

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**ANÁLISE DA LEI 13.303/2016 E SUAS IMPLICAÇÕES NOS  
PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DAS EMPRESAS ESTATAIS**

**DANIELA CHOQUETA BIAZOTTO**

**RIO DE JANEIRO**

**2017/1**

DANIELA CHOQUETA BIAZOTTO

ANÁLISE DA LEI 13.303/2016 E SUAS IMPLICAÇÕES NOS  
PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Larissa Pinha de Oliveira.

RIO DE JANEIRO  
2017/1

Biazotto, Daniela Choqueta.

Análise da Lei 13.303/2016 e suas Implicações nos Procedimentos Licitatórios das Empresas Estatais/ Daniela Choqueta Biazotto. – Rio de Janeiro, 2017.

83 f.

Orientadora: Larissa Pinha de Oliveira.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2017.

1. Direito Administrativo. 2. Empresas Estatais. 3. Licitação. 4. Lei 13.303/2016. I. Pinha de Oliveira, Larissa, orient. II. Título.

CDD 341.3527

DANIELA CHOQUETA BIAZOTTO

ANÁLISE DA LEI 13.303/2016 E SUAS IMPLICAÇÕES NOS PROCEDIMENTOS  
LICITATÓRIOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Larissa Pinha de Oliveira.

Data de aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. Larissa Pinha de Oliveira

---

  

---

## AGRADECIMENTOS

A meus pais, Gislene e Mario, que sempre me apoiaram e me ajudaram a escolher o melhor para mim. Muito obrigada por todo o esforço para me proporcionar a melhor educação possível, tanto em casa como nos estudos. Me inspiro em vocês, e somente seu amor e apoio me fizeram realizar o sonho da graduação em direito.

Ao meu amor, Rodrigo, por todo carinho e ajuda nesses anos da graduação, e especialmente pelo apoio nessa reta final. Nosso encontro foi o maior presente que a FND me ofereceu, e sei que esses anos de felicidade que vivemos foram apenas o começo de uma vida de realizações.

À Andrea e Márcio, que tão bem me acolheram e tanto me ajudaram. Sem o apoio de vocês a vida no Rio de Janeiro não teria sido a mesma. Obrigada por me tratarem como uma filha e por todo o carinho.

Aos meus amigos de faculdade, que compartilharam esses anos de tantos sentimentos. Agradeço a cada um de vocês, por sempre estarem presentes, dividindo os sufocos, e perrengues da vida acadêmica, e, mais ainda, as alegrias e vitórias. Esses cinco anos de faculdade não teriam sido tão divertidos sem a nossa convivência e nossas histórias.

Fica meu agradecimento, também, aos mestres que tive ao longo da faculdade, em especial à minha orientadora Larissa Oliveira, que aos poucos me fizeram abrir os olhos para a imensa responsabilidade social de ser uma bacharel em Direito. Espero cumprir bem esse papel e honrar seus ensinamentos com bastante honestidade e humanidade.

Por fim minha gratidão eterna à gloriosa Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, pela qual deixo um sentimento único de respeito, gratidão, felicidade e saudade por ter sido uma casa tão acolhedora durante esses ricos e inesquecíveis anos de graduação. A FND me proporcionou encontros e aprendizados que nunca esquecerei.

## RESUMO

BLAZOTTO, D. C. *Análise da Lei 13.303/2016 e suas implicações nos procedimentos licitatórios das empresas estatais*. 2017. 83 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades integrantes da Administração Pública Indireta, e são os instrumentos utilizados pelo Estado para sua atuação empresarial. A Constituição Federal, a partir da emenda constitucional nº 19/1998, passou a prever em seu art. 173, §1º, que lei específica trataria do estatuto jurídico dessas empresas estatais, regulando condições específicas dessas entidades. Após dezoito anos de espera, em 2016 foi editada a lei nº 13.303, que institui o referido estatuto. O presente trabalho tem três objetivos principais: fazer uma análise sobre as empresas estatais; analisar o conceito de licitação, e suas características gerais, e, principalmente, explorar como era aplicada a licitação anteriormente à edição da lei 13.303/2016, e como ficará esse procedimento sob a égide da nova legislação. A partir desse estudo, a presente monografia busca, ao final, confrontar os textos legais e constatar os reflexos da recente legislação na prática.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Licitação. Estatuto das Estatais.

