na medida em que haverá a aplicação preferencial da modalidade de pregão, caso não seja possível em detrimento do objeto contratado, por conseguinte seguirá o procedimento especial determinado na lei.

O procedimento, mesmo que seja regido pela publicidade, tem uma característica essencial que é o sigilo do orçamento na fase preparatória, disposto no art. 34 do Estatuto; como demonstra Oliveira (2023), o sigilo não será aplicado aos órgãos de controle, além do mais, o contratante tem a faculdade de realizar a publicidade dos valores durante a fase. Isso é o contrário da Lei nº 14.133, a qual determina que o valor estimado do orçamento será público, o qual deve estar incluso na fase preparatória, excepcionalmente, conforme o art. 24, poderá haver o sigilo.

O sigilo informacional decorre da própria concorrência das empresas estatais em relação aos agentes econômicos do mercado. Em vista disso, é necessário que haja sigilo para proteger a competição; entretanto, quando se analisa o sigilo nos procedimentos em que participem prestadoras de serviços públicos, é completamente contraproducente.

O sigilo, nesse último caso, é contrário aos próprios princípios que regem os serviços públicos, como elenca Mello (2023), que devem ser pautados pela transparência, isto é, a liberação mais ampla e possível aos usuários, isso é previsto

expressamente como um direito daqueles que usufruem dos serviços, conforme o art. 4º da Lei nº 13.460, de 2017. Dal Pozzo (2024) argumenta na mesma linha, alegando que se os serviços prestigiam a coletividade, por conseguinte, esta seria titular de um interesse em obter conhecimento acerca da própria prestação.

Dessa forma, a imposição de sigilo na fase de preparação a quaisquer empresas estatais é contradita, ainda mais que por meio da contratação há um aumento do custo operacional, gerando a necessidade de repassar mediante o preço ao usuário, ao final gera um enfraquecimento da possibilidade de controle social, o qual é previsto na Lei nº 14.133, de 2021, na medida em que poderá impactar na modicidade de forma indireta, impedindo que haja efetivo *accountability*¹⁰

Embora a própria lei geral determine a possibilidade de sigilo, este sempre será excepcional, ao contrário do estatuto que é a regra geral, por conseguinte, é incompatível a prestação de serviços públicos com a norma da lei especial.

Para além disso, há diferença em relação à contratação direta; esta é o gênero, no qual inclui duas hipóteses: inexigibilidade e dispensa do processo licitatório, sendo que a diferenciação entre ambos os institutos é, primeiro, a taxatividade do rol; para além disso, a dispensa ocorre quando existe a possibilidade de um processo competitivo, entretanto a lei elege a dispensa; enquanto na inexigibilidade sequer existe um processo competitivo possível (OLIVEIRA, 2023). Meirelles (1977), aliás, elenca que nem sempre houve hipóteses de inexigibilidade, isso ocorria no Decreto-Lei nº 200, de 1967, no qual somente previa a dispensa, sendo que as hipóteses de licitações inexigíveis decorriam da análise fática, principalmente das ponderações doutrinárias.

Em ambas as leis, há tanto hipóteses de inexigibilidade quanto de dispensa, porém há diferenciação nas hipóteses de dispensa, dentre as quais se tem em razão do valor, que varia de 50 mil a 100 mil reais, conforme o objeto. Entretanto, como informa Mello (2023), esse valor poderia ser alterado, majorado, a fim de atender à variação de custos, mediante deliberação do Conselho de Administração.

¹⁰ O conceito configura-se como um conjunto de mecanismos e regras que tornam um dever dos agentes públicos justificar as ações, além da responsabilização, dessa forma possui relação direta com o próprio princípio da transparência, conforme elenca Boechat (2022).

A alteração faz sentido em face das empresas exploradoras de atividade econômica, já que ocorre variância conforme a capacidade da empresa, quantidade de capital investido etc.; valores baixos poderiam influir diretamente na competitividade, já que impõe o dever de aderir a um processo que tende a ser moroso: a licitação. Em contrapartida, a norma não é adequada às prestadoras de serviços públicos, ainda mais que a variação de preços pode, na realidade, gerar prejuízos tanto à transparência quanto à priorização de uma eficiência em detrimento do interesse público.

O processo licitatório deve ser econômico e célere, entretanto não se deve privilegiar, em face do interesse público, a antecipação de fases, como ocorre na dispensa, tende a haver menor racionalidade e garantia de contratação de uma proposta mais vantajosa. Em vista disso, permite-se concluir que o aumento dos casos de dispensa da licitação, aplicado de forma indiscriminada, não se adequa ao regime jurídico. Enfim, nem todas as normas do estatuto jurídico especial são compatíveis com a prestação de serviços públicos, no qual incorre um regime mais publicista; dessa forma, a equiparação é irracional e potencialmente prejudicial.

