

A hipótese de contratação do artigo 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016

Autor(a): Rafael Wallbach Schwind

Publicado em: 23 de outubro de 2025

Publicação: conjur_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-3o-i-da-lei-133032016>

Fonte original:

<https://conjur.com.br/2025-out-23/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-%c2%a73o-i-da-lei-13-303-2016>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-3o-i-da-lei-133032016#ep-8ac5fc4d

Resumo

Lei 13.303/2016 tem na eficiência a sua mola propulsora, responde ainda aos episódios revelados pela operação "lava jato"

Texto integral

A Lei 13.303/2016, a despeito de reclamada desde a Emenda Constitucional 19/1998, que tem na eficiência a sua mola propulsora, responde ainda aos episódios revelados pela operação “lava jato” e a mobilização social que marcou o ano de 2013. Por essa razão, a lei claramente se volta a aprimorar a governança nas empresas estatais, focada na questão ética e de busca de eficiência. Depreende-se da exposição de motivos que o projeto de lei pretendia lidar “tratar dos dois aspectos culturais centrais, da eficiência e da ética. É preciso assegurar a implantação de controles mais eficientes e processos não apenas rígidos, mas também destinados à disseminação da cultura de eficiência e a ética. Em outras palavras, é preciso lidar com eficiência e a ética não apenas com instrumentos de controle, mas também com mecanismos de gestão, promovendo uma verdadeira transformação cultural das empresas estatais” [1] [2] . Quanto às contratações, a Lei 13.303/16 previu a regra geral de exigência de licitação (artigo 28, caput), indicando situações em que ela não se aplicaria (§3º, I e II) em razão de obstáculos negociais que poderiam gerar prejuízo às atividades da estatal e os casos de dispensa para evitar prejuízo ao interesse público (artigo 29) e inexigibilidade em razão de inviabilidade de competição (artigo 30). Nota-se que o legislador, inobstante ter criado um conjunto de regras aptas a blindar os diversos interesses a serem tutelados no universo das ditas empresas, como as que tratam do cumprimento de condições para os membros da diretoria e do conselho de administração e à presença obrigatória de um comitê de auditoria estatutário, também reconheceu que há que se conferir um traço distinto às contratações dessas empresas, em consonância com a Constituição. Há que se ponderar que a atuação das empresas estatais abrange em maior ou menor grau atividades econômicas em sentido amplo, o que abrangeria os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito — ambas espécies da primeira. Segundo Eros Grau [3] , o serviço público constitui o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente , visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Assim, o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado. Esta, referida

pelo artigo 173, §1º, como atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços é definida pelo autor como atividade econômica em sentido estrito, a qual envolve matérias que possam ser imediata ou potencialmente objeto de profícua especulação lucrativa, supondo a iniciativa e também certo caráter de serviço público. Diferentemente da espécie serviço público, a prestadora de atividade econômica em sentido estrito se sujeita às mesmas obrigações trabalhistas e tributárias das empresas privadas (STF, ADI 83/91). Eis as diretrizes que norteiam o intérprete do direito, mas sem deixar de reconhecer a dificuldade (ou impossibilidade) de uma segregação total entre as duas espécies, já que uma guarda em si certos aspectos da outra. Empresas estatais são, pois, veículos especiais de atuação estatal, que diante de sua natureza privada permitiriam maior aproximação com o modo de operação dos particulares. Eis a razão a justificar que a mesma lei que mira a ética e a integridade assegure às empresas estatais espaço para regulamentos introduzirem instrumentos que otimizem as contratações públicas, permitindo certa customização que viabilize as melhores contratações, necessárias para garantir que os objetivos sociais sejam alcançados. Essa é a ideia a conduzir a existência de outros dispositivos, entre os quais o artigo 28, § 3º, I, da Lei 13.303/16. Logo, uma estatal como o Banco do Brasil não se envolverá em procedimento licitatório quando o objetivo é o atendimento bancário a possíveis clientes. Isso porque a imposição de normas licitatórias para essa contratação deixaria a empresa estatal em posição de desvantagem em relação às privadas contra as quais disputa no mercado. É preciso compreender o alcance do dispositivo do inciso I do §3º do artigo 28 da Lei 13.303/16. Em primeiro lugar, cumpre compreender o significado da expressão “de forma direta”. Isto é, tal expressão implica dizer o óbvio, ou seja, o próprio objeto social da empresa estatal? Ou implica estender a contratação sem licitação para os casos em que há necessidade de terceiros para que os objetivos sociais sejam alcançados? Em segundo lugar, faz-se necessário entender o final da regra (“especificamente relacionados com seus objetos sociais”). Ponto de vista Do ponto de vista doutrinário, essa discussão acerca do alcance do dispositivo pode ser dividida em duas correntes: uma visão mais restritiva, defendida por Marçal Justen Filho, e uma visão menos restritiva, seguida por Ronny Charles e Dawson Barcelos. A posição mais restritiva de Justen Filho encontra fundamento no argumento que essa hipótese de inaplicabilidade de licitação se restringe à exploração específica da atividade contemplada no objeto social, excluindo sua obtenção de recursos ou a produção de soluções para a explorar a atividade. Ou seja, tal hipótese não abarca a obtenção de recursos e insumos necessários para o exercício da atividade econômica: Já a posição menos restritiva seguida por Ronny Charles e Dawson Barcelos reconhece que há duas interpretações possíveis dessa hipótese de inaplicabilidade de licitação, avançando para a defesa da segunda interpretação segundo a qual a hipótese engloba tanto a prestação de forma direta da atividade econômica, como situações específicas de contratação de fornecedores, diretamente vinculadas ao exercício de sua atividade econômica principal. De um lado, seguindo a posição mais restritiva, há três julgados do TCU (Tribunal de Contas da União) que merecem destaque: o Acórdão 666/2024 — Plenário, o Acórdão 120/2018 — Plenário e o Acórdão 1.528/2019 — Plenário. No Acórdão 666/2024 – Plenário, o TCU analisou a possibilidade de a Eletronuclear S.A. não realizar licitação para o Contrato EPC que viabiliza a construção da “Usina Termonuclear Angra 3” (Angra), com fundamento na execução direta e consequente não incidência do dever de licitar para serviços previstos no objeto social da estatal. Decidiu-se que o fato de o serviço a ser contratado estar incluído no objeto social da estatal contratante não justifica a não realização de licitação, uma vez que tal dispositivo se refere a obras e serviços executados diretamente pela estatal na sua atividade fim, utilizando-se de mão de obra própria para desenvolvê-los. A tese jurídica que levou à

