TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº:	412054/23
ASSUNTO:	CONSULTA
ENTIDADE:	COMPANHIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO PARANÁ-CELEPAR
INTERESSADO:	ANDRE GUSTAVO SOUZA GARBOSA, PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
RELATOR:	CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO Nº 408/25 - Tribunal Pleno

Consulta. Questionamentos a respeito da aplicação do art. 28, § 3º, inc. II e § 4º, da Lei nº 13.303/2016. Parcerias por oportunidades de negócio. Conhecimento e resposta nos termos indicados.

1. Versam os autos sobre Consulta formulada pelo Sr. André Gustavo Souza Garbosa, Diretor-Presidente da COMPANHIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO PARANÁ – CELEPAR, que apresenta a este Tribunal de Contas os seguintes questionamentos:

1. As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, §3º, II e §4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?

2. É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

3. Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

4. É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

Ao expediente foi anexado parecer jurídico pela CELEPAR (peça 4) que, após expor haver divergências doutrinárias na interpretação do art. 28, § 3º, inc. II e § 4º da Lei nº 13.303/2016, quanto à possibilidade de as oportunidades de negócio previstas no dispositivo também abrangerem hipóteses de contratação de bens e de serviços, uma vez que o referido dispositivo nem veda nem autoriza expressamente tal possibilidade, assim concluiu quanto aos questionamentos apresentados:

- quanto à questão nº 1, “parece-nos assistir razão à corrente que traz a interpretação de que o artigo 28, §3º, II e §4º da Lei Federal nº 13.303/2016 permite que as oportunidades de negócio também abranjam as hipóteses de contratação de bens e de serviços em situações específicas em que seja devidamente comprovada a singularidade do objeto pretendido e que se demonstre maior vantajosidade, melhores condições e benefícios com a parceria para a atuação da empresa estatal, o que se distinguiria da condição de subcontratação de serviços, que deve ser precedida de licitação”;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

- no tocante à questão nº 2, “perfilamo-nos ao entendimento do Tribunal de Contas da União, pela possibilidade, em situações específicas e analisado o caso concreto, de contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE) criada por empresa estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada, tudo com lastro no interesse público subjacente e respeitados os princípios constitucionais que balizam a atuação no âmbito público”;

- no que se refere à indagação nº 3, pontuou que somente se os serviços prestados pelo consórcio de empresas se enquadrar em alguma das situações previstas no art. 75 da Lei nº 14.133/2021, que prevê as hipóteses de dispensa de licitação, será possível a contratação direta por dispensa, uma vez que é necessária a expressa disposição legal afastando o dever de licitar, de modo que “depende da análise do caso concreto para a verificação de se mesmo que os serviços sejam prestados por um consórcio empresarial, se esta contratação enquadrar-se-ia em alguma das hipóteses do artigo 75 da lei nº 14.133/2021”;

- com relação ao questionamento nº 4, “em tese, é possível a contratação por inexigibilidade de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular e for demonstrado no caso concreto a inviabilidade de competição.”

Em juízo de admissibilidade, a consulta foi recebida, porquanto foram considerados preenchidos os requisitos previstos nos arts. 311 e 312 do Regimento Interno, nos termos do Despacho nº 794/23-GCIZL (peça 10).

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Em conformidade com o trâmite regimental estabelecido, seguiram os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca – SJB, que, mediante a Informação nº 94/23-SJB, consignou haver algumas decisões "que, apesar de não se amoldarem especificamente ao caso ora consultado, poderão auxiliar no deslinde das questões centrais propostas", citando os Acórdãos 1961/19 - Tribunal Pleno, 4791/17 - Tribunal Pleno, 2697/17 - Tribunal Pleno.

Instada a se manifestar acerca de eventuais impactos na área de fiscalização decorrentes da decisão, haja vista a previsão contida no art. 252-C do Regimento Interno desta Corte, a Coordenadoria-Geral de Fiscalização – CGF, por intermédio do Despacho nº 756/23 (peça 16), consignou que "há impactos em sistemas ou em fiscalizações realizadas pelas áreas instrutivas vinculadas a esta Coordenadoria-Geral de Fiscalização e por essa razão, após o julgamento, solicita-se que os autos retornem para ciência e encaminhamentos que se fizerem necessários".

A 4ª Inspetoria de Controle Externo – 4ª ICE, por meio da Instrução nº 33/23 (peça 13), inicialmente se manifestou quanto ao mérito apenas no tocante à questão nº 1 da consulta, o que fez nos seguintes termos:

> **Dúvida nº 1 – As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, §3º, II e §4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?**
>
> (...)
>
> **Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 1 é a seguinte:**
>
> Os bens e serviços que estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica (que beneficie ambos os parceiros), às particularidades do parceiro e

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

à inviabilidade do procedimento competitivo para exploração de atividade econômica, consoante objeto social da entidade e do parceiro, podem ser abrangidos pela oportunidade de negócio, desde que exaustivamente justificados pela autoridade administrativa visando sempre demonstrar os pressupostos para utilização do instituto em questão e **o interesse público** a ser atingido o qual necessita ser também demonstrado.

O que diferencia a contratação de bens e serviços por licitação são justamente os requisitos trazidos pelo art. 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016. Em procedimentos licitatórios, os bens e serviços não precisam estar atrelados à oportunidade de negócio definida e específica, tampouco às particularidades do parceiro ou à inviabilidade do procedimento competitivo.

Em resumo, é possível a contratação de bens e serviços pelo parceiro selecionado com amparo no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/16 desde que: (i) os bens e serviços estejam necessariamente atrelados à persecução de **uma oportunidade de negócio definida e específica** para exploração de atividade econômica consoante objeto social da entidade, (ii) não sirvam unicamente à fruição pela própria estatal, de forma que a associação com o parceiro vise à prestação conjunta de atividade econômica (iii) que seja demonstrada a compatibilidade dos preços praticadas pelo parceiro com os de mercado e (iv) sejam atendidos os demais requisitos elencados no § 3º inciso II do dispositivo legal em comento.

Contudo, com relação às questões nº 2, nº 3 e nº 4, a 4ª ICE concluiu que a análise de mérito restava parcialmente prejudicada:

Dúvida nº 02 – É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

(...)

Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 2 é a seguinte:

Resta prejudicada análise do mérito quanto ao questionamento efetuado ante a constatação de potencial benefício à empresa privada constituída na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016 e posterior afastamento dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, inteligência do art. 311, §2º do RI[1], TCE-PR. Sem prejuízo da constatação de que a situação trazida extrapola resposta em tese ao invadir hipóteses de exceção, as quais demandariam análise casuística individualizada das necessidades da Administração.

Dúvida nº 03 – Realizada <u>parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial</u>, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

(...)

[1] RI, TCE-PR, art. 311, § 2º Quando, na hipótese do parágrafo anterior, empresa privada for, direta ou indiretamente, beneficiada, é vedada a resposta à consulta.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 3 é a seguinte:

Pelas regras atinentes ao instituto da Consulta (RI, TCE-PR, arts. 311 a 316), a análise desta dúvida restou prejudicada.

A uma, porque a pergunta formulada aparenta antecipar instrumento legal para futura contratação por parte da Administração. A regra da Lei 14.133/21 é que as contratações precedam de licitações, inclusive quanto aos **consórcios, inteligência do art. 15 da 14.133/21**

Já o amoldamento jurídico das contratações diretas, exceções à regra geral, dependem da análise material do caso concreto (e.g. objeto do contrato de constituição do consórcio, estudo técnico-preliminar do órgão contratante, entre outros).

A duas, porque houve extrapolação da legitimidade da Celepar. Ainda que presente a legitimidade formal da entidade postulante, nos termos do art. 312, I do Regulamento Interno do TCE-PR, os órgãos que efetivamente poderão fazer uso da contratação direta do consórcio formado com fulcro no art. 28, §3º, II da Lei das Estatais sofrerão as consequências da resposta desta Consulta, sem que lhes tivesse sido oferecida a oportunidade de influenciar a decisão.

A três, ante a constatação de que haveria benefício à empresa privada consorciada na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/206, o que vedaria resposta à consulta, por inteligência do art. 311, §2º do RI12, TCE-PR.

Dúvida nº 04 – É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

(...)

Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 4 é a seguinte:

Pelas regras atinentes ao instituto da Consulta (RI, TCE-PR, arts. 311 a 316), a análise desta dúvida restou prejudicada.

A uma porque a pergunta formulada aparenta antecipar instrumento legal para futura contratação por parte da Administração. É que a regra da Lei 14.133/21 é que as contratações procedam de licitações, **inclusive quanto aos consórcios, inteligência do art. 15 da 14.133/21**

Já o amoldamento jurídico das contratações por inexigibilidade, exceções à regra geral, dependem da análise material do caso concreto (e.g. objeto do contrato de constituição do consórcio, estudo técnico-preliminar do órgão contratante, enquadramento em algum dos suportes elencados no art. 74 da Lei 14.133/21, entre outros).

A duas porque houve extrapolação da legitimidade da Celepar. Ainda que presente a legitimidade formal da entidade postulante nos termos do art. 312, I do Regulamento Interno do TCE-PR, os órgãos que efetivamente poderiam fazer uso da contratação direta do consórcio formado com fulcro no art. 28, §3º, II da Lei das Estatais sofrerão as consequências da resposta desta Consulta sem que lhes tivesse sido oferecida a oportunidade de influenciar a decisão.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

A três ante a constatação de que haveria benefício à empresa privada consorciada na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/206 o que vedaria resposta à consulta, por inteligência do art. 311, §2º do RI18, TCE-PR.

O Ministério Público de Contas – MPC, mediante o Parecer nº 262/23-PGC (peça 17), assim concluiu sobre o questionamento nº 1 da consulta:

> Desta feita, esta Procuradoria-Geral do Ministério Público de Contas entende que o primeiro quesito pode ser respondido nos seguintes termos: a estatal que contratar com base em no inciso III, do art. 28, deverá demonstrar cabalmente que o negócio lhe é favorável, assim como deve aclarar sobre a vantajosidade em contratar o parceiro escolhido para fornecer bens ou serviços, além dos motivos pelos quais só poderia ocorrer com base na efetivação de oportunidade de negócio (associação entre empresas, nas mais variadas formas), em detrimento do disposto nos art. 29 e 30, que cuidam de dispensa e contratação direta, respectivamente.

No que se refere aos demais questionamentos, o MPC consignou corroborar integralmente a manifestação da 4ª ICE.

Diante da matéria objeto da consulta, e considerando também a supracitada manifestação da 4ª ICE no sentido de que, embora formalmente legitimada, a entidade consulente careceria de legitimação quanto aos questionamentos nº 3 e nº 4, pois haveria a necessidade de possibilitar às pessoas jurídicas de direito público interno, relacionadas com tais questionamentos, a oportunidade de influenciar a decisão a ser tomada, determinei a intimação da Procuradoria-Geral do Estado para manifestação acerca do objeto da presente consulta, em conformidade com o previsto no § 5º[2] do art. 313 do Regimento Interno (Despacho nº 266/24-GCIZL, peça 18).

[2] § 5º Após o exame de admissibilidade, é facultado ao relator, nos casos em que entender conveniente à instrução do processo, solicitar manifestação prévia da Procuradoria-Geral do Estado acerca do objeto da consulta. (Incluído pela Resolução nº 64/2018)

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Mediante o Ofício nº 94/2024-PGE a Procuradoria-Geral do Estado encaminhou a Informação nº 191/2024-AT/GAB/PGE, exarada pelo Procurador do Estado Dr. Vinícius Klein (peça 23, fls. 11 a 32), aprovada pelo Procurador-Geral do Estado, Dr. Luciano Borges dos Santos (cf. peça 23, fl. 34), contendo a manifestação elaborada em atendimento à intimação realizada.

Após expor visão geral acerca do conceito de oportunidades de negócio disciplinado na Lei das Estatais, a PGE apontou as seguintes premissas adotadas para a resposta aos questionamentos formulados, as quais estão baseadas, sobretudo, no entendimento já exarado pelo Tribunal de Contas da União em decisões proferidas quanto ao tema:

> **Conforme visto, deve-se adotar como premissa para a resposta dos questionamentos formulados que a caracterização da oportunidade de negócios depende, ao menos, dos seguintes fatores: 1) exercício de atividade em econômica em sentido estrito; 2) relação direta com a exploração do objeto social da empresa estatal e no âmbito de atividade concorrencial; 3) associação efetiva com terceiro para dividir obrigações, riscos e lucros de determinada atividade econômica; 4) respeito aos procedimentos internos de governança, que devem ser expressos quanto à análise de uma atuação associativa com terceiro, com procedimento diverso da mera aquisição de bens ou serviços.**

Em seguida, a PGE expôs o seu posicionamento acerca dos aspectos jurídicos da consulta, que segue integralmente reproduzido:

> **2.2. Da Primeira Questão**
>
> A primeira questão formulada foi a seguinte:
>
> *As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, §3º, II e §4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos*

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?

Como já indicado, o art. 28, §3º, II, e §4º da Lei das Estatais demanda que se trate de verdadeira atuação associativa com terceiro no âmbito do objeto social da empresa estatal e de atividade econômica em sentido estrito. Aqui não se observa nos posicionamentos jurisprudenciais existentes proibição de contratação de bens e serviços, mas em termos de intenção e de atuação deve existir uma efetiva parceria, que não pode ser formada exclusivamente para a contratação de bens e serviços.

Afinal, o mecanismo da oportunidade de negócio na Lei das Estatais visa, necessariamente, dar à estatal agilidade e eficiência na formação de parcerias com agentes econômicos privados criados para a exploração de determinada oportunidade de negócio, não sendo uma hipótese adicional de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

Dessa forma, quando a contratação de bens e serviços extrapolar o mero seu fornecimento de bens ou serviços, demando formação de parcerias ou outras formas associativas, societárias ou contratuais, será configurada hipótese de oportunidade de negócio e não de licitação.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

A extensão da atuação de caráter associativo, que deve ser diferenciada da mera aquisição de bens ou serviços, deve estar claramente presente nos processos de governança da empresa estatal. Assim, se a empresa estatal conferir, dentro dos seus procedimentos internos, o tratamento de mera aquisição de bens e serviços, mesmo que seja celebrado instrumento denominado parceira ou similar, não se está diante de uma situação que caracterizaria de forma legitima a oportunidade de negócio.

Portanto, pode-se responder ao questionamento afirmando que o exercício da oportunidade de negócio do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais pode incluir a aquisição de bens e serviços, desde que relacionados diretamente ao objeto social da empresa estatal, mas em hipótese alguma, pode se resumir a esta aquisição, devendo de forma clara e explícita formular parceria mais abrangente que demonstre um caráter associativo que vá além da mera aquisição do bem ou serviço.

2.3. Da Segunda Questão

A segunda questão formulada foi a seguinte:

É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

Aqui se deve observar que não se está mais a falar em atuação associativa, mas sim em relação de mera contratação de bens ou serviços feita pela empresa estatal com outra pessoa jurídica que foi resultado de parceria formada anteriormente com fundamento na oportunidade de negócio do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais.

A resposta, ao ver desta PGE, e a partir das premissas anteriormente formuladas, depende da contratação em questão integrar ou não a referida parceria que resultou na formação da SPE. A criação de SPE representa um processo associativo personificado que inclusiva está mencionado expressamente no §4º do art. 28 da Lei das Estatais. Desta forma, não há qualquer obstáculo a criação de uma SPE no contexto de uma oportunidade de negócio.

A aquisição de bens ou serviços desta SPE sem a necessidade de procedimentos licitatórios – inclusive inexigibilidade ou

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

dispensa – é possível se se tratar de um dos elementos da parceria formulada anteriormente e estiver relacionada a bem ou serviços desenvolvidos no conjunto desta parceria que resultou na criação da SPE.

Dessa forma, para que seja possível a aquisição de bens ou serviços de uma SPE criada por empresa estatal através do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais esta aquisição deve integrar expressamente a parceria formada e ter relação direta com os esforços conjuntos desenvolvidos no âmbito desta SPE.

Por outro lado, a aquisição de bens ou serviços de forma isolada ou desconexa do processo de parceria que resultou na SPE não pode ser feito por meio do mecanismo da oportunidade de negócio do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais.

2.3. Da Terceira Questão

A terceira questão formulada foi a seguinte:

Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

Esta questão e a seguinte foram formuladas levando-se em conta não apenas a Lei de Estatais, mas também as disposições da Lei de Licitações, que devem ser analisadas sob a ótica da Administração Pública e não apenas da empresa estatal.

Um primeiro ponto a ser abordado na questão formulada diz respeito ao fato do consorcio empresarial previsto no art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei Federal nº 6404/1976) não possuir personalidade jurídica, conforme disposição expressa do §1º do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio ***não tem personalidade jurídica*** *e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.*

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

A contratação de consórcio em qualquer procedimento licitatório deve seguir as disciplinas dos instrumentos convocatórios e da legislação de licitações, sendo que a Lei Federal de Licitações (Lei nº 14.133/2021) trata do tema no art. 15:

Art. 15. ***Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:***

I - ***comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;***

II - ***indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;***

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

fase de licitação quanto na de execução do contrato.

(....).

Assim, caso os instrumentos convocatórios não tragam nenhuma proibição, devem ser observadas as regras do art. 15 da Lei Federal de Licitações, que é reproduzido na regulamentação do Estado do Paraná (Decreto nº 10.086/2022) no art.102.