## ABSTRACT

BIAZOTTO, D. C. **The Constitutional Review through Public Civil Actions in Brazil**. 83 f. Monograph (Law Graduation) – FEDERAL UNIVERSITY OF RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

The law 13.303/16, that instituted the legal status of state-owned companies, is currently one of the most important and controversial Administrative Law issues in Brazil. The state-owned companies are entities that are part of the Indirect Public Administration, and are the instruments used by the State in the business action. The Brazilian Constitution, from the Nineteen Amendment, edited on 1998, set in the art. 173, §1, that specific law would regulate the statute of these state-owned enterprises, to describe the specific conditions of these entities. Eighteen years later, in 2016, was published the law 13.303, which establishes the said statute. For such reason, this paper has three main goals: (i) to make a analysis of state-owned companies and its peculiarities, such as its concept, modalities, and object, to subsequently (ii) scrutinize the public bidding in its principles, baselines and modalities, to finally (iii) comment and criticize the changes in bidding procedure introduced by law 13.303/2016. Through the present study, at the end of such thesis, we hereby establish the reflexes of the legal status of state-owned enterprises within Brazil's legal system, not only in the social and political aspects thereof, but also on a procedural level, to achieve legal conclusions.

**Key-words:** Administrative Law. State-owned enterprises. Public bidding.

## **LISTA DE SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

DL – Decreto-lei

EBC – Empresa Brasil de Comunicação

EC – Emenda Constitucional

LCC - Life Cycle Costing

MEAT - Most Economically Advantageous Tender

MP – Medida Provisória

PAC - Programa de Aceleração do Crescimento

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União



## SUMÁRIO

<b>I. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>II. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....</b>	<b>11</b>
2.1. Desconcentração e Descentralização administrativa.....	11
2.2. Administração Pública Indireta.....	12
2.3. Atuação do Estado na Economia.....	13
2.4. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.....	16
<b>III. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....</b>	<b>25</b>
3.1. Licitação: Conceito e base legal.....	25
3.2. Princípios aplicáveis ao procedimento licitatório.....	30
3.2.1. Princípio da moralidade e impessoalidade.....	30
3.2.2. Princípio da publicidade.....	31
3.2.3. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	31
3.2.4. Princípio do julgamento objetivo.....	32
3.2.5. Princípio do procedimento formal.....	32
3.3. Alguns Aspectos do Procedimento da Lei 8.666/93.....	32
3.4. Modalidades de Licitações.....	35
3.4.1. Concorrência.....	36
3.4.2. Tomada de preços.....	36
3.4.3. Convite.....	36
3.4.3. Leilão.....	37
3.5. Tipos de Licitação na Lei 8.666/1993.....	37
3.5.1. Menor Preço.....	38
3.5.2. Melhor Técnica.....	38
3.5.3. Técnica e Preço.....	38
3.6. As tentativas de dinamização da licitação.....	39
3.6.3. Pregão.....	39
3.6.3. Regime Diferenciado de Contratações.....	41
<b>IV. O ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS.....</b>	<b>42</b>
4.1. Introdução.....	42
4.2. Sujeitos da lei 13.303/2016.....	47
4.3. Inovações gerais nas licitações.....	50
4.4. Inovações no Procedimento Licitatório.....	59

4.4.1. Fase interna e divulgação.....	61
4.4.2. Apresentação de lances ou propostas.....	62
4.4.3. Julgamento.....	64
4.4.4. Verificação de efetividade das propostas.....	66
4.4.5. Negociação.....	67
4.4.6. Habilitação.....	68
4.4.7. Interposição de recursos.....	69
4.4.8. Adjudicação do objeto, homologação, revogação e anulação da licitação.....	70
<b>V. CONCLUSÃO .....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>80</b>

## CAPÍTULO I

### INTRODUÇÃO

A presente monografia de conclusão de graduação do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro tratará de um tema atual no âmbito do Direito Administrativo, qual seja, a edição da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. Inserida neste tema, será realizada uma análise pormenorizada e específica do regime licitatório aplicado a estas empresas estatais.

Inicialmente, será estabelecida uma análise sobre a clássica divisão dos setores da Administração Pública. Nesta etapa, buscar-se-á demonstrar as características do primeiro setor, especificamente da Administração Indireta, através do exame do regime jurídico e aspectos legais das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Tal fase de explicitações será de suma importância para compreensão do estudo feito, uma vez que estes atributos abordados inicialmente servirão de base para as conclusões acerca da adequação dos regimes licitatórios.

Em seguida, após a apresentação das entidades objeto do estudo, passar-se-á à análise do procedimento objeto, qual seja, a licitação. Para tal, será feita a exposição das práticas adotadas nos certames licitatórios no decorrer dos dezoito anos de intervalo entre a EC 19/1998, que alterou o artigo 173, §1º, da CRFB<sup>1</sup>, para prever a edição do Estatuto das Estatais, até o momento da efetiva regulamentação. Nesse momento, serão apresentadas as tentativas administrativas de dinamicidade do procedimento licitatório para as empresas públicas, demonstrando os problemas enfrentados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, principalmente aquelas que exploram atividade econômica, na aplicação das normas previstas na Lei 8.666/1993, legislação aplicada até então para regular o tema.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Art. 173, §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 02 maio 2017.

Ultrapassada a etapa de elucidação concernente aos procedimentos licitatórios à luz da Lei 8.666/93, no capítulo III, inicia-se detalhada análise a respeito das inovações da Lei 13.303/2016. Serão expostos os principais pontos de atenção da nova legislação, apresentando os aspectos alterados pelo diploma legal.