contratação direta pela Eletronuclear S.A. considerou que o objeto social da Angra inclui a construção de usinas nucleares, e que, em consequência, estaria afastado o regime público para seleção da futura contratada, sendo desnecessário seguir o rito licitatório previstos na lei. O racional desenvolvido pelo TCU para o julgamento em sentido diverso levou em conta conceitos de execução direta e indireta, previstos no artigo 6º, VII e VIII, da antiga Lei 8.666/63 (parcialmente reproduzidos no artigo 43 da lei atual). Nessa definição, a execução direta é aquela feita pelos órgãos e entidades da administração pelos próprios meios, ao passo que a execução indireta ocorre quando o órgão/entidade contrata com terceiros, sob qualquer dos regimes (empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa ou empreitada integral). Concluiu-se que a hipótese do inciso I se refere à execução de forma direta pelas empresas estatais (pelos próprios meios) de serviços e obras relacionadas com seus respectivos objetos sociais. Já no Acórdão 120/2018 – Plenário, o TCU analisou a possibilidade de contratação dos serviços de gerenciamento informatizado da manutenção de veículos automotivos pelos Correios, tendo decidido que o fato de a lei exigir a prestação do serviço de forma direta é suficiente para afastar a possibilidade de “dispensa de licitação”, mas desde que se restrinja o trecho final dessa hipótese de inaplicabilidade de licitação (“relacionados com seus respectivos objetos sociais”) em razão do seu alto grau de indefinição. No Acórdão 1528/2019 – Plenário, o TCU analisou a possibilidade de contratação direta de obras da linha de transmissão Rio Branco – Feijó – Cruzeiro do Sul e da construção de usinas e subestações associadas, pelas Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte, ao fundamento de que objeto social contemplava a construção de linhas, tendo sido decidido que a regra da licitação só pode ser afastada na atuação da empresa estatal em sua atividade finalística, mediante demonstração da existência de obstáculos negociais com efetivos prejuízos à estatal, uma vez que não se deve inverter a lógica da licitação como regra. De outro lado, seguindo a posição menos restritiva, ressaltam-se o Processo 32.926-6/2018, do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT), e o Acórdão do 1744/2021 – Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU). No Processo 32.926-6/2018, o TCE-MT, ao responder à consulta da Empresa Mato-grossense de Tecnologia da Informação, decidiu que a permissão para afastamento das regras de licitação se aplica tanto para comercialização de produtos, serviços e obras, quanto para a aquisição dos insumos necessários à produção e execução desses mesmos bens, serviços e obras, desde que especificamente relacionados com seus objetos sociais, devendo-se observar, nessas hipóteses, procedimentos de seleção que respeitem os princípios que regem a atuação da administração pública, sob o fundamento que a submissão à regra licitatória traria rigidez e ineficiência às atividades negociais. No Acórdão 1.744/2021 — Plenário, o TCU, em análise sobre a possibilidade de contratação sem licitação de consultores técnicos especializados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que editou um normativo que regulava os procedimentos para seleção e contratação de consultores especialistas em projetos de desestatização. O argumento do BNDES pela inaplicabilidade de licitação partia do entendimento que, em realidade, aplicavam-se ambas as hipóteses dos incisos do §3º do artigo 28 da Lei 13.303/16 para a contratação dos consultores técnicos especializados. O BNDES defendeu que a discussão entre atividade-meio e atividade-fim foi posta em segundo plano, uma vez que as atividades relacionadas aos respectivos objetos sociais podem abranger tanto as atividades de suporte quanto atividades finalísticas. Argumentou que sempre que a realização da licitação for um empecilho para a execução do objeto social da estatal, o procedimento formal licitatório poderia deixar de ser aplicado. Argumentou que na presença de maior burocracia para a execução do objeto social das empresas estatais, especialmente para as empresas exploradoras de atividade