Aqui, mesmo que se trate de questionamento acerca de hipótese de dispensa, deve-se observar que se é possível que consórcio seja vencedor de procedimento licitatório não haveria fundamento jurídico que impedisse a sua contratação se caracterizada hipótese de dispensa como se cogita no questionamento feito, desde que haja indicação da empresa líder e comprovação da constituição do consórcio, nos termos exigidos pela legislação de licitações.

Um segundo ponto a ser observado é se o fato da empresa estatal constituída para determinado fim deixa de ser destinatária da hipótese de dispensa por estar em consórcio. Aqui não foi encontrada posição jurisprudencial segura sobre o tema, sendo possível apenas apresentar interpretações que pareçam mais adequadas para esta PGE.

Aqui se trata da hipótese de dispensa do inciso IX do art. 75 da Lei Federal de Licitações, que tem a seguinte redação:

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

IV - para contratação que tenha por objeto:

(...)

IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

O referido dispositivo exige que se trate de pessoa jurídica de direito público que integre a administração pública, tenha sido criada para esse fim e que o preço seja compatível com o mercado. **Ora, um consórcio nos ternos do art. 278 da Lei das SA não possui personalidade jurídica e não é uma pessoa jurídica de direito público, apenas a empresa estatal que o integra seria, o que pode afastar a possibilidade da dispensa de licitação nos termos do questionamento proposto.**

Ocorre que esta pessoa jurídica atua não de forma isolada, mas em parceria com empresa privada no âmbito da atividade econômica em sentido estrito. Assim, um primeiro risco a ser analisado diz respeito a que se trate de exercício de atividade econômica em ambiente concorrencial, o que poderia afastar a hipótese de dispensa, como já era apontado, com base

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

na legislação anterior de licitações. A interpretação dessa hipótese de dispensa de licitação, que já existia na Lei Federal nº 8666/1993, foi restritiva quanto à atuação de empresas no mercado, como se pode observar dos seguintes posicionamentos do TCU:

Acórdão nº 1.171/2006-2ª Câmara: (Dispensa, contratação de entidade integrante da Administração Pública, fornecimento de combustível, Petrobras, art. 24, VIII)

SUMÁRIO: Pedido de Reexame interposto contra o subitem 5.1.1.7 do Acórdão nº 1.425/2005 – Segunda Câmara, Relação do Gabinete do Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da 8 Rocha, Ata 31/2005 – Segunda Câmara. Requisitos de admissibilidade preenchidos. Conhecimento. Obrigatoriedade de licitação jurisprudência para aquisição de combustíveis. Pacífica do TCU nesse sentido. Precedentes. Improcedência das alegações recursais quanto à legalidade de aquisição de combustíveis, sem licitação, com base no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993. Ferimento aos princípios constitucionais da livre concorrência, da licitação e da isonomia. Não-provimento. Manutenção do Acórdão recorrido em seus exatos termos. Juntada do processo às contas do exercício de 2004. Ciência ao Recorrente.

(...)

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

4. No âmbito deste Tribunal, é remansosa a jurisprudência no sentido de que a aquisição de combustíveis na Administração Pública, sujeita-se a procedimento licitatório, conforme indicado no art. 2º da Lei nº 8.666/1993, vedando-se, assim, a aquisição direta desse bem com base no art. 24, inciso VIII, da citada Lei de Licitações e Contratos. Cito, como exemplos, as seguintes deliberações: Decisões nº 118/1998 – Segunda Câmara e 257/1997 – Plenário e Acórdãos nº 29/1992 e nº 56/1999, ambos do Plenário. 5. Neste ponto, destaco que, diversamente do alegado na peça recursal, a Decisão nº 604/1998 – TCU – Plenário não autoriza a aquisição de combustíveis pela Administração Pública com suporte no referido dispositivo legal; ao contrário, dispõe expressamente em sua ementa a respeito da obrigatoriedade de licitação para aquisição.

No mesmo sentido o TCE/PR já se manifestou, no acórdão nº 2217/2018-Pleno, julgando que a e a entidade fornecedora*, além de não atuar no mercado, deve ter sido criada para o fim específico de fornecer bens e serviços que sejam o objeto da contratação e o preço deve ser compatível com o praticado no mercado.* Nessa oportunidade foi permitida a dispensa com relação a entidade criada em outra esfera federativa.

Aqui, pode-se ter um obstáculo ao uso do consórcio formado em função do art. 28 da Lei

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

das Estatais, já que o pressuposto da caracterização da oportunidade de negócio é o exercício da atividade econômica, ou seja, a atuação no mercado. Mas, como apontado, o fundamento da dispensa de licitação em questão é o oposto, ou seja, a não atuação no mercado.

Por outro lado, a formação da parceria é uma faculdade legalmente prevista na Lei das Estatais, o que afasta a exigência de processo licitatório e, portanto, não deveria prejudicar a empresa estatal. Desta forma, apesar de não ser possível afirmar com convicção qual posição irá prevalecer, pode-se apontar que, sendo a empresa estatal a líder consórcio e tendo o objeto de contratação relação direta com o seu objeto social, é possível defender, em tese, que a hipótese de dispensa em questão possa continuar válida.

Aqui, é possível afirmar que caso a interpretação da nova Lei de Licitações siga o posicionamento anterior, uma vez que a redação de ambas é muito similar, é possível que haja um obstáculo intransponível à contratação direta do consórcio, nos termos da questão formulada. Todavia, caso se entenda que a legislação atual ou, mesmo nesse no caso específico, esse pressuposto possa ser superado, passa a ser possível a contratação em tese, com as ressalvas aqui apontadas.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Por fim, é possível apontar o risco da parceria ter sido formada para a entrega de bem ou serviço para a Administração em situação em que seria obrigatório para ela a realização de procedimento licitatório. Para afastar este risco se deve analisar os procedimentos internos da empresa estatal quanto aos objetivos e riscos da formação da parceria, de forma a que se afaste a hipótese de fuga do dever de licitar pela Administração Pública por meio de interposta pessoa, no caso da empresa estatal.

Essa situação, entretanto, dependeria de uma análise casuística e fática, o que não é possível em uma consulta em tese. Ainda, de forma a evitar questionamentos, recomenda-se que essa hipótese só seja concretizada quando o consórcio venha a ofertar bem ou serviço que não seja passível de fornecimento pela empresa privada de forma isolada do consórcio e apenas no âmbito do consórcio. Assim, tem-se a caracterização de que faticamente o que se está a contratar é um bem ou serviço resultado do esforço conjunto das empresas que formaram a parceria.

2.3. Da Quarta Questão

A quarta questão formulada foi a seguinte:

É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

A questão final formulada acrescenta na hipótese anterior a possibilidade do consórcio ser formado pela empresa estatal para prestar serviços acessórios para o apoio da execução do objeto social da empresa estatal. Antes de se avançar nos aspectos específicos desse questionamento deve-se apontar que os riscos apresentados no questionamento anterior se repetem nesta hipótese.

Aqui, pelo que se depreende do questionamento, estas atividades acessórias não seriam singulares em si, mas sim a oferta conjunta com a atividade principal que é exercida pela estatal tornaria o conjunto de atividades singular. Portanto, trata-se de

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

questão acerca da possibilidade ou não da Administração Pública fracionar o objeto de licitação e contratar esta atividade separadamente, nos termos da lei de licitação. Afinal, algumas atividades principais e acessórias podem ser contratadas pela Administração Pública de forma separada, já em outros casos a necessidade de coordenação e atuação conjunta tornariam necessária a contratação conjunta.

Essa análise a ser feita pela Administração Pública quando do processo de planejamento da contratação por meio de ETP e deve ser feita sob a ótica da Administração, devidamente justificada neste aspecto quanto à legalidade e vantajosidade. Nesse sentido a Lei Federal de Licitações dispõe:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente;

III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

IV - condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;

V - atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

§ 3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

§ 4º Em relação à informação de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, desde que fundamentada em estudo técnico preliminar, a Administração poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades.

Assim, tem-se que o parcelamento é a regra, mas existem exceções, como no caso do art. 40, §3º, II, o que em tese poderia ser o caso de

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

um produto ofertado por um consórcio de empresa estatal em parceria de oportunidade de negócio. O posicionamento pela preferência pelo parcelamento quando possível pode ser visto na jurisprudência do TCU:

Súmula TCU 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 2529/2021-TCU-Plenário

[Enunciado] Incumbe ao gestor demonstrar que a ausência de parcelamento do objeto da licitação não restringe indevidamente a competitividade do certame, bem como promove ganhos para a Administração Pública. O postulado que veda a restrição da competitividade (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993) não é um fim em si mesmo,

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

devendo ser observado igualmente o princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, caput, da Constituição Federal) e, ainda, o ganho de escala nas contratações consolidadas (art. 23, § 1º, in fine, da Lei 8.666/1993).

Acórdão 1845/2018-TCU-Plenário

[Voto] 12. Em essência, tanto no caso do [omissis], anulado em face do aludido Acórdão 9873/2017-TCU-Segunda Câmara, quanto no caso do [omissis], lançado em substituição ao referido certame, a irregularidade residiria na ausência de parcelamento do objeto, em descompasso com o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, e com a Súmula nº 247 do TCU.

13. Ocorre, todavia, que, diferentemente do primeiro caso, quando a Superintendência do [omissis] não teria comprovado a suposta economicidade pela contratação unitária, o presente caso concreto contaria com os elementos suficientes para comprovar a adequação do parcelamento do objeto em 4 polos.

14. Bem se sabe que, à luz do referido art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, e da Súmula nº 247 do TCU, a obrigatoriedade do parcelamento respeitaria os limites de ordem técnica e econômica, salientando que o fundamento para o aludido parcelamento

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

consistiria na ampliação das vantagens para a Administração Pública, de sorte que não se exigiria o parcelamento do objeto, quando tecnicamente inviável ou não recomendável ou, mesmo, quando resulte em aumento dos custos.

15. Pelo prisma técnico, a Secex-SP aduziu que o correspondente modelo de gestão contratual traria benefícios ao gerenciamento do objeto contratado na medida em que as atividades de gestão contratual seriam realizadas por servidores mais capacitados e lotados no Centro de Serviços Compartilhados (CSC), sem prejuízo da fiscalização dos serviços sob responsabilidade de fiscais locais lotados nas respectivas agências e gerências executivas do [omissis].

16. Já pelo prisma econômico, a Secex-SP anotou que a análise comparativa entre o contrato atualmente firmado pela [omissis] com o [omissis], para a parcela do item 1 do [omissis], e o contrato resultante dessa nova licitação, segundo o modelo proposto pelo [omissis], apontaria para a significativa redução nos valores do subsequente contrato.

17. Nesse ponto, a unidade técnica observou que a Superintendência do [omissis] também fez essa comparação, para o objeto total do [omissis], tendo sinalizado para a obtenção de economia anual na ordem de R$ 534.258,48 sobre o valor global dos contratos.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Entretanto, sendo uma hipótese de exceção ao princípio do parcelamento, pode ser possível a contratação do referido consórcio empresarial, sob a ótica da Administração Pública.

Todavia, aqui se deve observar que atividades puramente acessórias, nas quais o parceiro privado apenas oferta bens e/ou serviços acessórios, sem uma atuação associativa que extrapole o bem ou serviço em questão, pode não se caracterizar como uma efetiva parceria. Assim, se essa atividade é acessória apenas para determinada demanda da Administração Pública, que tem vantajosidade na contratação conjunta, pode-se apontar um risco de fuga do processo licitatório.

Ainda, atividades diversas do objeto social da empresa estatal, como já se observou anteriormente, não caracterizam objeto de negócio, nos termos do posicionamento do STF e do TCU anteriormente apontados. Por outro lado, tratando-se de sistema único e integrado desenvolvido conjuntamente que fuja do parcelamento da contratação, pode-se apontar a possibilidade de contratação, mesmo que pela falta de posicionamento jurisprudencial existam riscos de questionamento.

Na sequência, pelo Despacho nº 620/24-GCIZL (peça 24) apresentei os fundamentos pelos quais considerei que as questões prejudiciais trazidas nas

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

manifestações da 4ª Inspetoria de Controle Externo e do Ministério Público de Contas, que impediriam a análise de mérito das questões nº 2, nº 3 e nº 4, não se sustentavam.

No que se refere à primeira questão prejudicial arguida pela 4ª ICE, no sentido de que com relação aos quesitos 2, 3 e 4 haveria a possibilidade de que fosse beneficiada, mesmo que indiretamente, empresa privada, observei que a partir da previsão contida no art. 311[3], § 2º[4], do Regimento Interno, extrai-se que é vedada a resposta à consulta quando empresa privada for direta ou indiretamente beneficiada desde que tenha sido verificada a hipótese prevista no § 1º[5], ou seja, quando a consulta versar sobre dúvida quanto à interpretação e aplicação da legislação em caso concreto. Nesse contexto, ponderei que, no caso em tela, da leitura dos quatro questionamentos apresentados é possível depreender que a consulta formulada não versa sobre casos concretos, tendo sido formulada em tese, e que, por conseguinte, não se aplica a questão prejudicial apontada pela Inspetoria de vedação de resposta à consulta.

No tocante à segunda questão prejudicial, relativa aos quesitos 3 e 4, a 4ª ICE acrescentou que a análise do mérito da consulta restaria prejudicada também em razão de que, embora formalmente legitimada a formular consulta a este Tribunal, o consulente careceria de legitimação para os questionamentos levados a efeito, por entender haver a necessidade de que "seja oferecida às pessoas jurídicas de direito público interno a oportunidade de influenciar a decisão a ser tomada pelos julgadores", e porquanto "sem se oportunizar influência aos potenciais órgãos e entes que contratarão o consórcio formado com base no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016, não é possível se ter uma cognição completa das possíveis situações fáticas e jurídicas em que se subsumirá a contratação direta."

---

[3] Art. 311. A consulta formulada ao Tribunal de Contas, conforme o disposto no Título II, Capítulo II, Seção VII, da Lei Complementar nº 113/2005, deverá atender aos seguintes requisitos:
(...)
§ 1º Havendo relevante interesse público, devidamente motivado, a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação e aplicação da legislação, em caso concreto, poderá ser conhecida, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.
§ 2º Quando, na hipótese do parágrafo anterior, empresa privada for, direta ou indiretamente, beneficiada, é vedada a resposta à consulta.

[4] § 2º Quando, na hipótese do parágrafo anterior, empresa privada for, direta ou indiretamente, beneficiada, é vedada a resposta à consulta.

[5] § 1º Havendo relevante interesse público, devidamente motivado, a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação e aplicação da legislação, em caso concreto, poderá ser conhecida, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Todavia, no despacho aludido ressaltei a inexistência de previsão regimental que sustente a exigência da apontada legitimação para efeitos do questionamento objeto da consulta, bastando que a consulta seja formulada por autoridade legítima, nos termos do art. 311, I[6], c/c o art. 312[7], ambos do Regimento Interno.

Na oportunidade, acrescentei que, em tese, a manifestação da Procuradoria-Geral do Estado poderia suprir a apontada ausência de manifestação de órgãos da Administração Direta.

Diante do exposto, determinei o retorno dos autos à 4ª Inspetoria de Controle Externo e ao Ministério Público de Contas para manifestação acerca dos pontos suscitados e para eventuais as considerações acerca do teor da Informação apresentada pela Procuradoria-Geral do Estado.

Em seguida, mediante a Informação nº 36/24-4ªICE (peça 23) a 4ª Inspetoria de Controle Externo pronunciou-se acerca do mérito quanto à totalidade da consulta.

No que tange à questão nº 1, a 4ª ICE manteve integralmente o opinativo exarado na Instrução nº 33/23-4ª ICE (peça 13), antes relatado.

Quanto aos questionamentos 2, 3 e 4, a 4ª ICE, após exposição da matéria, propôs que a consulta fosse respondida nos moldes a seguir:

Questão nº 02

(...)

[6] Art. 311. A consulta formulada ao Tribunal de Contas, conforme o disposto no Título II, Capítulo II, Seção VII, da Lei Complementar nº 113/2005, deverá atender aos seguintes requisitos:
I - ser formulada por autoridade legítima;

[7] Art. 312. Estão legitimados para formular consulta:
I - no âmbito estadual, Governador do Estado, Presidente de Tribunal de Justiça, Presidente da Assembleia Legislativa, Secretários de Estado, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral do Estado, dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas e mantidas pelo Estado e conselhos constitucionais e legais;
II - no âmbito municipal, Prefeito, Presidente de Câmara Municipal, Procurador Geral do Município, dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas e mantidas pelo município, consórcios intermunicipais e conselhos constitucionais e legais; (Redação dada pela Resolução n° 58/2016)
III - Conselhos ou órgãos fiscalizadores de categorias profissionais, observada a pertinência temática e o âmbito de representação profissional;
IV - O Presidente e os Conselheiros do Tribunal de Contas. (Incluído pela Resolução n° 24/2010)

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Nesta linha, a proposta de resposta ao questionamento 2 é a seguinte:

A pretensão de contratação direta com base unicamente no art. 28, §3º, II de bens e serviços oferecidos pelo parceiro "com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal" rompe a lógica e o propósito da inovação legal trazida neste dispositivo.

Ademais, se as circunstâncias fáticas e jurídicas viabilizarem o enquadramento da contratação direta em outro dispositivo que não seja o art. 28, §3º, II, não vislumbramos, a priori, embaraço a que a empresa estatal contrate bens e serviços oferecidos por seu parceiro de negócio.