Ao longo de toda a análise e pesquisa expostas neste trabalho, buscar-se-á a consolidação acerca notável importância para o Direito Administrativo do objeto estudado. O intuito da presente dissertação será esmiuçar o tema e abordar, comparativamente, as inovações que serão aplicadas a partir da edição da Lei 13.303/2016.

## CAPÍTULO II

### EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Analisar os procedimentos aplicados por uma instituição requer, preliminarmente, a análise de funcionamento e razões de ser de tal. As pessoas jurídicas objeto do presente estudo estão enquadradas em classificação determinada dentro do Direito Administrativo, e, antecedentemente a qualquer discussão, se faz necessária a exposição a seguir.

#### 2.1. Desconcentração e Descentralização administrativa

Inicialmente, cabe evidenciar que, no âmbito da organização administrativa, tradicionalmente, esta é concretizada através de duas técnicas: a desconcentração e a descentralização.

A primeira ocorre quando há distribuição de competências dentro de uma mesma estrutura. Tal fenômeno se justifica em razão da multiplicidade de assuntos que podem ser afetos a uma mesma pessoa jurídica. Essa repartição interna ocasiona a criação de centros de competências, denominados órgãos públicos, dentro da mesma estrutura hierárquica, como, por exemplo, ocorre com a criação de Ministérios e Secretarias.

Em contrapartida, a descentralização consiste no exercício da atividade administrativa por pessoa distinta do Estado. Neste caso ocorre a transferência da atividade para outra pessoa jurídica, que é o caso da descentralização de atividades para entidades da Administração Indireta, ou, ainda, para uma pessoa física, ficando certo, porém, que o entendimento assentado é de que não há transferência da titularidade da atividade, e sim apenas de sua execução<sup>2</sup>. Ou seja, na atividade descentralizada, o Ente federativo transmite a competência, mas permanece como o titular.

#### 2.2. Administração Pública Indireta

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Método, 2016, p. 69.

A administração é considerada como a atividade preponderantemente executória, desempenhada por entidades políticas, administrativas ou delegatárias, por meio de gestão de recursos total ou parcialmente públicos, com o fim de salvaguardar o interesse legalmente cometido ao Estado<sup>3</sup>. Todas as entidades, órgãos e agentes, uma vez sistematizados, tendo como missão o exercício da função administrativa, recebem a classificação de administração pública.

Inserida neste conceito, faz-se necessária a diferenciação dos sentidos da administração pública. Em sentido objetivo deve ser entendida como a atividade administrativa em si, aquela exercida pelo Estado, seus órgãos e agentes, e que dá origem à ideia de função administrativa. Esta última é, geralmente, definida pela doutrina em torno do conceito construído no século passado por Otto Mayer, jurista alemão que entendia tal função como a atividade do Estado para realizar seus fins, sob a ordem jurídica.

Se o sentido objetivo pode ser, resumidamente, ligado à atividade administrativa, o sentido subjetivo é relacionado à estrutura administrativa. Nesta acepção se insere a Administração Pública – grafada com iniciais maiúsculas – que é formada pelo complexo de entidades, órgãos e agentes incumbidos do exercício da função administrativa, e é decomposta em três setores: público, privado e social.

O setor público é composto, basicamente, pela Administração Pública direta e indireta. A primeira é definida como o conjunto de órgãos que dão origem às pessoas federativas, aos quais foi conferida a competência para a execução, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado<sup>4</sup>. Ou seja, a Administração Pública é, ao mesmo tempo, titular do serviço público e executora do mesmo<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> MOTTA, Fernando. *Teoria Geral da Administração*. 22ª ed. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 24.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2013, p. 455.

<sup>5</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. América Jurídica, 2001, p. 123.

Nesta esfera, considerando o Estado como pessoa administrativa, a Administração Direta é constituída por órgãos internos, os quais recebem competência própria, e executam o objeto global do Estado, exercendo múltiplas funções administrativas.

Ademais, a Administração Indireta compreende as entidades administrativas que desempenham função administrativa, através de descentralização legal, e que estão vinculadas ao respectivo Ente federativo<sup>6</sup>.

Conforme aponta o Decreto-Lei 200/1967<sup>7</sup>, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, a Administração Indireta compreende quatro entidades, cada uma com sua própria personalidade jurídica: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, e, por fim, as fundações públicas.

Dessas entidades, a fundação pode ser considerada pessoa jurídica de direito público ou privado, a depender do regime que lhe for atribuído em sua lei instituidora; a autarquia tem personalidade de direito público, e as duas outras entidades, as empresas estatais objeto do presente estudo, são pessoas jurídicas de direito privado. As implicações dessa diferenciação ocorrem principalmente na classificação do regime jurídico de tais pessoas jurídicas, o que será avaliado posteriormente.