Ademais, atualmente, a jurisprudência do STF caracteriza que as prestadoras de serviços públicos essenciais, que não concorram na atividade privada, são abrangidas pela imunidade recíproca, isto é, não se sujeitam à tributação de impostos, especificamente. A fundamentação para isso é bem explicada em Carrazza (1999): as prestadoras, na realidade, configuram como uma *longa manus* do próprio Estado, na medida em que não estão submetidas ao regime do art. 173, §§ 1º e 2º, isto é, de equivalência ao dos entes do direito privado, posto que são regulamentadas pelo próprio direito público.

A decisão do STF demonstra que o regime jurídico é diferente, ainda mais que a imunidade recíproca significa a impossibilidade de constituição de norma tributária em face daqueles que realizam, primordialmente, função administrativa e política. Aplicar um regime licitatório igual àqueles que atuam no mercado privado, entretanto garantir que haja imunidade recíproca, seria criar uma exceção constitucional que gera benefício manifesto às empresas públicas, em contrapartida prejuízo às empresas privadas.

As empresas públicas não gozariam de igualdade quanto às obrigações fiscais, entretanto estariam beneficiadas pelas mesmas obrigações que os entes privados no

campo privado. Isso gera uma incongruência insuportável, além de criação de benefícios desproporcionais, enfim, um *tertium genus* aberrante.

Ao final, os argumentos conduzem a reconhecer que existe uma diferenciação entre o que seja a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica, ainda mais que a primeira está embebida em um regime jurídico no qual privilegia a continuidade da atividade, a modicidade e outros princípios; os quais não são impactantes na atividade privada, assim a figura do Estado-empresário é incompatível com os princípios regedores dos serviços públicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da hipótese: as empresas públicas prestadoras de serviços públicos estariam regidas pela Lei nº 14.133, de 2021, observou-se que a maior parte da doutrina administrativista aceita que haja a diferenciação entre as prestadoras de serviços públicos e as exploradoras da atividade econômica, entretanto argumentam que haverá a submissão à lei especial, Lei nº 13.303, de 2016.

Há posições mais críticas, como Oliveira (2023) e Mello (2023), enquanto o primeiro critica a homogeneidade na aplicação a qualquer empresa pública; o segundo completamente diferencia as situações, alegando que incorre em inconstitucionalidade haver a submissão ao estatuto jurídico. Em vista disso, conclui-se que há outros argumentos os quais corroboram com a posição minoritária da doutrina.

Primeiro, a ausência de correspondência entre algumas normas do estatuto especial em relação à própria natureza jurídica do objeto prestado pela empresa pública, o que geraria normas incompatíveis com uma análise sistemática; para além disso, o reconhecimento jurisprudencial de aspectos correlacionados, por exemplo: a imunidade tributária, reforçando que existe uma diferenciação substancial entre exploradoras e prestadoras, o que permite inferir a diferenciação do arcabouço normativo aplicável.

Assim, se são regimes jurídicos diferentes, por conseguinte é lógico que haja a subsunção de normas jurídicas diferentes, caso contrário, sendo as mesmas normas, por conseguinte se tem a equiparação das situações jurídicas postas. Dessa forma, o que o legislador cria na Lei nº 13.303, de 2016, é uma ficção jurídica, mediante

equiparação de situações completamente díspares, sendo uma técnica utilizada normalmente, entretanto na situação é contrária à própria locução da Constituição, derogando normas de Direito Público, o que se torna impossível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 jan. 2026.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 02 jan. 2026.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1967]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acessado em: 05 jan. 2026.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acessado em: 02 jan. 2026.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666consimpressao.htm. Acessado em: 02 jan. 2026.

BOECHAT, G. Contratações Abertas: uma análise da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) à luz dos princípios de Governo Aberto, [s.l.], Revista da Controladoria Geral da União, vol. 14, n. 25, jan./jun., p. 63-79, 2022.

CARRAZZA, R. A. Curso de Direito Constitucional Tributário. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999

CAVALCANTI, T. B. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961

CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 1971

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo, ed. 36. Rio de Janeiro: Forense, 2024

_____. (Org.) Temas polêmicos sobre licitações e contratos. São Paulo: Malheiros Editores, 1994

FARIA, E. (Org.). Dicionário escolar latino-português. 3 ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962

FARIA, E. F. Curso de Direito Administrativo Positivo. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024

HEINEN, J. Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. V. Fundamentos da Metodologia Científica. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2023

MARINELA, F. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

_____. Licitação e contrato administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

MELLO, A. B. de. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023

OLIVEIRA, R. C. R. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Método. 2023

PESSOA, R. S. Curso de Direito Administrativo Moderno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003

PINTO, B. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. Revista de Direito Administrativo, [s.l.], v. 32, pp. 1-15, 1953

TÁCITO, C. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 151, jan./mar. 1983, pp. 22-28