econômica, haveria um desequilíbrio em sua atuação no mercado frente aos demais atores, em desprestígio à eficiência administrativa. Também é feita menção ao Acórdão 920/2007 a fim de se citar jurisprudência pelo afastamento da regra licitatória quando comprometer o objetivo social da empresa estatal, por prejudicar a agilidade necessária para a prática de atos negociais, em um mercado concorrente. No Acórdão 1.744/2021 — Plenário também é citado o precedente do Acórdão 2.033/2017 — Plenário, em que o TCU decidiu que, embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionadas aos seus respectivos objetos sociais, devem conferir lisura e transparência a essas contratações, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente. Conclui-se no julgamento do Acórdão 1.744/2021 — Plenário que a contratação de consultores pelo BNDES para dar suporte aos projetos de desestatização no âmbito do PND é uma contratação relacionada especificamente ao objeto social do banco de desenvolvimento. Isso porque a contratação de consultores é atividade integrante do objeto social no BNDES, auxiliada por terceiros, motivo pelo qual é juridicamente possível a utilização da hipótese legal para fundamentar a adoção do rito próprio de competição para a contratação de consultores técnicos especializados para o processo de desestatização. Cumpre, por fim, abordar se os Regulamentos Internos editados pelas empresas estatais podem definir o alcance de tal hipótese de inaplicabilidade de licitação. Ou seja, a discussão gira em torno de definir se os regulamentos internos podem definir quais são os produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, para o enquadramento da situação fática como inaplicabilidade de licitação. É o caso do Regulamento Interno da Caixa, que em seu artigo 10 define o exercício de atividade finalística como comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras no cumprimento do seu objeto social. Para que ocorra essa definição nos regulamentos internos, não se pode inverter a lógica que a regra seja a licitação e a exceção, a sua inaplicabilidade. Além disso, tal definição é mais factível quando se tratar de produtos, serviços ou obras em que a atuação de terceiro seja como apoio. Finalmente, os procedimentos para a seleção de contratados devem ser impessoais e transparentes. Inobstante, ainda há muito a se construir, tanto pelos doutrinadores quanto pela jurisprudência, no sentido de se consolidar um entendimento e uma teoria que possam proporcionar segurança e agilidade às contratações e formações de parceria das estatais, de forma a acompanhar o dinamismo do mercado contemporâneo. Na perspectiva das estatais, visando a promover maior segurança às suas contratações, faz-se conveniente a elaboração de regulamentos internos de licitações e contratos e a respetiva normatização das hipóteses de inaplicabilidade de licitação, detalhando os entendimentos condizentes com as necessidades — e peculiaridades — da entidade, alinhando os termos aptos a suscitar divergências sensíveis com os órgãos de controle, como a Corte de Contas, em homenagem à administração dialógica. [1] Disponível aqui . [2] Na mesma linha: (...) na mesma perspectiva em que a lei veio estipular um substancial reforço da autonomia das estatais, que passam a ser sujeitas a uma gestão profissional tributária de preceitos de governança, veio também a permitir uma maior liberdade para estas empresas atuarem em regime análogo ao privado. (...) a Lei das Estatais só pode ser compreendida na perspectiva de verdadeira revolução pretendida pelo legislador no que tange ao regime das estatais, orientada pela institucionalização de regras de governança . GUIMARÃES, Bernardo S. et al . Comentários à Lei das Estatais . Belo Horizonte: Fórum, 2019. [3] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2010.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

SCHWIND, Rafael Wallbach. A hipótese de contratação do artigo 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016. *conjur_import*, 23 out. 2025. Disponível em:

<https://conjur.com.br/2025-out-23/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-%c2%a73o-i-da-lei-13-303-2016>.

Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-3o-i-da-lei-133032016>. Acesso em: 30 set. 2026.

APA 7ª edição

Schwind, R. W. (2025, October 23). A hipótese de contratação do artigo 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016.

conjur_import.

<https://conjur.com.br/2025-out-23/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-%c2%a73o-i-da-lei-13-303-2016>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SCHWIND, Rafael Wallbach. 2025. “A hipótese de contratação do artigo 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016.”

conjur_import, October 23.

<https://conjur.com.br/2025-out-23/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-%c2%a73o-i-da-lei-13-303-2016>

BibTeX

```
@article{rafael-wallbach-schwind-a-hip-tese-de-contrata-o-do-artigo-28-3--2025,
author = {Schwind, Rafael Wallbach},
title = {A hipótese de contratação do artigo 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016},
journal = {conjur_import},
year = {2025},
url = {https://conjur.com.br/2025-out-23/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-%c2%a73o-i-d
a-lei-13-303-2016},
urldate = {2025-10-23}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/a-hipotese-de-contratacao-do-artigo-28-3o-i-da-lei-133032016>

PDF gerado em 2026-09-30 18:36 UTC