### **2.3. Atuação do Estado na Economia**

Depois de situadas no campo do direito administrativo, faz-se necessária uma análise econômica da ideia de criação das entidades estudadas no presente trabalho. Como preleciona Maria Rosaria Ferrarese, a economia, em sua acepção de espaço privado, blindado da atuação do Estado, nunca foi concretizada totalmente na realidade das sociedades<sup>8</sup>. Um dos

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>7</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em 03 maio 2017.

<sup>8</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: Il caso degli Stati Uniti*. Torino: G. Giappichelli, 1992, p. 38-40

fundamentos desta posição é o fato de que, seja pela importância social ou pela impossibilidade de o mercado fornecer um provisão satisfatório, algumas atividades exigem a prestação estatal. Como segundo argumento, a economia, tomada como a destinação dos bens e serviços necessários e úteis à vida das pessoas, é um elemento de importância incontestável para a formação de uma sociedade equilibrada e harmônica, o que é abordado, por exemplo, pelo economista britânico Edwin Cannan, que define o objetivo da economia política como sendo “a explicação das causas gerais do bem-estar material de que os homens dependem”<sup>9</sup>. Considerando essa relevância, e até mesmo a própria natureza soberana do Estado, a partir do momento em que decide auferir receita e explorar a atividade de caráter econômico, é inevitável a sua influência sobre tal setor.

Esta influência é tradicionalmente denominada “intervenção do Estado na economia”, porém, conforme demonstrar-se-á nos parágrafos a seguir, esta não é a melhor expressão, pois o verbo intervir remete à ideia de interferência em terreno que não lhe é próprio, o que não retrata a realidade, pois, assim como evidenciado acima, a atividade estatal no setor econômico é por vezes necessária. Neste sentido, Fernando Facury Scaff:

*Qualquer expressão que denote “intervenção” do Estado no domínio econômico é, em si, temerária, pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir.*<sup>10</sup>

Assim, o mais acertado é utilizar o termo “atuação do Estado em relação à economia”, que pode ocorrer pela forma indireta, geralmente através de atuação regulatória, com o Estado fixando normas para ajustar o comportamento dos agentes econômicos privados; ou de forma direta, na qual, por razões sociais, estratégicas, ou outras, o Estado exerce de fato a atividade econômica.

---

<sup>9</sup> CANNAN, Edwin. *Elementary political economy*. 3 ed. London: Oxford University Press, 1903, p.1.

<sup>10</sup> SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 224, p. 334, 2001.



A priori, de acordo com a norma estabelecida na CRFB, o Estado está proibido de exercer atividades econômicas, pois estas são livres apenas para a iniciativa privada - artigos 170 e 173. Porém, há duas exceções a essa regra constitucional, quais sejam: a chamada *publicatio*, que abrange os monopólios públicos; e as atividades que podem ser concomitantemente exercidas por particulares e também pelo Estado, que abarcam as atribuições previstas no art. 173, que são atividades exercidas pela iniciativa privada, mas em razão da autorização legislativa, quando por justificável interesse público ou em razão da segurança nacional, ao Estado é defeso também prestar tais serviços, a exemplo dos bancos públicos e da distribuição de combustíveis. Nestes casos em que os titulares originários são os particulares, quando o Estado proceder ao exercício, deverá resguardar paridade de tratamento jurídico em relação aos seus concorrentes privados.

É nesse contexto que se inserem as empresas estatais, pois é através destas pessoas jurídicas de direito privado que a máquina estatal terá instrumentos para exercer a atividade econômica em concomitância à iniciativa privada. O Estado passa a não ser o executor direto da atividade econômica, utilizando as entidades que são criadas por lei e já nascem com objetivos predeterminados.

A ideia de empresa deve estar ligada à atividade produtiva, como organização dos fatores de produção pelo empresário. Partindo do conceito conferido pela doutrina italiana, empresa é a atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens e serviços<sup>11</sup>.

Portanto, quando o Estado atua com a intenção de explorar uma atividade econômica, estará agindo empresarialmente, e sempre que essa ação ocorrer em concorrência com agentes privados, obrigatoriamente essa execução deverá ocorrer por meio da outorga às empresas públicas e sociedades de economia mista, que possuem natureza jurídica de direito privado<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.76.

<sup>12</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*. São Paulo, Editora Forense, 2016, p. 119.

Vale ressaltar que, mesmo na exploração econômica, o Estado deve sempre estar preordenado, mediata ou imediatamente à execução de atividade que atenda ao interesse público, e culmine em benefício para a coletividade.

#### **2.4. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**

O Decreto Lei 900/1969, em seu artigo 1º, conceitua a empresa pública como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica<sup>13</sup>. No mesmo decreto-lei, mais precisamente em seu art. 5º, foi estipulado que será admitida, no capital da Empresa Pública a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União.