Neste caso, todavia, a contratação direta estará regida pelos dispositivos regentes da Le 13.313/16 que tratam sobre a dispensa e inexigibilidade, cabendo à Estatal demonstrar o respectivo amoldamento a uma das hipóteses legais.

Destarte, a nota distintiva entre esta hipótese e a analisada na questão 01 é que nesta última a aquisição de bens e serviços junto ao parceiro visa potencializar as condições competitivas de a estatal, em arranjo de parceria, concorrer no mercado em que compete com outros concorrentes, o que encontra amparo na legislação. Por outro lado, na questão 2, a estatal busca adquirir tais serviços com a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

finalidade de atender apenas a seu próprio interesse, desatrelada de pretensão comercial em mercado concorrencial, o que não encontra respaldo legislativo.

Questão nº 03

(...)

Nesta linha, a proposta de resposta ao questionamento 3 é a seguinte:

Não, pelos motivos expostos a seguir.

A uma, o dispositivo legal mais compatível com a pretensão formulada na questão – art. 75, inciso IX da Lei 14.133/21 – exige que os "bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico". **Doutrinariamente, entende-se que apenas as empresas estatais prestadoras de serviços público cumpririam este requisito**, de modo que, pelo fato de a CELEPAR constituir espécie de empresa estatal exploradora de atividade econômica, estará afastada a possibilidade aventada, ao menos com fulcro no dispositivo mencionado.

A duas, porque o mesmo dispositivo legal impõe que a contratada integre a Administração Pública, de sorte que o consórcio formado entre empresa estatal e particular não pode ser compreendido como órgão ou entidade da Administração Pública. **O**

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

risco de se permitir uma interpretação ampliativa neste caso é de criar vantagens desarrazoada ao particular consorciado frente a seus potenciais concorrentes em procedimento licitatório para contratação do mesmo objeto.

Questão nº 4

(...)

Nesta linha, a proposta de resposta ao questionamento 4 é a seguinte:

Apesar da análise demandar **considerações casuísticas** ensejadoras do enquadramento em uma das hipóteses fáticas de inexigibilidade, entendemos que, **em tese, é possível que ente da Administração Direta proceda à contratação por inexigibilidade de licitação de consórcio lastreado no art. 28, §3º, II da Lei das Estatais firmado entre empresa estatal e parceiro de negócio**, desde que sejam respeitados alguns requisitos.

Em primeiro lugar, que **o suporte fático para enquadramento em contratação direta por inexigibilidade** esteja presente, consoante incisos do art. 74 da Lei 14.133/21.

Em segundo, **que haja absoluta pertinência temática entre os objetos do consórcio e da inexigibilidade**, sob pena de se burlar o instituto da licitação. Em outras palavras, que o objeto da inexigibilidade se coadune com a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

oportunidade de negócio definida e específica que ensejou a formação do consórcio entre a estatal e parceiro de negócio privado com base no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016.

Em terceiro, que a contratação de atividade acessória do parceiro em conjunto com a atividade principal da Estatal **torne o todo singular**, o que demandaria exaustiva motivação por parte da Administração contratante em demonstrar tal singularidade, a vantajosidade da exclusão do parcelamento dos itens da contratação, a compatibilidade dos termos da parceria com a contratação e a conformidade do objeto social da Estatal. Inteligência da parte final do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016.

Ademais, que o consórcio previamente formado e que se destine à contratação por inexigibilidade pela Administração Pública Direta atenda às normativa das Lei das Estatais, em especial: que sejam atendidos a Impessoalidade, Moralidade, Transparência no procedimento de seleção e que a escolha do parceiro se justifique na consecução de oportunidade de negócio específica e a inviabilidade de competição na seleção.

O Ministério Público de Contas, pelo Parecer nº 174/24-PGC (peça 27), igualmente se pronunciou quanto ao mérito quanto aos quatro quesitos apresentados.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Acerca do questionamento nº 1, reiterou a manifestação antes reproduzida.

Com relação às questões 2, 3 e 4, concluiu, respectivamente, do seguinte modo:

> ***Dúvida nº 02***
>
> (...)
>
> Desta feita, a contratação de SPE por empresa estatal para prestação exclusiva de serviços desvirtua o propósito do disposto no art. 28, §3º, II e §4º, da Lei nº 13303/16, que seria de "fomentar" a atuação da estatal em mercado concorrencial, em condições competitivas, sendo inviável, portanto, a contratação nestes termos, equiparando-se a situação aventada à mera prestação de serviço por terceiro à entidade contratante, reforçando, portanto, a impossibilidade de utilização da chamada "oportunidade de negócio" para justificar tal contratação.

> ***Dúvida nº 03***
>
> (...)
>
> Assim sendo, esta Procuradoria-Geral de Contas perfilha-se à conclusão exarada pela 4ª Inspetoria de Controle Externo, a qual entendeu pela impossibilidade de contratação direta de consórcio empresarial, criado nos termos do art. 278, da Lei das Sociedades

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Anônimas, por pessoa jurídica de direito público interno, nos seguintes termos:

A uma, o dispositivo legal mais compatível com a pretensão formulada na questão – art. 75, inciso IX da Lei 14.133/21 – exige que os "bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico". Doutrinariamente, entende-se que apenas as empresas estatais prestadoras de serviços público cumpririam este requisito, de modo que, pelo fato de a CELEPAR constituir espécie de empresa estatal exploradora de atividade econômica, estará afastada a possibilidade aventada, ao menos com fulcro no dispositivo mencionado.

A duas, porque o mesmo dispositivo legal impõe que a contratada integre a Administração Pública, de sorte que o consórcio formado entre empresa estatal e particular não pode ser compreendido como órgão ou entidade da Administração Pública. **O risco de se permitir uma interpretação ampliativa neste caso é de criar vantagens desarrazoada ao particular consorciado frente a seus potenciais concorrentes em procedimento licitatório para contratação do mesmo objeto.**

Dúvida nº 04

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> Quanto ao último quesito a ser respondido, infere-se que o conjunto de esforços envolvidos pela entidade estatal, somada aos serviços prestados pela entidade privada, tornariam a prestação do serviço de natureza singular, o que justificaria, em tese, a contratação do consórcio formado pela entidade estatal e por particular, por meio de inexigibilidade. (...)
>
> (...)
>
> Nesses termos, imperioso que haja: a) a demonstração cabal pelo pretenso contratado de que o serviço prestado por meio do consórcio não é divisível (entre atividade principal e atividade acessória), havendo efetivo prejuízo na sua prestação ou funcionamento, em caso de fracionamento de objeto; e b) que a entidade contratante justifique exaustivamente a necessidade da contratação de objeto com as especificidades que tornem inviável a competição entre potenciais fornecedores.

É o relatório.

2. De início, cumpre reiterar que os requisitos para a formulação de consulta a esta Corte de Contas, estabelecidos no art. 311[8] do Regimento Interno, foram preenchidos.

[8] Art. 311. A consulta formulada ao Tribunal de Contas, conforme o disposto no Título II, Capítulo II, Seção VII, da Lei Complementar nº 113/2005, deverá atender aos seguintes requisitos:
I - ser formulada por autoridade legítima;
II - conter apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa de dúvida;
III - versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Outrossim, ratifico o entendimento consignado no Despacho nº 620/24-GCIZL (peça 24), nos termos relatados, no sentido de afastar as questões prejudiciais inicialmente apresentadas pela 4ª ICE (Instrução nº 33/23-4ª ICE, peça 13) quanto aos quesitos 2, 3 e 4 da consulta, visto que, em suma, a consulta não versa sobre caso concreto com benefício à empresa privada e porquanto inexiste exigência regimental de legitimação para que seja formulada.

Logo, a consulta deve ser integralmente conhecida.

Por conseguinte, passo à análise da matéria versada no expediente.

Como já exposto, as dúvidas apresentadas são as seguintes:

1. As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, §3º, II e § 4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?
2. É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?
3. Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por

IV - ser instruída por parecer jurídico ou técnico emitido pela assessoria técnica ou jurídica do órgão ou entidade consulente, opinando acerca da matéria objeto da consulta;
V - ser formulada em tese.
§ 1º Havendo relevante interesse público, devidamente motivado, a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação e aplicação da legislação, em caso concreto, poderá ser conhecida, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.
§ 2º Quando, na hipótese do parágrafo anterior, empresa privada for, direta ou indiretamente, beneficiada, é vedada a resposta à consulta.
§ 3º O pedido de consulta e a respectiva resposta deverão ser publicados no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas. (Incluído pela Resolução nº 73/2019)

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?
4. É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

Considerando que os quatro questionamentos formulados estão diretamente relacionados com a interpretação do contido no art. 28, § 3º, inc. II, e § 4º, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, diploma legal que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios[9], cumpre realizar uma breve introdução sobre os dispositivos mencionados, a seguir reproduzidos:

> TÍTULO II
> DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICAS, ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E ÀS SUAS SUBSIDIÁRIAS QUE EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA DE PRODUÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO DE BENS OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, AINDA QUE A ATIVIDADE ECONÔMICA ESTEJA SUJEITA AO REGIME DE MONOPÓLIO DA UNIÃO OU SEJA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.
> CAPÍTULO I
> DAS LICITAÇÕES
> Seção I
> Da Exigência de Licitação e dos Casos de Dispensa e de Inexigibilidade
> Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às

[9] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.
>
> § 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 .
>
> § 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.
>
> **§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:**
>
> I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
>
> **II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.**
>
> **§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.** (sem grifos no original)

Inicialmente, vale mencionar que em ambos os incisos do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016 foram estabelecidas para as empresas estatais

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

hipóteses de exceção à regra geral da licitação[10] em que tanto o dever de licitar como o de observância às demais regras licitatórias fixadas na referida lei restam afastados, pois, consoante a redação do § 3º, nas situações descritas em seus incisos I e II as empresas públicas e as sociedades de economia mista ficam dispensadas da observância dos dispositivos contidos no capítulo atinente às licitações.

Observa-se, assim, que as referidas hipóteses de contratação direta por parte das empresas estatais diferem das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, sendo consideradas pela doutrina como hipóteses de inaplicabilidade de licitação ou de não incidência das regras licitatórias, conforme pontua Alexandre Santos de Aragão[11]:

> Antes mesmo de se adentrar a hermenêutica específica desse dispositivo, devemos ver como situá-lo no rol de espécies de contratação direta.
> (...)
> O citado rol é tradicionalmente compreendido por uma dicotomia: a contratação direta por dispensa e a contratação direta por inexigibilidade.
> Enquanto a primeira reflete uma política legislativa de desobrigar o administrador da prévia realização de licitação em situações em que isso seria plenamente possível, a segunda, ao revés, reflete a própria impossibilidade de licitar, porque inviável a competição, e, portanto, inexigível a realização de prévio certame.
> (...)
> Todavia, o art. 28, §3º, do Estatuto das Estatais, veio modificar essa classificação bipartite, prevendo uma nova espécie de contratação direta que não se configura como dispensa e tampouco como inexigibilidade de licitação. Nas situações do §3º as estatais são isentas da própria observância como um todo do capítulo de licitações da Lei nº 13.303/2016 – e não apenas dispensadas da realização de licitação, como dizem por exemplo o art. 29 do Estatuto e o art. 24 da Lei nº 8.666/93.

---

[10] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(...)
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.

[11] ARAGÃO. Alexandre Santos de. *A exclusão de licitação nas estatais*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2024. p. 60 e 61.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> Nas situações do §3º do art. 28, a contratação direta ocorrerá por uma verdadeira **não incidência das regras licitatórias**, algo semelhante com o que ocorre no direito tributário em relação às suas regras impositivas.

A despeito da contratação direta em exame ter por base a não incidência das regras relativas à licitação, à dispensa e à inexigibilidade de licitação, evidentemente persiste a necessidade de observância dos princípios constitucionais e legais que regem as estatais, bem como de que haja motivação adequada da escolha, de modo a demostrar o preenchimento dos requisitos normativos para a contratação direta e a lisura das contratações[12].

Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres[13] reforçam que a formação de parceria sem a observância das regras licitatórias não afasta a incidência do regime jurídico de Direito Público quanto ao controle, consignando que "é necessário que as empresas estatais, preferencialmente em seus Regulamentos Internos, definam normas de governança à implementação do instituto, que estabeleçam parâmetros à justificação técnico-administrativa das operações; bem como tragam balizas ao controle a ser exercido, considerando que parcela das oportunidades de negócio poderão envolver algum risco empresarial, como ocorre nas relações entre particulares."

Especificamente no tocante à hipótese estabelecida no inciso II do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016, que importa para a consulta em tela, essa preceitua a não incidência das regras licitatórias para as empresas públicas e para as sociedades de economia mista "nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo."

---

[12] O Tribunal de Contas da União inclusive já manifestou entendimento no sentido da necessidade de realização de um processo competitivo isonômico, impessoal e transparente, com observância dos princípios constitucionais:

"Não obstante os argumentos apresentados acima, julgo que a empresa estatal sempre deverá respeitar os princípios constitucionais e legais que regem a Administração Pública, tais como, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a isonomia e o interesse público. Por via de consequência, embora realizando atividade finalística própria de seu objeto social, a Telebrás não detém uma discricionariedade irrestrita para escolher quem quiser, mesmo sendo dispensável a licitação. Ao contrário deve ser realizado um processo competitivo isonômico, impessoal e transparente, com observância dos princípios constitucionais." (Acórdão nº 2.033/2017, Plenário. Rel. Ministro Benjamin Zymler)

[13] BARCELOS. Dawison; TORRES. Ronny Charles Lopes de. *Licitações e Contratos nas Empresas Estatais.* São Paulo: Jus Podivm, 2023. p. 124.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Dentre as exigências trazidas no aludido dispositivo legal, destaca-se a necessidade de caracterização de uma oportunidade de negócio definida e específica.

Nesse contexto, observa-se que o § 4º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016 dispõe expressamente que são consideradas oportunidades de negócio "a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente".

Assim, conforme ensinam Joel de Menezes Niebuhr e Pedro Menezes Niebuhr[14], o texto da Lei define oportuidades de negócio como a própria formação e a extinção de parcerias, em um sentido amplo:

> O dispositivo supracitado define oportunidades de negócio como "a formação e a extinção de parcerias [...]". O termo *parceria* deve ser interpretado em sentido *lato*, não reduzido a eventuais *corporate joint ventures* formadas pelas estatais com terceiros. É possível, dentro do mesmo regime jurídico, que se pretenda parceria para investimentos ou empreendimentos sem a necessidade de constituição de uma sociedade. Há outros meios legais para formatar a parceria.
> Demais disso, o dispositivo inclui no conceito de oportunidades de negócio a "aquisição e a alienação de participações em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais [...]". Ou seja, as oportunidades de negócio também abrangem o desfazimento de negócios e parcerias, o que representa, de modo geral, a alienação de ativos.

Não obstante a aludida definição legal, verifica-se que a caracterização de uma oportunidade de negócio demanda uma avença não ordinária, com vantagens esperadas para a estatal com a parceria, conforme leciona Alexandre Santos de Aragão[15]:

---

[14] NIEBUHR. Joel de Menezes; NIEBUHR. Pedro Menezes. *Licitações e Contratos das Estatais.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 28.
[15] ARAGÃO. Alexandre Santos de. *A exclusão de licitação nas estatais*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2024. p. 97 a 100.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Apesar da expressão “oportunidade de negócio” empregada pelo Estatuto das Estatais ser bastante ampla, não pode ser interpretada como se referindo a qualquer contrato, na medida em que todo contrato é sempre um negócio. Conforme afirmamos em outra oportunidade, “o termo ‘oportunidade de’ dá a dimensão da excepcionalidade da circunstância, de negócio não ordinário, que não pode ser perdido”.
(...)
Explica Luiz Assis que “em sentido coloquial, ‘oportunidade de negócio’ remete a uma situação singular que se mostre propícia à realização de um negócio pelo que deve ser aproveitada pelo agente econômico.”
(...)
Além disso, outro aspecto a ser avaliado para a carcaterização da oportunidade de negócio se refere às vantagens esperadas para parceria para a empresa estatal, conforme orientação do TCU. A Corte de Contas, inclusive, já adotou entendimento no sentido dos seguintes requisitos para que seja verificada a oportunidade de negócios: “i) finalidade empresarial abarcada no objeto social da empresa estatal, em decorrência do princípio da subsidiariedade; ii) identificação da oportunidade de negócio – previamente à escolha do parceiro – cujo escopo e objeto deve ser definido e específico, demonstrando-se as singularidades do empreendimento que sejam capazes de o diferenciar frente à generalidade das operações da empresa estatal; iii) descrição das carcaterísticas quantitativas e qualitativas utilizadas na escolha do parceiro e elaboração da análise de mercado para a identifivação de potenciais interessados; iv) estudo de viabilidade técnica e econômica que contemple a análise de proporcionalidade da decisão, incluindo a ponderação da adequação, da necessidade e dos custos e benefícios da decisão associativa; v) motivação para a escolha do agente econômico privado, apresentando as razões de fato e de direito que fundamentam todas as suas decisões, e especial nos casos de ausênciade mais de um agente econômico possível e vi) justificativa da impossibilidade de procedimento competitivo nos termos da Lei 13.303/2016, que não se restrinja a fundamentos derivados da *affectio societatis* – por potencial afronta ao princípio da impessoalidade”.[16]

[16] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.744/2021. Plenário. Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 21.08.2021.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

De acordo com Dawison Barcellos e Ronny Charles Lopes de Torres[17], “de maneira geral, as oportunidades de negócio se prestarão a viabilizar parcerias com agentes privados para a consecução de objetos ou objetivos que, isoladamente, a empresa estatal não teria capacidade de obter ou desenvolver, ou, se empreendesse por conta própria, haveria consequências que violariam, de maneira desarrazoada, o princípio da busca pela vantagem competitiva”.