Considerando o que mais se aproxima à realidade prática dessas instituições e, como bem define a doutrina, as empresas públicas podem ser consideradas as pessoas jurídicas de direito privado, criadas sob qualquer forma jurídica e por força de lei como instrumento de ação do Estado, para que este exerça atividades de caráter econômico ou para execução de serviços públicos<sup>14</sup>.

Quanto às sociedades de economia mista, a conceituação adotada, e abordada também no Decreto-Lei 900/1969 citado acima, é a de que se tratam de pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Indireta, criadas por autorização legal e sob a forma de sociedades anônimas, sendo do Poder Público o controle acionário, e tendo por objetivo a exploração de atividades gerais com caráter econômico, e, eventualmente, a prestação de serviços públicos<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0900.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm)>. Acesso em 09 maio 2017.

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2010, p. 187.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 497.

Faz-se importante, neste momento, abordar as particularidades e as características das duas entidades. Apesar de existirem várias semelhanças entre as empresas estatais, há três características pelas quais elas se distinguem, e que serão abordadas anteriormente às características comuns.

A primeira diferença consiste na constituição do capital de tais entidades. Nas sociedades de economia mista, o capital é formado pela conjugação de recursos de pessoas de direito público ou outras pessoas administrativas, e também de recursos de particulares. Ou seja, as parcelas do capital, denominadas ações, são distribuídas entre o Poder Público e a iniciativa privada. Por óbvio, para que se mantenham ligadas ao respectivo Ente federado, o domínio da maior parte do capital votante deve ser da União ou entidade da administração, norma constante no artigo 5o, III, do Decreto-lei 200/1967. Nas empresas públicas, por outro lado, na composição do capital apenas são admitidas as participações de pessoas administrativas, seja qual for o nível federativo ou sua natureza jurídica, sendo vedada a participação de pessoas da iniciativa privada.

Outra diferença consiste na forma jurídica com a qual as entidades se apresentam. As sociedades de economia mista, obrigatoriamente, têm a forma de sociedade anônima, tal como mencionado no DL 200/1967. Em razão dessa obrigatoriedade, todas as sociedades de economia mista são reguladas, basicamente, pela lei das sociedades por ações (Lei 6.404/1976). Em relação às empresas públicas, o decreto-lei citado prevê que elas poderão "revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito". Assim, diante deste permissivo legal, as empresas públicas podem ser uni ou pluripessoais, dando ampla margem de escolha ao Poder Público quando da sua criação. Essa ampla escolha, porém, deve ser feita observando os parâmetros legais, sendo impossível, por exemplo, a constituição de uma empresa pública sob a forma societária de sociedade em nome coletivo, por absoluta incompatibilidade, devendo ser observadas as formas jurídicas que a legislação já regula<sup>16</sup>.

Por último, a terceira característica que diferencia as entidades estudadas é o foro processual. As empresas públicas federais, no que se refere ao foro das ações em que figuram como autoras, rés, assistentes ou oponentes, têm seus litígios processados e julgados pela

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 18ª ed, 2005, p. 401.

Justiça Federal, nada obstante que, em casos específicos, seja necessária a participação destas entidades na Justiça Estadual. Por outro lado, as sociedades de economia mista e as empresas públicas não federais, que não foram referenciadas no dispositivo constitucional terão suas ações processadas e julgadas na Justiça Estadual.

Convém ressaltar que, apesar de pertencerem a categorias jurídicas diversas, as empresas públicas e sociedades de economia mista são estudadas em conjunto, pois compartilham a maioria de suas características. Ambas as entidades são pessoas jurídicas de direito privado, podendo o Estado se valer destas para realizar a execução de atividades de seu interesse com flexibilidade, evitando os obstáculos burocráticos relacionados às pessoas jurídicas de direito público. Para denominar estas duas entidades em conjunto, é utilizada a expressão "empresas estatais", que compreende toda e qualquer entidade, civil ou comercial, que esteja sob o controle acionário do Estado, e cuja criação “reflete sempre uma escolha política sobre o aproveitamento dos recursos públicos e sobre a intervenção do Estado no domínio econômico”<sup>17</sup>.

Com relação à criação das empresas estatais, conforme dispõe o artigo 37, XIX, da CRFB, apenas lei específica poderá versar sobre a autorização e instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. A aplicação, neste caso, do princípio da autorização legislativa, buscou impedir que o Poder Executivo, por si só, valorasse os critérios de instituição de pessoas administrativas, e passou a prever o controle através da participação do Legislativo em seu processo de concepção. Neste aspecto, ainda, aplicando a teoria da simetria, sua extinção apenas poderá ocorrer por lei autorizadora, não cabendo ao Poder Executivo ao qual pertence a entidade a competência exclusiva para dar fins às suas atividades.

No que se refere ao objeto dessas pessoas jurídicas, conforme desenvolvido acima, quando do estudo da atuação do Estado na economia, o objetivo da criação das sociedades de economia mista e empresas públicas foi a maior versatilidade na atuação estatal, considerando que os órgãos públicos se encontram limitados a uma infinidade de controles, o que causa morosidade nas atividades que desempenha. Através dessas entidades o Estado se aproxima

---

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 239.

da figura de empresário, alcançando celeridade e eficiência para atingir êxito nas tarefas desempenhadas.

Como dito anteriormente, as empresas estatais são os instrumentos utilizados pelo Estado quando este atua empresarialmente. A definição legal destas entidades, contida no artigo 173 da CRFB, explicita que seu objetivo é o desempenho de atividades de caráter econômico. Mesmo que tal dispositivo não faça referência aos serviços públicos, estes são considerados espécies do gênero atividade econômica, pois a doutrina sempre assim considerou<sup>18</sup>. Desse modo, devemos considerar como tipos de atividades destas empresas: atividades econômicas e serviços públicos.

Nessa atuação empresarial do Estado não são todos os serviços públicos que poderão ser executados por sociedades e economia mista e empresas públicas. Somente são permitidos aqueles que, mesmo sendo prestados por empresa estatal, poderiam também ser por particulares, ou seja, a atuação empresarial do Poder Público é excepcional, em respeito ao princípio da livre iniciativa<sup>19</sup>. Desse modo, ficam excluídos os serviços considerados próprios do Estado, em que só o ente estatal pode executar, sem concorrência da iniciativa privada, a exemplo da segurança pública e prestação jurisdicional.

Observada a regra do parágrafo anterior, quando couber a atuação do Estado na exploração direta da atividade econômica, deverão ser respeitados dois requisitos, quais sejam, tal atuação deve ser necessária "aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo", e, ainda, a formalização desta ação deverá ser feita por meio da criação das entidades aqui abordadas: empresas públicas e sociedades de economia mista.

O objeto da empresa estatal será, de acordo com o disposto no artigo 37, XIX, da CRFB, definido pela lei que a autorizou ou instituiu, assim como acontece com a definição de seu regime jurídico. A escolha deste último está intimamente ligada à definição do objeto da

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit*, p. 117.

<sup>19</sup> BRASIL, *Constituição Da República Federativa de 1988*. Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 09 maio 2017.

empresa, pois, se tiver como objetivo a atividade econômica, haverá submissão ao regime próprio da iniciativa privada e princípio da livre-iniciativa, já por outro lado, se o objeto designado for o de prestação de serviço público, a titularidade será própria do Estado.

O artigo 173, §1º, II, da CRFB prevê a sujeição das empresas estatais "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Isso porque o intuito do legislador é prestigiar a concorrência leal no campo econômico, o que justifica a determinação de que o exercício de atividade econômica por estatais não pode acarretar prejuízos para os particulares que atuam no mesmo setor e que são os verdadeiros titulares.

A concessão às empresas estatais de regime próprio de empresas privadas não significa que o tratamento entre elas será exatamente isonômico, pois as estatais integram a Administração Pública Indireta, devendo respeitar as normas próprias do direito público, como exemplo, o procedimento licitatório. Por esta razão o regime jurídico destas entidades é considerado híbrido ou anômalo, visto que é um “regime de direito privado, permeado de regras específicas próprias do regime de direito público”<sup>20</sup>.

Conforme se nota, essa classificação de regime híbrido é utilizada pela doutrina tendo em vista a influência do direito privado em algumas atuações, e de direito público em outras. De acordo com o debatido até agora, pode-se observar que as empresas públicas e sociedades de economia mista possuem dois aspectos inerentes à sua essência: são pessoas jurídicas de direito privado, e, ao mesmo tempo, estão sob o controle do Poder Público. Ou seja, estas entidades nem estão sujeitas integralmente ao regime de direito privado, e nem inteiramente ao de direito público.

Nesse sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida expõe que as fronteiras entre o direito público e o privado, no contexto de sociedade atual, não devem ser consideradas absolutas ou estanques<sup>21</sup>, pois tal fenômeno ocorre por uma necessidade primária da

---

<sup>20</sup> NESTER, Alexandre Wagner. “O Exercício do Poder de Controle nas Empresas Estatais” – *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 123.

<sup>21</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 111.

Administração Pública, que surge natural e legitimamente para que o Estado possua os meios para melhor realização de seus objetivos.

Tanto no Direito Administrativo, como no Direito Civil ou Comercial, os termos “público ou privado” são meramente convencionais, e fazem referência ao corpo normativo original concebido para regular a esfera pública ou a autonomia privada, respectivamente. Tais normas são identificadas de forma isolada apenas em uma ordem estática e fragmentada do ordenamento. Quando a intenção é estudar o sentido dinâmico, é possível constatar que o fenômeno administrativo passa a ser regido por combinações entre regras próprias do regime público e normas civis<sup>22</sup>.