Ressalta-se, ademais, que o próprio dispositivo determina que a escolha do parceiro para a oportunidade de negócio, que, vale reforçar, deve ser definida e específica, precisa estar associada às suas características particulares.

Além disso, é importante mencionar que a parceria entre as partes exigida pelo dispositivo legal na hipótese em comento é interpretada como uma efetiva união de esforços para a exploração da oportunidade de negócio, para o atingimento de um objetivo comum, ou seja, é a busca por se atingir um resultado comum esperado, diferentemente do que ocorre em um contrato de mera prestação de serviços.

É o que destaca o autor Alexandre Santos Sampaio[18], que, inclusive, denomina a hipótese de não incidência de licitação trazida no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, de parceria empresarial:

> Outra hipótese de afastamento das regras licitatórias exposta na Lei das Estatais é a parceria empresarial. Sobre isso, cumpre ressaltar que, diferentemente de um contrato de prestação de serviços, em que determinada contratada executa o objeto pretendido pela empresa estatal em troca de uma contraprestação em pecúnia, **a parceria é uma união de esforços para o atingimento de um objetivo comum**.
> Nesse tipo de relação não há partes contratantes, mas parceiros; não há remuneração por produtos ou serviços, mas compartilhamento de resultados. Assemelha-se a uma sociedade criada para o cumprimento de um propósito específico, apesar de não ser necessário, para se caracterizar uma parceria, a criação de uma nova pessoa jurídica.

[17] BARCELOS. Dawison; TORRES. Ronny Charles Lopes de. *Licitações e Contratos nas Empresas Estatais.* São Paulo: Jus Podivm, 2023. p. 124.
[18] SAMPAIO, Alexandre Santos. *A Não Incidência da Licitação nas Empresas Estatais.* 2ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021, p. 90.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> **Nesse espeque, a parceria é a busca por se atingir um resultado comum esperado. Não basta que o instrumento que regule a relação seja nominado como termo de parceria ou como acordo de cooperação de cooperação técnica, por exemplo, pois é necessário que os seus objetivos demonstrem que há um agregamento de recursos para a busca de determinado resultado comum.** (sem grifos no original)

Quanto ao dispositivo legal objeto de análise também incumbe salientar que o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2488/2018 - Plenário[19], ao analisar a legalidade de parceria celebrada entre a Telebrás e empresa privada, identificou os requisitos[20] considerados necessários pela Corte para possibilitar a contratação direta por estatal de empresa para a formação de parceria por oportunidades de negócio fundamentada no disposto no art. 28, § 3º, II, da Lei nº 13.303/2016.

Logo, segundo a supracitada decisão do TCU, que deu origem à publicação de enunciado[21] sobre o tema, são requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016:

---

[19] Relator Ministro Benjamin Zymler. Representação. Processo 022.981/2018-7. Data da Sessão: 31/10/2018

[20] "3ª Parte - Análise do mérito desta representação

(...)

I - Análise dos fundamentos constitucionais e legais para a celebração de parcerias por empresas estatais

104. A celebração de parcerias por empresas estatais possui fundamentos constitucionais e legais, os quais podem ser invocados desde que sejam cumpridos alguns requisitos.

105. Em primeiro lugar, destaco que a avença deve obrigatoriamente estar relacionada com o desempenho por essas empresas de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais. Nessa hipótese, esses entes estarão sujeitos ao regime de direito privado, como se depreende da leitura do art. 173 da Carta Magna, **verbis**:

(...)

106. A Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, foi promulgada em atendimento ao disposto no acima citado art. 173 da Constituição Federal. O art. 28 dessa norma legal estabelece que:

(...)

107. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que, embora a realização de licitação seja a regra, estão previstas exceções aplicáveis aos casos em que a sociedade de economia mista esteja atuando de maneira a explorar atividade econômica relativa à sua atividade fim. Afinal, ao realizar procedimento negocial afeto à sua finalidade, a estatal poderá se valer de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as empresas privadas do setor econômico em que ela atua. Em síntese, quando realizar uma negociação comercial, diretamente relacionada com as atividades que compõem seu objeto social, a empresa buscará uma solução de contratação que seja mais próxima à de uma empresa privada.

108. No caso vertente, deduz-se ser fundamental averiguar se, ao negociar parte da sua capacidade satelital com uma empresa privada, a Telebras está atuando no âmbito de sua atividade fim, em meio concorrencial privado e explorando a atividade econômica que lhe cabe

(...)

116. Dentre as alternativas consideradas viáveis, a Telebras optou pela celebração de uma parceria com a empresa Viasat, alegadamente com fulcro no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, a seguir transcrito:

(...)

117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:

a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do art. 28 da Lei das Estatais;

b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e

c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e

d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo."

[21] Informativo de Licitações e Contratos nº 358 de 27/11/2018:

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

a) avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;

b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;

c) demonstração da vantagem comercial para a estatal;

d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e

e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.

Apresentadas as noções acima acerca da hipótese de inaplicabilidade de licitação trazida no art. 28, § 3º, inc. II, e § 4º, da Lei nº 13.303/2016**,** passa-se ao exame dos quesitos formulados na consulta.

Questão nº 1.

As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, II e § 4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?

Indaga a entidade consulente se a hipótese de não incidência das regras licitatórias versada no art. 28, § 3º, inc. II, e § 4º, da Lei nº 13.303/2016, pode abranger a contratação de bens e serviços.

ENUNCIADO
São requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) : a) avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas; b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais; c) demonstração da vantagem comercial para a estatal; d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

A 4ª Inspetoria de Controle Externo apresentou resposta positiva para este quesito, todavia, condicionando a possibilidade ao atendimento de determinados requisitos indicados.

Em síntese, conclui que é possível a contratação de bens e serviços do parceiro selecionado com amparo no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei 13.303/2016 desde que: (i) os bens e serviços estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica para exploração de atividade econômica consoante objeto social da entidade, (ii) não sirvam unicamente à fruição pela própria estatal, de forma que a associação com o parceiro almeje a prestação conjunta de atividade econômica a terceiros, atentando-se sempre à potencial fragilização do concurso público para suprimento do corpo técnica da estatal (iii) que seja demonstrada a compatibilidade dos preços praticadas pelo parceiro com os de mercado e (iv) sejam atendidos os demais requisitos elencados no § 3º inciso II do dispositivo legal em comento.

Para fundamentar tais conclusões, a 4ª ICE apresentou as seguintes razões (peça 26):

> Partindo-se da interpretação legal, tem-se que os parágrafos são subdivisões do assunto do caput, que, nesse caso, abrange a contratação de bens e serviços. Desta forma, não haveria vedação a que o parceiro forneça bens e serviços, desde que, frise-se, no bojo de uma oportunidade de negócio.
>
> Especificamente, a norma excepciona o dever de licitar, inclusive na contratação de bens e serviços, desde que atendidos os demais requisitos legais.
>
> Nesse diapasão, as estatais devem considerar elementos de avaliação subjetiva não aferíveis em um certame licitatório, vinculadas a uma oportunidade de negócio, ou seja, é essencial que essa "associação" incremente a capacidade competitiva ou concorrencial das estatais no mercado.
>
> Assim, conclui-se que o instituto da "inaplicabilidade da licitação" não socorre avenças que visem a aquisição pura e simples de bens e serviços para fruição própria, **mas há um "plus", qual seja, a necessidade de um agregamento de recursos (capital, intelectual ou em bens e serviços) para a busca de determinado resultado comum,**

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

incrementando a capacidade competitiva da estatal por meio de características particulares do "parceiro", objetivando, assim, uma oportunidade de negócio.

Com maestria, Ronny Charles e Dawison Barcelos admitem que:

"... as oportunidades de negócio se prestarão a viabilizar parcerias com agentes privados para a consecução de objetos ou de objetivos que, isoladamente, a empresa estatal não teria capacidade de obter ou desenvolver, ou, se empreendesse por conta própria, haveria consequências que violariam, de maneira desarrazoada, o princípio da busca pela vantagem competitiva." (LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS EMPRESAS ESTATAIS, Ronny Charles Lopes De Torres e Dawison Barcelos, fl. 110)

Assim, a escolha do parceiro deverá estar alicerçada na demonstração de que a comunhão de esforços terá características particulares e extraordinárias.

A respeito do tema, o TCU no Acórdão nº 2488/2018 – Plenário, definiu os requisitos para a contratação direta sob o fundamento da oportunidade de negócios, sendo eles:

- Avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;

- Configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do artigo 28, § 4º, da Lei das Estatais;

- Demonstração da vatuntagem comercial para a estatal;

- Comprovação, pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e

- Demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Dito isso, entende-se que é possível a contratação de bens e serviços, nos moldes do artigo 28, §3º, II e §4º da lei federal nº 13.303/2016, desde que preenchidos os requisitos elencados no dispositivo e estejam, necessariamente, vinculados à persecução de uma oportunidade de negócio futura definida e específica para prestação de exploração de atividade econômica ao mercado no qual a empresa estatal esteja inserida, o que já vem a demonstrar a diferença da contratação pura e simples de bens e serviços por meio de licitação.

Adicionalmente, com o objetivo de impedir eventuais ações de burla ao instituto do concurso público para contratação de pessoal para a estatal, deve-se deixar consignada a impossibilidade de formação de parceria objetivando apenas ampliar a capacidade de fornecimento de bens e de serviços que a própria entidade já tenha condições técnicas de realizar ou de desenvolver internamente, ainda que seja para o desenvolvimento de novos produtos ou serviços.

Em resumo, a mens legis do dispositivo (não à toa inserido tão somente na Lei das Estatais, e não replicado na Nova Lei Geral de Licitações e Contratos) visa a incrementar a competitividade das estatais, entidades da Administração Indireta que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Neste sentido, e.g, não se vislumbra impedimento que a estatal se utilize do art. o art. 28, §3º da Lei 13.303/16 para que, em função do termo de parceria firmado, o parceiro possa prestar serviços e bens, entretanto estes devem estar atrelados à oportunidade de negócio específica, definida e futura, com preços compatíveis com o mercado, às particularidades do parceiro e à inviabilidade do procedimento competitivo, o que deverá estar justificado e **exaustivamente demonstrado no procedimento administrativo por parte da Estatal**, sempre havendo necessidade da demonstração do interesse público a ser alcançado. Insta esclarecer que o termo de parceria firmado por intermédio do art. 28, §3º da Lei 13.303/16 não deve ser interpretado como um permissivo para que quaisquer bens e serviços sejam afastados do procedimento licitatório por parte da Estatal, porquanto a licitação é a regra.

Destarte, o art. 28, §3º da Lei 13.303/16 não pode servir de embasamento legal às contratações que se prestem a suprir as necessidades da própria

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

entidade pública ainda que detenha natureza jurídica de direito privado.

Ao revés, serve para otimizar sua competitividade na persecução de oportunidades de negócios específicas e definidas atinentes à prestação da atividade econômica descrita em seu contrato social, para a qual a associação a particular lhe agregue alguma vantagem competitiva.

Com este entendimento, afasta-se o risco de o dispositivo dar azo a hipóteses de eventuais burlas ao instituto da licitação.

Neste sentido, a proposta de resposta ao questionamento 1 é a seguinte:

Os bens e serviços que estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica (que beneficie ambos os parceiros), às particularidades do parceiro e à inviabilidade do procedimento competitivo para exploração de atividade econômica, consoante objeto social da entidade e do parceiro, podem ser abrangidos pela oportunidade de negócio, desde que exaustivamente justificados pela autoridade administrativa visando sempre demonstrar os pressupostos para utilização do instituto em questão e o interesse público a ser atingido o qual necessita ser também demonstrado.

O que diferencia a contratação de bens e serviços por licitação são justamente os requisitos trazidos pelo art. 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016. Em procedimentos licitatórios, os bens e serviços não precisam estar atrelados à oportunidade de negócio definida e específica, tampouco às particularidades do parceiro ou à inviabilidade do procedimento competitivo.

Em resumo, é possível a contratação de bens e serviços do parceiro selecionado com amparo no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/16 desde que: (i) os bens e serviços estejam necessariamente atrelados à persecução de **uma oportunidade de negócio definida e específica** para exploração de **atividade econômica consoante objeto social da entidade**, (ii) **não sirvam unicamente à fruição pela própria estatal**, de forma que a associação com o parceiro almeje a prestação conjunta de atividade econômica a terceiros, atentando-se sempre à potencial fragilização do concurso público para suprimento do corpo técnica da estatal (iii) que seja demonstrada **a compatibilidade dos preços praticadas pelo parceiro com os de mercado** e

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> (iv) sejam atendidos os demais requisitos elencados no § 3º inciso II do dispositivo legal em comento.

O Ministério Público de Contas também se pronunciou pela apresentação de resposta positiva ao questionamento, ponderando que, para tanto, a estatal que contratar com base no inciso II do § 3ª do art. 28 da Lei nº 13303/16 "deverá demonstrar cabalmente que o negócio lhe é favorável, assim como deve aclarar sobre a vantajosidade em contratar o parceiro escolhido para fornecer bens ou serviços, além dos motivos pelos quais só poderia ocorrer com base na efetivação de oportunidade de negócio (associação entre empresas, nas mais variadas formas), em detrimento do disposto nos art. 29 e 30, da citada normativa, que cuidam de dispensa e contratação direta, respectivamente", conforme fundamentação a seguir (peça 27):

> Da leitura dos dispositivos acima citados, é possível se inferir que a chamada "lei das estatais" albergou normas específicas para as contratações envolvendo as atividades finalísticas das empresas estatais, conforme art. 28, § 3º, para as quais consideram-se inaplicável o regime comum de contratação.
>
> Acerca do tema, importante destacar o disposto no Acórdão nº 2488/18- Plenário, do Tribunal de Contas da União, que assim abordou o tema:
>
> *107. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que, embora a realização de licitação seja a regra, estão previstas exceções aplicáveis aos casos em que a sociedade de economia mista esteja atuando de maneira a explorar atividade econômica relativa à sua atividade fim. Afinal, ao realizar procedimento negocial afeto à sua finalidade, a estatal poderá se valer de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as empresas privadas do setor econômico em que ela atua. Em síntese, quando realizar uma negociação comercial, diretamente relacionada com as atividades que compõem seu objeto social, a empresa buscará uma solução de contratação que seja mais próxima à de uma empresa privada.*
>
> *(...)*

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

113. Nesse sentido, friso que o caput do art. 31 da Lei das Estatais determina que os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da economicidade, da probidade administrativa, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo devem reger os contratos no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, com vistas a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa. 114. Por via de consequência, cabe verificar se tais princípios foram ou não observados no caso vertente e, caso não tenham sido, se isso prejudicou a economicidade do negócio jurídico sob comento.

(...)

117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:

a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do art. 28 da Lei das Estatais;

b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e

c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e

d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

118. No caso vertente, saliento que a (..) não apresentou estudos detalhados e prévios que embasassem a celebração da parceria em tela e permitissem verificar o atendimento dos requisitos expostos no parágrafo acima. Logo, restou caracterizada uma falha grave, cujas consequências serão analisadas ao longo deste voto. (grifou-se)

É possível se inferir, portanto, que a possibilidade de aquisição de bens e serviços **com fulcro no citado dispositivo** deve estar necessariamente atrelada à oportunidade de negócio, atendendo-se também os requisitos elencados na decisão acima.

Desta feita, esta Procuradoria-Geral do Ministério Público de Contas entende que o primeiro quesito pode ser respondido nos seguintes termos: a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> estatal que contratar com base no inciso III, do art. 28, da Lei nº 13303/16, deverá demonstrar cabalmente que o negócio lhe é favorável, assim como deve aclarar sobre a vantajosidade em contratar o parceiro escolhido para fornecer bens ou serviços, além dos motivos pelos quais só poderia ocorrer com base na efetivação de oportunidade de negócio (associação entre empresas, nas mais variadas formas), em detrimento do disposto nos art. 29 e 30, da citada normativa, que cuidam de dispensa e contratação direta, respectivamente.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral do Estado, também instada a apresentar manifestação nestes autos sobre o tema (peça 23), concluiu quanto à questão nº 1 que "o exercício da oportunidade de negócio do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais pode incluir a aquisição de bens e serviços, desde que relacionados diretamente ao objeto social da empresa estatal, mas em hipótese alguma, pode se resumir a esta aquisição, devendo de forma clara e explícita formular parceria mais abrangente que demonstre um caráter associativo que vá além da mera aquisição do bem ou serviço."

Verifica-se que as três manifestações contidas no expediente sobre o primeiro quesito convergem pela possibilidade de que a hipótese de parceria por oportunidades de negócio sem incidência das regras licitatórias, amparada no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei 13.303/2016, pode abranger a contratação de bens e de serviços, desde que preenchidos determinados requisitos.

Em linhas gerais, corroboro o entendimento uniforme apresentado no sentido de que a resposta ao questionamento pode ser positiva, demonstrado o atendimento a certas exigências decorrentes da interpretação do dispositivo.

Infere-se do texto legal em exame que não foram definidos quais seriam os possíveis objetos das parcerias por oportunidades de negócio mediante inaplicabilidade de licitação e que tampouco há disposição expressa sobre os limites ou situações excetuadas:

> Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.
> (...)
> **§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:**
> I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
> **II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.**
> **§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.**

Assim, para que seja possível concluir se a hipótese de não incidência das regras licitatórias para as estatais prevista no inciso II do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016 pode abranger a contratação de bens e de serviços, é fundamental ter em mente que as oportunidades de negócio referidas no inc. II devem estar inseridas no contexto de uma parceria, conforme bem evidenciado no dispositivo legal em tela, bem como que a regra geral para a contratação de bens e de serviços pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista é que essas sejam precedidas de licitação.

Consoante já observado na exposição inicial sobre o dispositivo em tela, o próprio § 4º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016 dispõe que são consideradas oportunidades de negócio “a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente", de modo que o texto legal define oportunidades de negócio como a própria formação e a extinção de parcerias, em um sentido amplo.

Logo, compreende-se que a exploração por estatal e por particular de uma oportunidade de negócio identificada, que deve ser definida e específica, com vantagens esperadas para a estatal, requer o estabelecimento de uma parceria traduzida na efetiva união de esforços entre as partes, com vistas ao atingimento de um objetivo comum, ou seja, que configure a busca por se atingir um resultado comum esperado, diversamente do que ocorre em um contrato de mera prestação de serviços ou para a aquisição de bens.

A necessidade do caráter cooperativo ou associativo nas parcerias previstas no inciso II do § 3º do art. 28 da Lei das Estatais é destacada na lição de Alexandre Santos de Aragão[22]:

> Naturalmente que a figura contratual cooperativa não pode, repisamos, consistir na mera prestação comutativa de serviços (dinheiro *versus* serviços), e sim verdadeira união de esforços para exploração de oportunidade de negócio, dividindo seus riscos e bônus.
> Há que se destacar inclusive ser vedada a utilização de parceria contratual como subterfúgio para mascarar um contrato que materialmente continuasse sendo de mera prestação de serviços, que pelas regras desse deve se pautar.
> **Uma parte não faz algo em troca de algo a ser feito pela outra, com cada uma dessas prestações interessando apenas à parte que a recebe, como ocorre nos contratos em sentido mais usual, nos contratos comutativos. Em um contrato colaborativo, associativo, ou seja, em uma parceria, cada uma dessas prestações interessam a ambas as partes, e interessam-nas não de *per se*, mas, sim, pelo benefício comum que, somadas, podem gerar.**
> O contrato associativo consubstancia, portanto, conjunção de esforços, ultimando-se benefícios econômicos às partes, como o compartilhamento de receitas, além de tecnologia, em prol de objetivos comuns.

[22] ARAGÃO. Alexandre Santos de. *A exclusão de licitação nas estatais*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2024. p.82 e 83.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Assim, o caráter cooperativo ou associativo que deve estar presente em tais parcerias, constituindo verdadeira união de esforços para exploração de oportunidade de negócio, nos moldes descritos, configura importante ponto de distinção entre as parcerias por oportunidades de negócio previstas no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, e um mero contrato de prestação de serviços ou de fornecimento de bens.

Destarte, percebe-se que para que uma parceria vinculada a oportunidades de negócio possa abranger a contratação de bens ou serviços, tais bens e serviços devem estar necessariamente atrelados à persecução da oportunidade de negócio definida e específica pela estatal, em que reste evidenciada a efetiva união de esforços entre a estatal e o parceiro com vistas ao atingimento de um objetivo comum, o que deve incluir a geração de uma vantagem competitiva na prestação de serviços a terceiros, dentro da exploração de sua atividade econômica, conforme bem salientado pela 4ª Inspetoria de Controle Externo.

Dessa forma, o objeto da parceria não pode se limitar ao mero fornecimento de bens ou à prestação dos serviços à estatal, sob pena de burla à regra geral da licitação, vez que o *caput*[23] do art. 28 da Lei nº 13.303/2016 determina que os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, assim como à aquisição de bens, devem ser precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

Diante do exposto, é possível concluir quanto ao questionamento apresentado que as parcerias vinculadas a oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, inc. II e § 4º da Lei nº 13.303/2016, preenchidos os requisitos elencados no Acórdão nº 2488/18 - Plenário, do Tribunal de Contas da União[24] para

---

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

[24] I - avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;
II. configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do artigo 28, § 4º, da Lei das Estatais;
III. demonstração da vantagem comercial para a estatal;
IV. comprovação, pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;
V. demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

a realização de parceria, podem abranger a contratação de bens e de serviços desde que tais bens ou serviços estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica pela estatal para a exploração de atividade econômica, e que o objeto da parceria não se limite ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços à estatal, devendo existir uma efetiva união de esforços entre a estatal e o parceiro escolhido para o atingimento de um objetivo comum esperado, mais amplo, diverso da mera compra e venda de bens ou da prestação de serviços.

Por conseguinte, no tocante ao questionamento sobre os elementos que diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada, como bem apontou a 4ª ICE, o que diferencia tais contratações são justamente as exigências acima indicadas, decorrentes da interpretação do art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, haja vista que na ausência de tais requisitos deverão ser aplicadas as regras licitatórias, trazidas no mesmo diploma legal.

Assim, proponho a seguinte resposta à questão nº 1:

As parcerias por oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, inc. II e § 4º da Lei nº 13.303/2016, podem abranger a contratação de bens e de serviços desde que tais bens ou serviços estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica pela estatal para a exploração de atividade econômica, o que deve incluir a geração de uma vantagem competitiva na prestação de serviços a terceiros, e que o objeto da parceria não se limite ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços à estatal, devendo existir uma efetiva união de esforços entre a estatal e o parceiro escolhido para o atingimento de um objetivo comum esperado, mais amplo, diverso da mera compra e venda de bens ou da prestação de serviços.

Devem ser preenchidos, ainda, os requisitos elencados no Acórdão nº 2488/18 - Plenário, do Tribunal de Contas da União:

> I. avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> II. configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do artigo 28, § 4º, da Lei das Estatais;
> III. demonstração da vantagem comercial para a estatal;
> IV. comprovação, pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;
> V. demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

Caso não atendidas as exigências supracitadas, a hipótese será de mera contratação de bens ou serviços, devendo ser aplicadas as regras licitatórias trazidas na Lei nº 13.303/2016.

Questão 2.

É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, § 3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

Depreende-se que a entidade consulente indaga, em síntese, se pode uma estatal realizar contratação direta de sociedade de propósito específico criada pela mesma estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, fundamentando tal contratação direta também no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, quando a contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada.

Ao analisar a presente questão, a Procuradoria-Geral do Estado ponderou que a resposta depende de a contratação em questão integrar ou não a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

referida parceria que resultou na formação da SPE, bem como de constituir tal contratação um dos elementos da parceria formulada anteriormente e de estar relacionada a bem ou serviços desenvolvidos no conjunto desta parceria que resultou na criação da SPE.

Assim, concluiu a PGE que "para que seja possível a aquisição de bens ou serviços de uma SPE criada por empresa estatal através do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais esta aquisição deve integrar expressamente a parceria formada e ter relação direta com os esforços conjuntos desenvolvidos no âmbito desta SPE", entretanto, "a aquisição de bens ou serviços de forma isolada ou desconexa do processo de parceria que resultou na SPE não pode ser feito por meio do mecanismo da oportunidade de negócio do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais."

A 4ª Inspetoria de Controle Externo apresentou resposta no sentido de entender "inviável a contratação de bens e serviços para fruição pela própria empresa estatal, dos bens e serviços proporcionados por parceiro, com fundamento pura e simplesmente no art. 28, §3º, II", nos termos a seguir transcritos:

> Em virtude da complexidade da questão, passamos à sua análise segmentada para, ao final, proceder à resposta da questão.
>
> Inicialmente, entendemos que a formação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) é ferramenta idônea à gestão de riscos por parte de empresas estatais, mormente em empreendimentos complexos e que demandam atuação conjunta com parceiros. Assim, não enxergamos nenhuma objeção a que a parceria fulcrada no art. 28, §3º da Lei das Estatais seja instrumentalizada por meio de uma SPE.
>
> Por outro lado, consoante esposado na resposta à questão nº 1, opinamos pela inviabilidade de que a parceria de negócio tenha "a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal" como expõe o questionamento.
>
> Ora, o instituto trazido pelo dispositivo em comento visa proporcionar às empresas estatais que atuam em mercados concorrenciais uma ferramenta para dinamizar suas relações comerciais através da

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

formação de parcerias para a consecução de oportunidades definidas de negócio. Nesta linha intelectiva, colacionamos, novamente, excerto doutrinário sobre o tema:

"... as oportunidades de negócio se prestarão a viabilizar parcerias com agentes privados para a consecução de objetos ou de objetivos que, isoladamente, a empresa estatal não teria capacidade de obter ou desenvolver, ou, se empreendesse por conta própria, haveria consequências que violariam, de maneira desarrazoada, o princípio da busca pela vantagem competitiva." (LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS EMPRESAS ESTATAIS, Ronny Charles Lopes De Torres e Dawison Barcelos, fl. 110)

Assim, o objetivo do art. 28, §3º, II é elevar a capacidade concorrencial das estatais a fim de que possam competir em seus mercados com maior atratividade, o que vai de encontro à pretensão da questão de que a entidade se sirva para utilização interna dos bens e serviços disponibilizados pela sua parceira.

De sorte que, ao se permitir que a empresa estatal se beneficie para fruição própria (i.e. *interna corporis*) dos bens e serviços oferecidos por seu parceiro de negócio sem licitação ou sem outro fundamento legal para contratação direta (arts. 29 e 30) afronta a lógica da contratação direta de parceiro de negócio vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas.

Em outras palavras, entendemos como inviável a contratação de bens e serviços para fruição pela própria empresa estatal, dos bens e serviços proporcionados por parceiro, com fundamento pura e simplesmente no art. 28, §3º, II. Este mecanismo, como dito alhures, é direcionado à perseguição de oportunidades de negócio definidas e específicas no mercado em que a estatal atua, por conseguinte, inapto a que faça uso como subterfugio à regra do sistema para contratação de bens e serviços a serem usufruídos internamente, qual seja, a licitação.

Em suma, o propósito é trazer paridade concorrencial no mercado de atuação da Estatal, pela via do art. 28, § 3º, II. Caso se alargue a interpretação e se permita a contratação de bens e serviços do parceiro para uso interno, a estatal

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

estaria alijando de plano os demais concorrentes, isto é, criando espécie de oportunidade de negócio exclusiva em que inexiste concorrência. Desta forma, ao nosso ver, afrontar-se-ia a premissa do artigo citado que é trazer paridade concorrencial à estatal no mercado de atuação e não criar uma espécie de monopólio.

Sem embargo deste posicionamento, não vislumbramos empecilho a que se contrate com fundamento em outras hipóteses de contratação direta que não seja o art. 28, §3º, II os bens e serviços oferecidos pelo parceiro a serem utilizados internamente pela estatal.

Nesta linha, a proposta de resposta ao questionamento 2 é a seguinte:

A pretensão de contratação direta com base unicamente no art. 28, §3º, II de bens e serviços oferecidos pelo parceiro "com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal" rompe a lógica e o propósito da inovação legal trazida neste dispositivo.

Ademais, se as circunstâncias fáticas e jurídicas viabilizarem o enquadramento da contratação direta em outro dispositivo que não seja o art. 28, §3º, II, não vislumbramos, a priori, embaraço a que a empresa estatal contrate bens e serviços oferecidos por seu parceiro de negócio.

Neste caso, todavia, a contratação direta estará regida pelos dispositivos regentes da Le 13.313/16 que tratam sobre a dispensa e inexigibilidade, cabendo à Estatal demonstrar o respectivo amoldamento a uma das hipóteses legais.

Destarte, a nota distintiva entre esta hipótese e a analisada na questão 01 é que nesta última a aquisição de bens e serviços junto ao parceiro visa potencializar as condições competitivas de a estatal, em arranjo de parceria, concorrer no mercado em que compete com outros concorrentes, o que encontra amparo na legislação. Por outro lado, na questão 2, a estatal busca adquirir tais serviços com a finalidade de atender apenas a seu próprio interesse, desatrelada de pretensão comercial em mercado concorrencial, o que não encontra respaldo legislativo.

O Ministério Público de Contas igualmente manifestou-se pela impossibilidade da contratação aventada, nos moldes a seguir:

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Conforme bem ponderado no Parecer exarado pela Procuradoria-Geral do Estado (peça 23), na situação apresentada, não está a se tratar de atuação associativa, mas sim de mera contratação de bens ou serviços a ser realizada entre a empresa estatal e uma pessoa jurídica criada entre tal empresa e um parceiro de negócio (Sociedade de Propósito Específico), fundamentada no art. 28, §3º, II2 e §4º da Lei nº 13303/16.

Salta aos olhos o fato de: 1) no caso descrito, a criação de uma SPE com a finalidade única e específica de prestação de serviços inerentes e exclusivos para a própria estatal. Isso porque, se engendrada da forma posta, não haveria necessidade de formalização de novo vínculo associativo entre a SPE e a empresa que a instituiu, e, 2) principalmente, pelo fato de a situação aventada equipara-se à mera prestação de serviço por terceiro à entidade contratante, reforçando a impossibilidade de utilização do art. 28, §3º, II3 e §4º da Lei das Estatais para justificar tal contratação.

Importante destacar, ainda, que a "oportunidade de negócio" reforça a ideia da persecução de exploração de atividade de caráter econômico, inerente às empresas estatais. Nesse sentido, leciona LUIZ EDUARDO ALTEMBURG DE ASSIS[25]:

Com efeito, ao adotar a expressão "oportunidade de negócio", o legislador positivou conjuntura de forte conotação empresarial, sem paralelo no direito posto e notoriamente plurissignificativa, o que se confirma pela abrangência da definição positivada no §4º desse dispositivo. Por "oportunidade de negócio definida e específica", entende-se uma situação singular propícia à realização de um empreendimento bem delimitado dentro de um espectro mais abrangente que constitui o objeto social da empresa estatal. São situações peculiares, provocadas por necessidades relacionadas à atividade empresarial da empresa estatal, que poderão ensejar a formação ou extinção de parcerias empresariais e outras operações de aquisição e alienação de ativos estratégicos.

Da leitura conjugada dos §§ 3º, II, e 4º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, infere-se que a escolha do

[25] ALTEMBURG DE ASSIS, Luiz Eduardo. As parcerias em oportunidades de negócio na Lei nº 13.303/2016. Disponível em: https://www.mnadvocacia.com.br/as-parcerias-em-oportunidades-de-negocio-na-lei-no-13-303-2016/. Consultado em: 11 de junho de 2024.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

particular para a formação e extinção de parcerias, aquisição e alienação de participações societárias e outras formas associativas, além de operações no mercado de capitais, não se submete ao regime geral da contratação das empresas estatais. Isso significa que, na formação dessas parcerias, a escolha do particular deve ocorrer mediante procedimentos mais adaptados às práticas de mercado e sempre em função de características relacionadas às peculiaridades de determinada oportunidade de negócio. O mesmo se aplica a outras formas empresariais tipicamente associativas que não se enquadram perfeitamente ao conceito lógico jurídico de parceria empresarial. Ainda segundo o dispositivo legal, em todos os casos, a escolha direta de um parceiro privado supõe que se justifique a inviabilidade de um procedimento competitivo.

(...)

A hipótese de inaplicabilidade de licitação retratada nesse dispositivo legal assume a compreensão de que a atividade empresarial é dinâmica e pautada por uma racionalidade econômica que exige maior flexibilidade e sucessivas adaptações às práticas do mercado, principalmente quando exercida em ambiente concorrencial. Mesmo no âmbito das empresas, a publicidade quanto a estratégias comerciais, a vinculação à rigidez do procedimento previsto em lei, ao excesso de objetividade de um Edital que impede qualquer forma de negociação substancial e às exigências estritamente formais que imprimem morosidade às tratativas são circunstâncias que simplesmente podem inviabilizar a formação de parcerias empresariais, impossibilitando o aproveitamento dessas oportunidades de negócio.

Assim, assiste razão à 4ª ICE quanto à ponderação relativa à criação de empresa para a prestação de serviço específico e exclusivo para a estatal, uma vez que a oportunidade de negócio efetivamente visa colocar em situação de paridade concorrencial a estatal frente aos prestadores de serviço privados.

Desta feita, a contratação de SPE por empresa estatal para prestação exclusiva de serviços desvirtua o propósito do disposto no art. 28, §3º, II e §4º, da Lei nº 13303/16, que seria de “fomentar” a atuação da estatal em mercado concorrencial, em condições competitivas, sendo inviável, portanto, a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> contratação nestes termos, equiparando-se a situação aventada à mera prestação de serviço por terceiro à entidade contratante, reforçando, portanto, a impossibilidade de utilização da chamada "oportunidade de negócio" para justificar tal contratação.

Entendo que a resposta ao questionamento deve ser negativa, em consonância com as conclusões apresentadas acerca do questionamento nº 1 da consulta.