Sob essa perspectiva, o mais adequado é afirmar que o regime jurídico das empresas estatais não é propriamente de Direito Privado, e tampouco de Direito Público, pois trata-se de regime jurídico híbrido e atípico, resultado da junção de elementos de ambos. Tais elementos, quando colocados no mesmo ambiente ou sistema, se modificam qualitativamente entre si, sendo importante destacar ainda, que essa alteração de elementos não é homogênea em todas as estatais, dependendo de fatores característicos de cada empresa pública ou sociedade de economia mista individualmente considerada<sup>23</sup>.

Isto é, mesmo considerando o regime híbrido e atípico quanto à aplicabilidade das normas próprias de direito público ou privado, tal regime não é uniforme a todas as estatais, vez que existem importantes variações, de acordo, por exemplo com a natureza da atividade exercida pela empresa, ou sua maior ou menor dependência de verbas do respectivo ente federativo.

Por exemplo quanto maior a dependência do orçamento público, ou o exercício de atividade sem concorrentes privados, menos elementos de direito privado serão verificados em seu regime jurídico. Ao revés, quanto mais uma estatal possuir independência financeira e exercer atividade competitiva, maior será a prevalência de características do direito privado,

---

<sup>22</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 165.

<sup>23</sup> NAPOLITANO, Giulio. *Pubblico e Privato nel Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 53.

ou seja, menos os seus elementos de direito privado serão influenciados por direito público e mais os elementos integrantes do direito público serão alvo de influência privatista.

No que tange à contratação de empregados de empresas estatais, estes são submetidos ao regime regulado pela CLT, próprio de pessoas jurídicas de direito privado integrantes ou não da Administração, com fundamento no artigo 173, §1º, II, da CRFB. Como decorrência do regime jurídico híbrido, esses empregados encontram-se submetidos também às normas constitucionais que tratam de agentes públicos, e tanto sua contratação quanto o exercício de suas funções deverão respeitar as premissas próprias de agentes públicos, tais como realização de concurso público para ingresso<sup>24</sup>; vedação à acumulação de empregos públicos com outros empregos, cargos ou funções públicas e submissão ao teto remuneratório.

Diferentemente dos servidores estatutários, os empregados públicos das estatais são julgados sempre perante à Justiça do Trabalho, e não gozam de estabilidade. Sua demissão, assim como sua admissão, deve respeitar procedimento formal, e apenas será efetivada mediante motivação, que é considerada parâmetro indispensável para o controle de observância de princípios constitucionais como a moralidade e impessoalidade, além de materializar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Na matéria de responsabilidade civil, essas empresas respondem pelos danos causados a terceiros com seu próprio patrimônio, sendo que, quando este se demonstrar insuficiente para adimplir as obrigações da estatal, o respectivo Ente responderá subsidiariamente aos credores. Quando a estatal for prestadora de serviços públicos, a responsabilidade civil será objetiva, com fundamento no artigo 37, §6º, da CRFB. Ao contrário, quando se tratar de estatal econômica, a natureza da responsabilidade, em regra, será subjetiva, o que caracteriza a aplicação do mesmo tratamento dispensado às empresas privadas em geral.

---

<sup>24</sup> BRASIL, *Constituição Da República Federativa de 1988*. Art. 37, II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso 05 maio 2017.



Os atos exercidos por empresas públicas e sociedades de economia mista, em razão da natureza jurídica privada dessas entidades, serão considerados atos privados<sup>25</sup>. Porém, os atos praticados no desempenho das funções administrativas, a exemplo de concursos públicos e licitação, serão classificados como atos materialmente administrativos e, que, assim, podem ser alvo de controle.

Por fim, quanto aos contratos celebrados pelas empresas estatais, que é o que há de mais importante para o presente estudo, a regra geral é a de realização de licitação. Esta apenas não será exigida quando se tratar de contratação cujo objeto seja a atividade-fim da estatal econômica, em respeito ao disposto no artigo 173 da CRFB. Ou seja, para todas as atividades-meio será necessária a realização do certame licitatório.

Na configuração da exceção acima citada, quando não for necessária a licitação, a natureza jurídica dos contratos dependerá da atividade a ser desenvolvida. Estatais econômicas celebram apenas contratos privados, regidos pelas normas de direito privado, sem constar, em regra, as cláusulas exorbitantes próprias da Administração. Já as empresas que prestam serviço público, além dos contratos privados, há possibilidade de celebração de contratos administrativos vinculados à prestação do serviço público, e que serão regidos pelo direito público.

Em suma, até a edição da lei 13.303/2016, como já citado, o artigo 173, da CRFB, previa a edição do estatuto para estabelecer regras específicas para contratações e licitações pertinentes às estatais, e, ainda, dispunha que a utilização das normas da lei 8.666/93, quando ocorresse a referida edição, passaria a ser apenas supletiva. Posteriormente será abordada como ocorrerá o tratamento desta questão a partir de agora.

---

<sup>25</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Art. 173, §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 02 maio 2017.