Com efeito, consoante explicitado na resposta à primeira questão, as parcerias por oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, inc. II e § 4º da Lei nº 13.303/2016, preenchidos os requisitos indicados, podem **abranger** a contratação de serviços ou de bens, contudo, **o objeto da parceria não pode se limitar ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços à estatal.**

Desse modo, em síntese, desde que preenchidos os requisitos elencados no Acórdão nº 2488/18 - Plenário, do Tribunal de Contas da União, se os serviços estiverem necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica pela estatal para a exploração de atividade econômica, e havendo efetiva união de esforços entre a estatal e o parceiro escolhido para o atingimento de um objetivo comum esperado, mais amplo, diverso da mera prestação de tais serviços à estatal, refletindo-se em vantagem competitiva, a parceria por oportunidades de negócio amparada no art. 28, § 3º, inc. II, pode abranger a prestação desses serviços.

Entretanto, como bem destacou a PGE na manifestação contida na peça 23, é necessário ressaltar que na hipótese questionada se extrai que "não se está mais a falar em atuação associativa, mas sim em relação de mera contratação de bens ou serviços feita pela empresa estatal com outra pessoa jurídica que foi resultado de parceria formada anteriormente com fundamento na oportunidade de negócio do art. 28, §3º, II e §4º da Lei das Estatais."

Destarte, a contratação por estatal de uma sociedade de propósito específico formada pela estatal com particular com fundamento no art. 28, § 3º, II e § 4º da Lei das Estatais, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

específicos e exclusivos para a própria estatal não se enquadra na hipótese de inaplicabilidade de licitação de parceria vinculada a oportunidades de negócio, visto que se verifica existir mera contratação de prestação de serviços pela sociedade de propósito específico à estatal, inexistindo intenção associativa ou cooperativa em tal contratação.

Em suma, constata-se que a contratação de prestação de serviços à estatal de forma isolada, ainda que os serviços sejam prestados por SPE que tenha sido constituída mediante parceria vinculada a oportunidades de negócio, não reflete a exploração de uma oportunidade de negócio e sim a mera satisfação de interesses próprios da estatal, afastando-se da hipótese trazida no art. 28, § 3º, inc. II e § 4º, da Lei nº 13.303/2016. Por conseguinte, em tal contratação devem ser observadas as demais regras licitatórias.

Verifica-se que é nesse sentido o entendimento externado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 3230/2020 - Plenário[26], em processo de Relatório de Levantamento – instaurado com o objetivo de conhecer o processo de trabalho de parcerias estratégicas do Banco do Brasil S.A. e suas subsidiárias, bem como a motivação, a governança e a sua respectiva aderência às normas e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União –, pois em tal decisão o TCU considerou que as novas empresas constituídas com as eventuais parcerias de estatais devem oferecer produtos e serviços diretamente aos usuários dos serviços e não à pessoa jurídica representativa da empresa estatal, sendo defesa a configuração de hipótese de mera prestação de serviços e contraprestação remuneratória:

> Contudo, destaco, por derradeiro, dentre os riscos gerais para formação de parceiras estratégicas por empresas estatais, o relativo a irregularidades na contratação direta (dispensa de licitação) da associação formada.
> É pacífico neste Tribunal que o Estado não pode se valer de técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais. No bojo da deliberação que culminou no Acórdão 1220/2016-TCU-Plenário, reforcei o entendimento pela impossibilidade de contratação

[26] Relator: Bruno Dantas. Processo nº 018.149/2020-0. Data da sessão: 02/12/2020.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> direta de empresa com participação estatal minoritária, controlada por acordo de acionistas.
> Defendi em variadas ocasiões, sobretudo no voto condutor da mencionada decisão, que o exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada importa na sua caracterização como uma sociedade de economia mista de fato.
> Dessa forma, é preocupação legítima da unidade instrutora a real necessidade de distinguir em que medida a formação de parceria estratégica e a relação da nova empresa formada com a estatal diferem das situações do precedente acima mencionado. **Como bem pontuado, a distinção precípua restringe-se ao fato de que as novas empresas constituídas com as eventuais parcerias de estatais na área financeira devem oferecer produtos e serviços diretamente aos usuários dos serviços do banco e não à pessoa jurídica representativa da empresa estatal.**
> **Em outras palavras, entende-se que, na esfera do vínculo entre a estatal e nova empresa legitimamente constituída em parceria com setor privado, as relações contratuais devem estar exclusivamente relacionadas à atuação conjunta de ambas no negócio da estatal, sendo defesa a configuração de hipótese de mera prestação de serviços e contraprestação remuneratória.** (sem grifos no original)

Cabe esclarecer, por fim, que, diversamente do apontado no parecer jurídico da entidade consulente (peça 4) como fundamento para a resposta pela possibilidade da contratação questionada, no Acórdão nº 585/2019 - Plenário[27], do Tribunal de Contas da União, não houve reconhecimento por parte do TCU de que não havia irregularidade em contratação, por estatal, dos serviços prestados pela sociedade de propósito específico que seria criada em parceria entre a estatal e empresa privada, a despeito da existência de uma instrução técnica inicial nesse sentido.

O que se constata da leitura do Acórdão nº 585/2019 - Plenário é que não houve julgamento do mérito da Representação submetida ao exame do TCU, referente a possíveis irregularidades na criação de empresa privada de logística para transporte aéreo de cargas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em parceria com a Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A., com

[27] Relator: Ana Arraes. Processo nº 000.452/2018-1. Data da sessão: 20/03/2019.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

fundamento no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, e à sua contratação direta pela ECT para o transporte aéreo de cargas postais da estatal. Por meio do aludido Acórdão houve a conversão do julgamento em diligência e, posteriormente, com o anúncio do cancelamento da realização da parceria pela ECT, reconheceu o TCU a perda do objeto da Representação e determinou o encerramento do processo, o que se por intermédio do Acórdão 2446/2019 - Plenário[28].

Logo, conquanto tenha havido inicial manifestação de unidade técnica do TCU no sentido da inexistência de irregularidade em caso concreto de contratação semelhante à questionada na indagação em exame, verifica-se que, contrariamente ao afirmado, não houve a apreciação do caso por parte do Tribunal de Contas da União.

Assim, proponho a seguinte resposta para a questão nº 2:

Não é possível a contratação direta por empresa estatal, com amparo no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, de sociedade de propósito específico criada por essa estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, visto que a contratação da prestação de serviços à estatal de forma isolada não reflete a exploração de uma oportunidade de negócio e sim a mera satisfação de interesses próprios da estatal, afastando-se, assim, da hipótese trazida no art. 28, § 3º, inc. II e § 4º, da Lei nº 13.303/2016.

Questão nº 3.

Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

[28] Relator: Ana Arraes. Processo nº 000.452/2018-1. Data da sessão: 09/10/2019.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Em suma, da leitura do quesito acima o que se extrai é que a entidade consulente questiona se é possível que pessoa jurídica de direito público interno realize contratação direta de consórcio empresarial integrado por empresa estatal criada para prestar serviços específicos à Administração Pública e particular, consórcio esse formado com amparo no artigo 28, § 3º, inc. II e § 4º da Lei nº 13.303/2016.

Cabe citar, de início, que, embora a PGE tenha apontado aspectos relevantes acerca do tema na manifestação apresentada nos autos, não se posicionou conclusivamente no sentido de ser ou não possível a contratação aventada no questionamento.

Por sua vez, a 4ª ICE concluiu que a resposta ao quesito deve ser negativa, manifestação que foi corroborada pelo MPC:

> Inicialmente é importante pontuar que entendemos juridicamente viável que o consórcio formado com base no art. 28, §3º, II entre empresa estatal e parceiro privado preste serviços à Administração Pública direta, especialmente se seguir a uma licitação, regra do sistema brasileiro de contratações públicas. Ora, é possível cogitar que oportunidade de negócio definida e específica almejada pela parceria tenha como contratantes a Administração Pública Direta.
>
> Vencida essa observação, passamos à análise da viabilidade de o ente público contratar este modelo de arranjo empresarial pela via da contratação direta.
>
> Antes de esquadrinhar a resposta propriamente dita, é oportuno tecer alguns comentários sobre as premissas que adotamos para nossa resposta.
>
> Quando a pergunta se refere à "contratação direta", estamos supondo referir-se à dispensa de licitação do art. 75 da Lei 14.133/21. Isto porque, a próxima questão suscitada pela consulente trata da outra espécie de contração direta, qual seja a inexigibilidade[29] de licitação. Portanto, por exclusão, infere-se que este questionamento se restrinja à contratação direta por dispensa de licitação.

[29] Lei 14.133/21, Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Nesta linha, sem a pretensão de esgotar todas as hipóteses arroladas no extenso artigo 75 da NLLC, focaremos no inciso IX[30], vez que o correspondente na Lei 8.666/93 (art. 24, VIII[31]) era o fundamento tradicional para situações nas quais as pessoas jurídicas de direito público interno intentavam contratar por dispensa de licitação entidades privadas da Administração Pública Indireta – circunstância arrolada neste questionamento.

Aproveitando da correspondência entre os dispositivos citados, vale destacar que, ainda sob os auspícios da lei revogada, Marçal Justen Filho[32] sustentava que a aplicação da norma tinha como requisitos subjetivos: (i) tratar-se a contratante de ente da Administração Pública Direta, logo pessoa jurídica de direito público da administração direta e (ii) a empresa estatal, seja empresa pública ou sociedade de economia mista, fosse prestadora de serviço público, o que afastava as exploradoras de atividade econômica. Marçal Justen vai ainda mais longe, asseverando que a aplicação da norma às estatais exploradoras de atividade econômica estaria eivada de inconstitucionalidade, vez que a elas se aplica o regime jurídico das empresas privadas (CF, art. 173, §1º, II).

Na mesma linha intelectiva, por ocasião da edição da Orientação Normativa 13/2009, a Advocacia-Geral da União fixou o entendimento de que:

"Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a Administração Pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993".

Entendemos que este raciocínio continua integralmente válido na medida em que, ao se cotejar os dispositivos entre os diplomas legais, percebe-se que as singelas alterações são mais redacionais do que estruturais. A rigor, a única

[30] Lei 14.133/21, Art. 75. É dispensável a licitação:
IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
[31] Lei 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação:
VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
[32] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*,17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

mudança estrutural se refere à supressão do requisito de que a contratada tenha sido criada "em data anterior à vigência desta Lei".

Deste modo é seguro sustentar que, para o amoldamento do inciso XIX do art. 75 da NLLC, enquanto a contratante deva pertencer à Administração Pública Direta, a contratada deve ser empresa estatal prestadora de serviço público criada para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante. Com isso, afasta-se a possibilidade de contratação direta das estatais exploradoras de atividade econômica, ao menos com fulcro neste dispositivo.

Sobre a natureza jurídica da CELEPAR (sociedade de economia mista, consoante art. 1º de seu estatuto social[33]), se prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica, temos que assumir tratar-se da segunda opção. A conclusão parte, num primeiro momento, das lições doutrinárias de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem:

"A distinção entre uma coisa e outra é óbvia. Se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movido por 'imperativos da segurança nacional' ou acicatado por 'relevante interesse coletivo', como tais 'definidos em lei' (tudo consoante dispõe o art. 173 da Lei Magna), casos em que operará, basicamente, na conformidade do regime de Direito Privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos."

Como não há previsão constitucional de que serviços de "Tecnologia da Informação e Comunicação -TIC" sejam prestados pelos entes públicos, é seguro concluir que a CELEPAR tem natureza jurídica de exploradora de atividade econômica.

Em notas conclusivas sobre este ponto, temos que, pela natureza jurídica de sociedade de economia mista de exploradora de atividade econômica da CELEPAR[34], já se mostra inviável a hipótese de

[33] https://www.celepar.pr.gov.br/sites/celepar/arquivos_restritos/files/documento/2023-01/estatuto_social_celepar_2022.pdf
[34] Estatuto Social, Art. 4º - A sociedade terá por objeto social:
I - prover soluções de inteligência de gestão com uso de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

dispensa de licitação fulcrada no inciso IX do art. 75 da Lei 14.133/21.

Outro ponto fulcral do questionamento diz respeito à circunstância de que os bens e serviços seriam prestados à Administração Direta pelo consórcio criado na forma do art. 278[35] da Lei federal nº 6.404/1976 entre a empresa estatal e a parceira de negócio selecionada. Ademais, ressalta a questão que as atividades prestadas estariam abrigadas no objeto social da empresa estatal consorciada.

Novamente partindo da premissa de que o amoldamento ocorreria no inciso IX do art. 75 da NLLC, ante a constatação de ser o mais condizente com as pretensões do questionamento, o ponto-chave para a resposta é definir se o consórcio formado entre uma empresa estatal e um particular integra o conceito de "prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico", conforme dicção legal.

De antemão, é interessante pontuar que consórcio tem natureza jurídica de contrato, constatação extraída da própria redação do art. 287 da Leis das S/As. Logo, sua constituição não enseja a criação de nova entidade da Administração Indireta, o que, entrementes, exigiria lei específica para criação ou autorização de entidade.

Aliando este ponto à exigência do inciso IX do art. 75 da NLCC de que o órgão ou entidade a ser contratada integre a Administração Pública, entendemos antijurídico que um consórcio se amolde ao preconizado na norma.

O parecer da PGE-PR (fl. 25, peça 23) parece caminhar no mesmo sentido no que concerne à inviabilidade de contratação por dispensa de licitação do consórcio formado entre a Celepar e parceiro de negócios privado ao pontuar que:

Ora, um consórcio nos ternos do art. 278 da Lei das SA não possui personalidade jurídica e não é uma pessoa jurídica de direito público, apenas a empresa estatal que o integra seria, o que pode

II - prestar serviços utilizando-se da Tecnologia da Informação e Comunicação -TIC;
III - realizar serviços de impressão de segurança e em papel-moeda

[35] Lei 6.404/76, Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.
§ 1º **O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato**, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.
§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

afastar a possibilidade da dispensa de licitação nos termos do questionamento proposto.

Ora, a regra do sistema, inclusive em termos constitucionais, é a licitação, de modo que as exceções devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de se fragilizar os princípios da Impessoalidade, Moralidade e Vantajosidade nas Contratações Públicas.

Nesta linha, ao se permitir que um consórcio formado entre empresa pública e particular seja entendido como uma espécie de extensão do conceito de Administração Pública, para fins de dispensa de licitação, **correr-se-ia o risco de burlar a licitação, por se criar uma situação de vantagem competitiva desarrazoada ao particular integrante do consórcio frente aos seus potenciais concorrentes, em um procedimento licitatório.**

Corrobora tal tese o parecer da Procuradoria do Estado do Paraná juntado ao autos (peça 23) que expõe na fl. 27:

Aqui, é possível afirmar que caso a interpretação da nova Lei de Licitações siga o posicionamento anterior, uma vez que a redação de ambas é muito similar, é possível que haja um obstáculo intransponível à contratação direta do consórcio, nos termos da questão formulada. Todavia, caso se entenda que a legislação atual ou, mesmo nesse no caso específico, esse pressuposto possa ser superado, passa a ser possível a contratação em tese, com as ressalvas aqui apontadas.

Por fim, é possível apontar o risco da parceria ter sido formada para a entrega de bem ou serviço para a Administração em situação em que seria obrigatório para ela a realização de procedimento licitatório. Para afastar este risco se deve analisar os procedimentos internos da empresa estatal quanto aos objetivos e riscos da formação da parceria, de forma a que se afaste a hipótese de fuga do dever de licitar pela Administração Pública por meio de interposta pessoa, no caso da empresa estatal.

Nesta linha, a proposta de resposta ao questionamento 3 é a seguinte:

Não, pelos motivos expostos a seguir.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> A uma, o dispositivo legal mais compatível com a pretensão formulada na questão – art. 75, inciso IX da Lei 14.133/21 – exige que os "bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico". **Doutrinariamente, entende-se que apenas as empresas estatais prestadoras de serviços público cumpririam este requisito**, de modo que, pelo fato de a CELEPAR constituir espécie de empresa estatal exploradora de atividade econômica, estará afastada a possibilidade aventada, ao menos com fulcro no dispositivo mencionado.
>
> A duas, porque o mesmo dispositivo legal impõe que a contratada integre a Administração Pública, de sorte que o consórcio formado entre empresa estatal e particular não pode ser compreendido como órgão ou entidade da Administração Pública. **O risco de se permitir uma interpretação ampliativa neste caso é de criar vantagens desarrazoada ao particular consorciado frente a seus potenciais concorrentes em procedimento licitatório para contratação do mesmo objeto.**

Assim, nota-se que, para a 4ª ICE, a resposta deve ser negativa em virtude de que, em primeiro lugar, para a dispensa de licitação por parte da administração pública direta, autárquica ou fundacional, com fundamento no art. 75, inc. IX, da Lei 14.133/2021 – hipótese acerca da qual supostamente o questionamento efetuado diz respeito, o que se adotou como premissa para a resposta –, a lei exige "bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico", de modo que apenas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos cumpririam este requisito. Por considerar que a CELEPAR constitui espécie de empresa estatal exploradora de atividade econômica, entendeu a Inspetoria como afastada a possibilidade aventada, ao menos com fulcro no dispositivo mencionado.

Em segundo lugar, expôs a 4ª ICE que a resposta negativa decorre também do fato de que o art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, impõe como requisito para a dispensa de licitação que a contratada integre a Administração Pública, todavia, o consórcio formado entre empresa estatal e particular não pode ser compreendido como órgão ou entidade da Administração Pública.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Entendo, em conformidade com o opinativo da unidade técnica, que a resposta ao quesito deve ser negativa.

Com efeito, o art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, que 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, dispõe que a licitação é dispensável "para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados **por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico**, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado."

Ocorre que o consórcio aludido no questionamento, ainda que se releve o fato de que sequer possui personalidade jurídica, nos termos do § 1º do art. 278 da Lei nº 6.404/1976[36], evidentemente não se confunde com o órgão ou entidade que integra a Administração Pública e que foi criada para esse fim específico.

Portanto, inobstante o fato de que uma empresa estatal integrante da Administração Pública, que tenha sido criada para o fim específico de produzir bens ou prestar serviços à pessoa jurídica de direito público interno, componha consócio juntamente com particular – seja o consórcio fundamentado ou não no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016 – inexiste amparo legal para a contratação direta por parte da pessoa jurídica de direito público interno, mediante dispensa de licitação baseada no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, do consórcio formado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública aludido e por particular.

Incumbe frisar que como se trata de uma hipótese de exceção ao dever de licitar, a interpretação deve ser restritiva. Nesse sentido, cabe citar o Acórdão nº 1283/20, do Tribunal Pleno[37] desta Corte de Contas:

---

[36] Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.
§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

[37] Processo nº 153864/19. Consulta. Relator Conselheiro José Durval Mattos do Amaral.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> De início, vale mencionar que a matéria deve ser examinada à luz dos princípios que norteiam a Administração Pública, dentre os quais cito especialmente o da **legalidade**.
>
> (...)
>
> Partindo-se de tais pressupostos é que deve ser interpretado o regramento legislativo afeto ao tema, ou seja, as hipóteses de dispensa em razão do valor, as quais estão previstas no artigo 24 da Lei n.° 8.666/93, em seus incisos I e II.
>
> (...)
>
> Veja-se que não se está diante de omissão legislativa hábil a justificar qualquer ingerência ou desvirtuamento do comando legal aplicável à espécie, vez que este é claro ao estabelecer sobre qual montante deve ser aplicado o percentual de 20% para fins de dispensa em razão do valor.
>
> (...) A modificação de um comando estabelecido em lei (que, por óbvio, não esteja eivado de vícios que maculem o seu conteúdo e que possam despi-lo de legalidade) é atribuição afeta à função legislativa, cabendo àquele que está no exercício da função administrativa apenas a sua execução.
>
> **Some-se a isso o acertado raciocínio empregado pela Coordenadoria de Gestão Municipal no sentido de que as hipóteses de inexigibilidade e dispensa devem ser interpretadas de maneira restritiva, uma vez que configuram *exceção* à regra geral do dever de licitar.** (sem grifos no original)

Além disso, é importante repisar que, consoante ponderou a 4ª ICE, "o risco de se permitir uma interpretação ampliativa neste caso é de criar vantagem desarrazoada ao particular consorciado frente a seus potenciais concorrentes em procedimento licitatório para contratação do mesmo objeto."

Por outro lado, observa-se que a 4ª ICE apresentou mais uma razão para a resposta negativa ao quesito, qual seja, o fato de que apenas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos cumpririam o requisito relativo ao objeto da dispensa de licitação versada no inc. IX do art. 75 da Lei 14.133/2021, ou seja, "bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico", nos termos da jurisprudência sobre tal hipótese de contratação por dispensa de licitação,

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

de modo que “pelo fato de a CELEPAR constituir espécie de empresa estatal exploradora de atividade econômica, estará afastada a possibilidade aventada”.

No entanto, considerando que, como a indagação efetivamente foi realizada em tese, questionando a entidade consulente sobre a possibilidade de contratação direta de consócio formado por empresa estatal e particular, sem a especificação da natureza da estatal, considero que o supracitado argumento não deve integrar a resposta.

Dito de outra forma, entendo que a resposta negativa à consulta se encontra devidamente fundamentada pela impossibilidade de o consórcio ser considerado como integrante da Administração Pública, independentemente da natureza da atividade exercida pela entidade que o integra e da condição específica da consulente.

Assim, proponho a seguinte resposta ao quesito nº 3:

Não é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, com fundamento no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, de consórcio empresarial constituído por empresa estatal criada para prestar serviços específicos à Administração Pública e por particular, com lastro em parceria por oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada. Para a contratação direta mediante dispensa de licitação com amparo no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, é necessário que os bens sejam produzidos ou que os serviços sejam prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, de modo que um consórcio formado por empresa estatal, ainda que prestadora de serviços públicos criada para esse fim específico, e por particular não se amolda à hipótese legal descrita, devendo o dispositivo ser interpretado restritivamente, por se tratar de hipótese de exceção ao dever de licitar.

Questão nº 4.

É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

A 4ª ICE considerou que, em tese, é possível que ente da Administração Pública direta proceda à contratação por inexigibilidade de licitação de consórcio lastreado no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei das Estatais, formado entre empresa estatal e parceiro de negócio, desde que sejam respeitados alguns requisitos:

> Seguindo a sistemática apresentada nas questões anteriores, procederemos à análise dividindo a questão em seus principais pontos técnicos.
>
> De antemão, remetemos às considerações tecidas na questão anterior sobre o consórcio, vez que também aplicáveis a este questionamento.
>
> Alerta-se para um ponto de suma importância suscitado no parecer da Procuradoria Geral do Estado do Estado (fl. 31, peça 23) no sentido de se subverter a regra do sistema de contratações públicas consistente no dever de licitar:
>
> *Todavia, aqui se deve observar que atividades puramente acessórias, nas quais o parceiro privado apenas oferta bens e/ou serviços acessórios, sem uma atuação associativa que extrapole o bem ou serviço em questão, pode não se caracterizar como uma efetiva parceria. Assim, se essa atividade é acessória apenas para determinada demanda da Administração Pública, que tem vantajosidade na contratação conjunta, pode-se apontar um risco de fuga do processo licitatório.*
>
> Todavia, diferindo da questão anterior, que versava sobre a contratação por dispensa de licitação, a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

temática agora ventila a contratação direta, pela modalidade de inexigibilidade de licitação, de um consórcio formado entre empresa estatal e particular, formado com base no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/16.

Ao contrário da dispensa de licitação, a sistemática da inexigibilidade se fundamenta muito mais em situações fáticas do que propriamente opções legislativas, como ocorre no primeiro caso. Ou seja, a subsunção a uma das hipóteses de inexigibilidade se baseia em aspectos fáticos, ao contrário da dispensa que fundamenta sua subsunção em características e opções legais.

Assim, por se amoldar a situações fáticas previamente selecionadas pelo legislador como aptas a motivar a contratação direta por inexigibilidade, entendemos que, desde que atendido um dos incisos do art. 74 da NLLC e demais exigências gerais para contratação - especialmente as vertidas no art. 72 - é juridicamente viável a contratação de consórcio formado entre empresa estatal e parceiro de negócio por ente dotado de personalidade jurídica de Direito Público.

Quanto à interpretação das atividades acessórias para amoldamento à hipótese de contratação via inexigibilidade, alinhamo-nos ao posicionamento versado na fl. 25 do parecer da Procuradoria Geral do Estado do Estado, *in verbis:*

"Aqui, pelo que se depreende do questionamento, estas atividades acessórias não seriam singulares em si, mas sim a oferta conjunta com a atividade principal que é exercida pela estatal tornaria o conjunto de atividades singular. Portanto, trata-se de questão acerca da possibilidade ou não da Administração Pública fracionar o objeto de licitação e contratar esta atividade separadamente, nos termos da lei de licitação. Afinal, algumas atividades principais e acessórias podem ser contratadas pela Administração Pública de forma separada, já em outros casos a necessidade de coordenação e atuação conjunta tornariam necessária a contratação conjunta. Essa análise a ser feita pela Administração Pública quando do processo de planejamento da contratação por meio de ETP e deve ser feita sob a ótica da Administração, devidamente justificada neste aspecto quanto à legalidade e vantajosidade."

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

É evidente que, além das disposições da Lei 14.133/21, o consórcio em si deve ter sido formado atendendo a todas as regras do art. 28, §3º, II, mormente: Impessoalidade, Moralidade, Transparência no procedimento de seleção e que a escolha do parceiro se justifique na consecução de oportunidade de negócio específica e a inviabilidade de competição na seleção.

Nesta linha, a proposta de resposta ao questionamento 4 é a seguinte:

Apesar da análise demandar **considerações casuísticas** ensejadoras do enquadramento em uma das hipóteses fáticas de inexigibilidade, entendemos que, **em tese, é possível que ente da Administração Direta proceda à contratação por inexigibilidade de licitação de consórcio lastreado no art. 28, §3º, II da Lei das Estatais firmado entre empresa estatal e parceiro de negócio**, desde que sejam respeitados alguns requisitos.

Em primeiro lugar, que **o suporte fático para enquadramento em contratação direta por inexigibilidade** esteja presente, consoante incisos do art. 74 da Lei 14.133/21.

Em segundo, **que haja absoluta pertinência temática entre os objetos do consórcio e da inexigibilidade**, sob pena de se burlar o instituto da licitação. Em outras palavras, que o objeto da inexigibilidade se coadune com a oportunidade de negócio definida e específica que ensejou a formação do consórcio entre a estatal e parceiro de negócio privado com base no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016.

Em terceiro, que a contratação de atividade acessória do parceiro em conjunto com a atividade principal da Estatal **torne o todo singular**, o que demandaria exaustiva motivação por parte da Administração contratante em demonstrar tal singularidade, a vantajosidade da exclusão do parcelamento dos itens da contratação, a compatibilidade dos termos da parceria com a contratação e a conformidade do objeto social da Estatal. Inteligência da parte final do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016.

Ademais, que o consórcio previamente formado e que se destine à contratação por inexigibilidade pela Administração Pública Direta atenda às normativa das Lei das Estatais, em especial: que sejam atendidos a Impessoalidade, Moralidade, Transparência no procedimento de seleção e que a

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

escolha do parceiro se justifique na consecução de oportunidade de negócio específica e a inviabilidade de competição na seleção.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, assim consignou acerca da questão:

Quanto ao último quesito a ser respondido, infere-se que o conjunto de esforços envolvidos pela entidade estatal, somada aos serviços prestados pela entidade privada, tornariam a prestação do serviço de natureza singular, o que justificaria, em tese, a contratação do consórcio formado pela entidade estatal e por particular, por meio de inexigibilidade.

Importante destacar que o art. 74, da Lei nº 14133/21 excluiu a singularidade do objeto como condição para a inexigibilidade de licitação que visa à contratação de serviço técnico especializado, conforme se depreende de sua leitura:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais,

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

(...)

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

(...)

Para Marçal Justen Filho, em que pese tal expressão tenha sido retirada da legislação, tal característica não deve deixar de ser observada, conforme discorre sobre o tema:

Um dos temas mais controvertidos sob a vigência da Lei 8.666/1993 era a exigência da existência de um objeto singular como requisito para a configuração da inviabilidade de competição relativamente aos serviços técnicos especializados. Algumas considerações anteriormente realizadas podem ser utilmente aproveitadas na interpretação da Lei nº 14.133/2021

(...)

A questão se relacionava com a inviabilidade de competição. Muitos serviços de natureza técnica especializada comportam seleção por via competitiva. Para identificar as hipóteses em que seria inviável a competição, a Lei nº 8.666/1993 aludiu a um "objeto singular". Inexistiu definição da expressão, o que gerou intermináveis controvérsias. Muitos afirmavam que era necessário avaliar os

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

atributos objetivos dos serviços para identificar dificuldades ou peculiaridades que os tornariam incomparáveis.

(...)

O autor adotou entendimento específico, afirmando que a inviabilidade de competição é consequência derivada de características existentes na realidade extranormativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente. Mas é fundamental tomar em vista que existe uma inter-relação entre essa realidade extranormativa e o interesse estatal a ser atendido.

A inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que a necessidade estatal apresentar especificidades, que demandam uma solução diferenciada. Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e será obrigatória a licitação. Portanto, ***a singularidade se configura tanto em relação ao serviço a ser prestado como relativamente à necessidade administrativa a ser atendida. (grifou-se)***

Assim, deverá haver a configuração simultânea entre a necessidade administrativa específica a ser atendida e a possibilidade de prestação de um serviço que às atenda de forma efetiva, observando-se, ainda, de forma obrigatória, o cumprimento dos requisitos legais que autorizem a contratação nos termos do art. 74, já mencionado.

Em relação à prestação de atividades puramente acessórias a serem realizadas pelo parceiro privado, mencionadas no questionamento, importante destacar o posicionamento da PGE sobre o assunto:

Todavia, aqui se deve observar que atividades puramente acessórias, nas quais o parceiro privado apenas oferta bens e/ou serviços acessórios, sem uma atuação associativa que extrapole o bem ou serviço em questão, pode não se caracterizar como uma efetiva parceria. Assim, se essa atividade é acessória apenas para determinada demanda da Administração Pública, que tem vantajosidade na contratação conjunta, pode-se apontar um risco de fuga do processo licitatório.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> Nesses termos, imperioso que haja: a) a demonstração cabal pelo pretenso contratado de que o serviço prestado por meio do consórcio não é divisível (entre atividade principal e atividade acessória), havendo efetivo prejuízo na sua prestação ou funcionamento, em caso de fracionamento de objeto; e b) que a entidade contratante justifique exaustivamente a necessidade da contratação de objeto com as especificidades que tornem inviável a competição entre potenciais fornecedores.

Conforme mencionado tanto pela 4ª ICE como pelo MPC, a PGE trouxe em sua manifestação importantes ponderações com relação ao tema, especialmente quanto ao fato de que, no questionamento formulado, os serviços prestados em conjunto entre a estatal e o particular – por meio de consórcio amparado no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016 – é que teriam natureza singular, de modo que atividades acessórias, prestadas pelo particular que integra o consórcio, não seriam singulares em si.

Logo, tratou a PGE da possibilidade ou não de que a Administração Pública direta contratante fracione o objeto da licitação, nos termos da Lei nº 13.133/2021, pontuando os aspectos que devem ser considerados para que a contratação conjunta, sem parcelamento, possa ocorrer validamente.

Como bem exposto pela PGE, verifica-se que o parcelamento das contratações é a regra, nos termos do art. 40 da Lei nº 14.133/2021[38], que versa sobre as compras, bem como de acordo com o art. 47 do mesmo diploma legal[39],

---

[38] Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: (...)
V - atendimento aos princípios: (...)
b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; (...)
§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:
I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;
II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e
III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.
§ 3º O parcelamento não será adotado quando:
I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;
II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;
III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

[39] Art. 47. As licitações de serviços atenderão aos princípios:
(...)
II - do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.
§ 1º Na aplicação do princípio do parcelamento deverão ser considerados:
I - a responsabilidade técnica;
II - o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

que trata especificamente dos serviços, assim como em conformidade com a jurisprudência do TCU existente sobre o tema.

Contudo, nota-se que a regra do parcelamento pode ser excepcionada nas hipóteses estipuladas no § 3º do art. 41 da Lei nº 14.133/2021 quanto às compras e, no que tange aos serviços, objeto do quesito em exame, caso demonstrado que o parcelamento não é tecnicamente viável e economicamente vantajoso, haja vista o que prescreve o princípio do parcelamento trazido no inc. II do art. 47 da Lei nº 14.133/2021[40].

Em consequência, caso esteja devidamente configurada uma hipótese de prestação de serviços conjunta que constitua exceção ao princípio do parcelamento da contratação; se tais serviços forem prestados por estatal conjuntamente com particular em virtude de parceria vinculada a oportunidades de negócio que atenda aos requisitos decorrentes do art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016; e se os serviços referidos, prestados em conjunto, amoldarem-se a uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 74 da Lei nº 14.133/2021[41], havendo pertinência entre os objetos do consórcio e da

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

[40] Art. 47. As licitações de serviços atenderão aos princípios:
(...)
II - do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.

[41] Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;
V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.
§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.
§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.
§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações,

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

inexigibilidade, em tese, é possível a contratação por pessoa jurídica de direito público interno, mediante inexigibilidade de licitação, do referido consórcio empresarial constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada.

Contudo, é pertinente reproduzir o alerta contido na manifestação da Procuradoria-Geral do Estado quanto aos riscos verificados com relação ao questionamento em análise, de não caracterização de uma efetiva parceria por oportunidades de negócio e de possibilidade de fuga ao procedimento licitatório, que, assim, devem ser cuidadosamente examinados (peça 23, p. 31 e 32):

> Todavia, aqui se deve observar que atividades puramente acessórias, nas quais o parceiro privado apenas oferta bens e/ou serviços acessórios, sem uma atuação associativa que extrapole o bem ou serviço em questão, pode não se caracterizar como uma efetiva parceria.
>
> Assim, se essa atividade é acessória apenas para determinada demanda da Administração Pública, que tem vantajosidade na contratação conjunta, pode-se apontar um risco de fuga do processo licitatório. Ainda, atividades diversas do objeto social da empresa estatal, como já se observou anteriormente, não caracterizam objeto de negócio, nos termos do posicionamento do STF e do TCU anteriormente apontados. Por outro lado, tratando-se de sistema único e integrado desenvolvido conjuntamente que fuja do parcelamento da contratação, pode-se apontar a possibilidade de contratação, mesmo que pela falta de posicionamento jurisprudencial existam riscos de questionamento.

organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.
§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:
I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;
II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;
III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Além disso, conquanto seja possível concluir no sentido acima exposto, entendo que cumpre ainda abordar parte da indagação que contextualiza que a aventada contratação por inexigibilidade de licitação, nos moldes já descritos, refere-se a consórcio formado entre empresa estatal *criada para prestar serviços à administração pública*, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, *quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos* aos Entes da Administração Pública Estadual.

Assim, vale dizer que o que se depreende é que o quesito apresentado envolve a formação de um consórcio, com amparo no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, *entre empresa estatal prestadora de serviços públicos* e particular.

Nesse contexto, frisa-se que a Procuradoria-Geral do Estado, na Informação de peça 23 (p. 19), consignou como premissa para a resposta aos questionamentos apresentados na presente consulta que a caracterização da oportunidade de negócios depende, ao menos, dos seguintes fatores: 1) exercício de atividade em econômica em sentido estrito; 2) relação direta com a exploração do objeto social da empresa estatal e no âmbito de atividade concorrencial; 3) associação efetiva com terceiro para dividir obrigações, riscos e lucros de determinada atividade econômica; 4) respeito aos procedimentos internos de governança, que devem ser expressos quanto à análise de uma atuação associativa com terceiro, com procedimento diverso da mera aquisição de bens ou serviços.

Do exposto, extrai-se que, na visão da PGE, os dois primeiros fatores para a caracterização da oportunidade de negócio, o exercício de atividade econômica *em sentido estrito* e a relação direta com a exploração do objeto social da empresa estatal e *no âmbito de atividade concorrencial*, tem por base a fundamentação contida no já citado Acórdão nº 2488/2018 - Plenário, do Tribunal de Contas da União, em que foram fixados os requisitos para a contratação direta amparada no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016.

Na fundamentação aludida, o TCU ponderou que a não incidência da licitação em questão estaria restrita a avenças obrigatoriamente relacionadas com o desempenho pelas estatais de atribuições inerentes aos respectivos objetos

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

sociais e referentes à exploração de atividade econômica relativa à sua atividade fim, em meio concorrencial, visto que, para que as estatais possam se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas (nos termos do art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal), valendo-se, então, de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as empresas privadas do setor econômico em que atuam, devem exercer atividade econômica em sentido estrito:

> (...)
>
> I - Análise dos fundamentos constitucionais e legais para a celebração de parcerias por empresas estatais
>
> 104. A celebração de parcerias por empresas estatais possui fundamentos constitucionais e legais, os quais podem ser invocados desde que sejam cumpridos alguns requisitos.
>
> 105. Em primeiro lugar, destaco que a avença deve obrigatoriamente estar relacionada com o desempenho por essas empresas de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais. Nessa hipótese, esses entes estarão sujeitos ao regime de direito privado, como se depreende da leitura do art. 173 da Carta Magna, **verbis**:
>
> *"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*
>
> *§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*
>
> *I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;*
>
> *II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*
>
> *III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;*

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

106. A Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, foi promulgada em atendimento ao disposto no acima citado art. 173 da Constituição Federal. O art. 28 dessa norma legal estabelece que:

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

§ 1o Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 2o O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3o do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

§ 3o São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

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

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4o Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3o a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente."

107. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que, embora a realização de licitação seja a regra, estão previstas exceções aplicáveis aos casos em que a sociedade de economia mista esteja atuando de maneira a explorar atividade econômica relativa à sua atividade fim. Afinal, ao realizar procedimento negocial afeto à sua finalidade, a estatal poderá se valer de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as empresas privadas do setor econômico em que ela atua. Em síntese, quando realizar uma negociação comercial, diretamente relacionada com as atividades que compõem seu objeto social, a empresa buscará uma solução de contratação que seja mais próxima à de uma empresa privada.

108. No caso vertente, deduz-se ser fundamental averiguar se, ao negociar parte da sua capacidade satelital com uma empresa privada, a Telebras está atuando no âmbito de sua atividade fim, em meio concorrencial privado e explorando a atividade econômica que lhe cabe.

(...)

110. Aduzo que, ao analisar questão similar àquela que se encontra sob exame, afirmei no voto que fundamentou o Acórdão 2033/2017-TCU-Plenário que:

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

> *"A Telebras ao negociar serviços próprios de telecomunicações que visem prover infraestrutura e redes de suporte para o mercado, conforme preceitua o Decreto 7.175/2010, como já vem sendo realizado para a venda de capacidade do backbone terrestre do PNBL, estaria se limitando a desempenhar atribuição inerente ao seu objeto social, que compreende a prestação de serviços de telecomunicações e atividades afins, sujeitando-se, portanto, ao regime de direito privado, nos termos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme segue:*
>
> *2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § lº do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (ADI 1.642 MC, Relator: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1998, DJ 14-06-2002 PP-00126 EMENT VOL-02073- 01 PP-00134)."*
>
> 111. Com fulcro no acima exposto, concluo que, quando a Telebras celebrou com a Viasat o acordo de compartilhamento da capacidade do SGDC e de parte da infraestrutura de telecomunicações, estava atuando nos estritos termos do artigo 173 da Constituição Federal e do Decreto 7.175/2010.

Ainda, aponta a PGE que a sua conclusão se fundamenta também no entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, *quando exploram atividade econômica em sentido estrito*, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme restou consignado em decisão monocrática proferida pelo STF em sede de Mandado de Segurança impetrado em virtude do aludido Acórdão nº 2488/2018 - Plenário, do TCU, conforme o trecho que se reproduz:

> *Desta forma, reitero que o acórdão do TCU não se distanciou da jurisprudência desta Corte, segundo a qual as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando exploram atividade econômica em sentido estrito, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes: ADI 2225, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014 e ADI 1642, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 19.09.2008. Nada obstante, a*

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

revisita ao tema poderá se dar oportunamente. (MS 36099/DF MANDADO DE SEGURANÇA 36.099 DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. EDSON FACHIN)

Todavia, em sentido oposto ao posicionamento da PGE, entendo que, para a realização de parceria por oportunidades de negócio entre empresa estatal e empresa privada com fundamento na previsão trazida no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, o primeiro requisito a ser preenchido deve se restringir à "avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas", tal como descrito no item "a" do enunciado publicado pelo TCU acerca do tema, afastando-se a necessidade, defendida na *fundamentação* do Acórdão 2488/2018 - Plenário, de que também haja exercício de atividade econômica em sentido estrito e no âmbito concorrencial.

Isso porque ao se considerar que a caracterização da oportunidade de negócio depende do exercício de atividade econômica em sentido estrito, no âmbito de atividade concorrencial, a possibilidade de utilização da hipótese prevista no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei das Estatais, restará afastada para as empresas públicas e sociedades de economia prestadoras de serviços públicos ou, mais especificamente, quando se tratar de prestação de serviços públicos.

Ocorre que a redação da Lei nº 13.303/2016 não traz qualquer limitação expressa quanto à utilização do dispositivo em exame com relação à prestação de serviços públicos, ou seja, não há previsão legal de que o inc. II do § 3º do art. 28 deva ser aplicado somente quanto ao exercício de atividade econômica em sentido estrito.

Além da ausência de restrição na Lei, importa notar que o Título II[42] do aludido diploma legal, no qual o art. 28 está inserido, enuncia que as disposições

---

[42] TÍTULO II
DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICAS, ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E ÀS SUAS SUBSIDIÁRIAS QUE EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA DE PRODUÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO DE BENS OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, AINDA QUE A ATIVIDADE ECONÔMICA ESTEJA SUJEITA AO REGIME DE MONOPÓLIO DA UNIÃO OU SEJA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.
CAPÍTULO I
DAS LICITAÇÕES
Seção I
Da Exigência de Licitação e dos Casos de Dispensa e de Inexigibilidade
Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.
§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

nele versadas são aplicáveis às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, **ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.**

Igualmente vale observar que, conquanto o art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal[43], preveja que 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 a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, constata-se que a Lei nº 13.303/2016 não se restringiu a dispor sobre o estatuto das estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, trazendo normas aplicáveis a todas as estatais, conforme estabelecido no *caput* de seu art. 1º:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.
§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:
I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.
§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

[43] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
(...)
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Nesse sentido é a lição de Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr[44]:

> De plano, destaca-se que o inc. III do § 1º do art. 173 da Constituição Federal prevê regime especial apenas para as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, que competem com a iniciativa privada em regime de concorrência. O texto constitucional não prevê tratamento especial para as prestadoras de serviços públicos, que, em regra, não convivem em regime de concorrência com a iniciativa privada.
> (...)
> Sem embargo, a Lei Federal nº 13.303/2016 versa sobre todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, não só as que exploram atividade econômica, porém também as que prestam serviços públicos (art. 1º da Lei 13.303/2016). Assim, a Lei Federal nº 13.303/2016 vai para além do previsto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, que dispõe apenas sobre as que exploram atividade econômica. Ela equipara e dá o mesmo tratamento para todos os tipos de empresas públicos e sociedades de economia mista.

Frisa-se, assim, que, caso acolhida a premissa exposta pela PGE, de que é requisito para a caracterização da oportunidade de negócio, além de existência de relação direta com a exploração do objeto social da empresa estatal, *o* exercício *de atividade em econômica em sentido estrito* e *no âmbito de atividade concorrencial*, entendo que a resposta ao presente questionamento seria negativa (assim como haveria mais um fundamento para resposta negativa ao questionamento nº 3, cuja proposta de resposta, todavia, já é negativa), tendo em vista que, a despeito dos demais aspectos envolvidos, a própria constituição de consórcio com lastro em oportunidade de negócio entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à Administração Pública e responsável pela prestação de serviços específicos aos entes da Administração Pública Estadual, restaria vedada.

[44] NIEBUHR. Joel de Menezes; NIEBUHR. Pedro Menezes. *Licitações e Contratos das Estatais.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 19.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

No entanto, diante do entendimento adotado, qual seja, de que para a realização de parceria por oportunidades de negócio entre empresa estatal e empresa privada com fundamento na previsão trazida no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, o primeiro requisito a ser preenchido deve se restringir à "avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas", entendo que a resposta ao quesito deve ser apresentada nos moldes já indicados.

Assim, proponho a seguinte resposta para a questão nº 4:

É possível a contratação por pessoa jurídica de direito público interno, mediante inexigibilidade de licitação, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei nº 6.404/1976, com lastro em parceria vinculada a oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à Administração Pública, desde que esteja devidamente configurada uma hipótese de prestação de serviços conjunta que constitua exceção ao princípio do parcelamento da contratação; se tais serviços forem prestados por estatal conjuntamente com particular em virtude de parceria vinculada a oportunidades de negócio que atenda aos requisitos decorrentes do art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016; e se os serviços referidos, prestados em conjunto, amoldarem-se a uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 74 da Lei nº 14.133/2021[45], havendo pertinência entre os objetos do consórcio e da inexigibilidade.

[45] Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;
V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.
§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

3. Em razão do exposto, VOTO no sentido de que este Tribunal Pleno **conheça** da presente consulta, **respondendo-a nos seguintes termos**:

Questão nº 1:

As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, II e § 4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?

As parcerias por oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, inc. II e § 4º da Lei nº 13.303/2016, podem abranger a contratação de bens e de serviços desde que tais bens ou serviços estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica pela estatal para a exploração de atividade econômica, o que deve incluir a geração de uma vantagem competitiva na prestação de serviços a terceiros, e que o objeto da parceria não se limite ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços à estatal, devendo existir uma efetiva união de esforços entre a estatal e o parceiro escolhido para o atingimento de um objetivo comum esperado, mais amplo, diverso da mera compra e venda de bens ou da prestação de serviços.

Devem ser preenchidos, ainda, os requisitos elencados no Acórdão nº 2488/18 - Plenário, do Tribunal de Contas da União:

---

comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.
§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.
§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.
§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:
I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;
II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;
III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

I. avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;
II. configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do artigo 28, § 4º, da Lei das Estatais;
III. demonstração da vantagem comercial para a estatal;
IV. comprovação, pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;
V. demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

Caso não atendidas as exigências supracitadas, a hipótese será de mera contratação de bens ou serviços, devendo ser aplicadas as regras licitatórias trazidas na Lei nº 13.303/2016.

Questão nº 2:

É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, § 3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

Não é possível a contratação direta por empresa estatal, com amparo no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, de sociedade de propósito específico criada por essa estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, visto que a contratação da prestação de serviços à estatal de forma isolada não reflete a exploração de uma oportunidade de negócio e sim a mera satisfação de interesses próprios da estatal, afastando-se, assim, da hipótese trazida no art. 28, § 3º, inc. II e § 4º, da Lei nº 13.303/2016.

Questão nº 3:

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

Não é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, com fundamento no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, de consórcio empresarial constituído por empresa estatal criada para prestar serviços específicos à Administração Pública e por particular, com lastro em parceria por oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada.

Para a contratação direta mediante dispensa de licitação com amparo no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, é necessário que os bens sejam produzidos ou que os serviços sejam prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, de modo que um consórcio formado por empresa estatal, ainda que prestadora de serviços públicos criada para esse fim específico, e por particular não se amolda à hipótese legal descrita, devendo o dispositivo ser interpretado restritivamente, por se tratar de hipótese de exceção ao dever de licitar.

<u>Questão nº 4</u>:

É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

É possível a contratação por pessoa jurídica de direito público interno, mediante inexigibilidade de licitação, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei nº 6.404/1976, com lastro em parceria vinculada a oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à Administração Pública, desde que esteja devidamente configurada uma hipótese de prestação de serviços conjunta que constitua exceção ao princípio do parcelamento da contratação; se tais serviços forem prestados por estatal conjuntamente com particular em virtude de parceria vinculada a oportunidades de negócio que atenda aos requisitos decorrentes do art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016; e se os serviços referidos, prestados em conjunto, amoldarem-se a uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 74 da Lei nº 14.133/2021[46], havendo pertinência entre os objetos do consórcio e da inexigibilidade.

---

[46] Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;
V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.
§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.
§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.
§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.
§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:
I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca para os registros pertinentes, no âmbito de suas competências regimentais; à Coordenadoria-Geral de Fiscalização, para ciência desta decisão, em atendimento solicitado; e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, para o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em:

I - **Conhecer** a presente consulta, **respondendo-a nos seguintes termos**:

Questão nº 1:

As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, II e § 4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?

As parcerias por oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, § 3º, inc. II e § 4º da Lei nº 13.303/2016, podem abranger a contratação de bens e de serviços desde que tais bens ou serviços estejam necessariamente atrelados à

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;
III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica pela estatal para a exploração de atividade econômica, o que deve incluir a geração de uma vantagem competitiva na prestação de serviços a terceiros, e que o objeto da parceria não se limite ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços à estatal, devendo existir uma efetiva união de esforços entre a estatal e o parceiro escolhido para o atingimento de um objetivo comum esperado, mais amplo, diverso da mera compra e venda de bens ou da prestação de serviços.

Devem ser preenchidos, ainda, os requisitos elencados no Acórdão nº 2488/18 - Plenário, do Tribunal de Contas da União:

> I. avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;
> II. configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do artigo 28, § 4º, da Lei das Estatais;
> III. demonstração da vantagem comercial para a estatal;
> IV. comprovação, pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;
> V. demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

Caso não atendidas as exigências supracitadas, a hipótese será de mera contratação de bens ou serviços, devendo ser aplicadas as regras licitatórias trazidas na Lei nº 13.303/2016.

Questão nº 2:

É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, § 3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Não é possível a contratação direta por empresa estatal, com amparo no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, de sociedade de propósito específico criada por essa estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, visto que a contratação da prestação de serviços à estatal de forma isolada não reflete a exploração de uma oportunidade de negócio e sim a mera satisfação de interesses próprios da estatal, afastando-se, assim, da hipótese trazida no art. 28, § 3º, inc. II e § 4º, da Lei nº 13.303/2016.

Questão nº 3:

Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

Não é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, com fundamento no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, de consórcio empresarial constituído por empresa estatal criada para prestar serviços específicos à Administração Pública e por particular, com lastro em parceria por oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada.

Para a contratação direta mediante dispensa de licitação com amparo no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021, é necessário que os bens sejam produzidos ou que os serviços sejam prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, de modo que um consórcio formado por empresa estatal, ainda que prestadora de serviços públicos criada para esse fim específico, e por particular não se amolda à hipótese legal descrita, devendo o dispositivo ser interpretado restritivamente, por se tratar de hipótese de exceção ao dever de licitar.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

Questão nº 4:

É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

É possível a contratação por pessoa jurídica de direito público interno, mediante inexigibilidade de licitação, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei nº 6.404/1976, com lastro em parceria vinculada a oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à Administração Pública, desde que esteja devidamente configurada uma hipótese de prestação de serviços conjunta que constitua exceção ao princípio do parcelamento da contratação; se tais serviços forem prestados por estatal conjuntamente com particular em virtude de parceria vinculada a oportunidades de negócio que atenda aos requisitos decorrentes do art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016; e se os serviços referidos, prestados em conjunto, amoldarem-se a uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 74 da Lei nº 14.133/2021[47], havendo pertinência entre os objetos do consórcio e da inexigibilidade.

[47] Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6

II – determinar, após o trânsito em julgado, a remessa dos autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca para os registros pertinentes, no âmbito de suas competências regimentais; à Coordenadoria-Geral de Fiscalização, para ciência desta decisão, em atendimento solicitado; e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, para o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros IVENS ZSCHOERPER LINHARES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO, MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA e AUGUSTINHO ZUCCHI.

Presente o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, GABRIEL GUY LÉGER.

Plenário Virtual, 27 de fevereiro de 2025 – Sessão Ordinária Virtual nº 3.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Conselheiro no exercício da Presidência

---

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;
V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.
§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.
§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.
§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.
§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:
I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;
II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;
III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFE.5GN6