## CAPÍTULO III

### PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Após conceituar as entidades a serem abordadas, passaremos à análise do procedimento objeto deste estudo, qual seja, a licitação. Diferentemente dos particulares, que possuem liberdade de contratar, princípio próprio da iniciativa privada, o Poder Público, sempre que adquire, aliena, loca bens ou contratada obras e serviços, necessita realizar um procedimento preliminar determinado e preestabelecido em lei.

#### **3.1. Licitação: Conceito e Base Legal**

A Administração Pública exerce suas atividades sempre objetivando o interesse público. Até mesmo quando exerce atividades econômicas, por exemplo, no exercício das funções de empresas estatais, o objetivo maior sempre será o interesse público geral, razão pela qual, como visto no capítulo anterior, essas entidades possuem um regime jurídico híbrido, sendo submetidas a regras características do direito público.

Sendo assim, para o exercício das funções da Administração, não seria razoável que a lei deixasse ao agente público a livre escolha acerca das pessoas a serem contratadas, pois, como pode-se imaginar, tal liberdade poderia levar a escolhas impróprias, que contrariassem os princípios que devem ser observados pela Administração Pública como gestora de interesses coletivos.

Nesse intuito foram criadas as normas de licitação, que surgiram como um procedimento anterior ao próprio contrato, que permite que os particulares interessados em realizar suas propostas ao ente público o façam, e, em contrapartida, permite à Administração que escolha, dentre essas pessoas, a proposta que mais se mostre vantajosa.

Esse procedimento pode ser entendido como o processo administrativo pelo qual o ente público, exercendo sua função administrativa, realiza a abertura, a todos os particulares

interessados, e que se submetam às condições definidas em instrumento convocatório, de possibilidade de formularem propostas e competir isonomicamente, visando a celebração de determinado contrato, dentre as quais será selecionada e aceita a proposta de maior conveniência administrativa e também a que possuir maior aptidão para o preenchimento dos atributos necessários ao bom cumprimento das obrigações<sup>26</sup>.

Nas palavras do autor Diógenes Gasparini:

*Licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse*<sup>27</sup>.

Quando falamos em procedimento administrativo, fazemos referência a vários atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração, que é a seleção da proposta mais conveniente. Como explicitado no conceito deste procedimento, a licitação não é exaurida instantaneamente. Ao contrário, ela é formada por uma sequência de atos formais da Administração e do particular, que exercidos em conjunto darão origem ao objetivo desejado, que é a celebração do contrato.

Por essa razão, é possível afirmar que a licitação possui natureza jurídica de procedimento administrativo com fim seletivo<sup>28</sup>, pois, constitui "um conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la"<sup>29</sup>. Tal conjunto de atividades, como já dito, será sempre necessário, independente do grau de formalidade do procedimento na prática. Será imprescindível que a Administração divulgue o objeto do que deseja contratar; que os particulares ingressem com as propostas e documentos para atender às exigências feitas; que se atenda a um procedimento formal de escolha etc.

---

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2005, p. 309

<sup>27</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 2012, Saraiva, p. 477.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 365-366.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 249

Como característica, ainda, é possível afirmar que a licitação é um procedimento vinculado, pois fixadas as regras, cabe ao administrador apenas cumpri-las, sob pena de violar o direito dos interessados que ingressaram no certame e, também, de culminar na improbidade da realização.

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a realização do certame licitatório. Em seu artigo 22, XXVII<sup>30</sup>, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre as "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III", da CRFB.

Há também no texto constitucional, a presença do princípio da obrigatoriedade de licitação, contido no art. 37, XXI<sup>31</sup>, que estabelece que fora dos casos expressamente previstos em lei, "as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Em respeito a tal princípio, não é lícito à Administração o não cumprimento de procedimento licitatório para a celebração de contratos, salvo nas situações excepcionadas por lei. Como exemplo da aplicação desse princípio, uma lei editada por unidade federativa já foi declarada inadmissível pois determinava que pequenas empresas pagassem seus débitos tributários por dação em

---

<sup>30</sup> BRASIL, *Constituição Da República Federativa de 1988*. Art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 maio 2017.

<sup>31</sup> BRASIL, *Constituição Da República Federativa de 1988*. Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 maio 2017.

pagamento de materiais destinados à Administração<sup>32</sup>. Essa inadmissibilidade tem como fundamento a regra citada acima, considerando que tais materiais, que seriam consignados em pagamento, devem ser adquiridos pela Administração obrigatoriamente através de licitação, nos termos do art. 37, XXI, da CRFB<sup>33</sup>.

Ainda, no art. 22, XXVII, da CRFB, o constituinte estipulou que, sendo da União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação, é lícito aos Estados, Distrito Federal e Municípios a regulação do tema quanto a normas específicas.

Com isso, na legislação infraconstitucional, o tema das licitações é consideravelmente abordado. A principal lei é a Lei 8.666/93, conhecida como o Estatuto dos Contratos e Licitações. Esse diploma legal consagra princípio gerais, e é a fonte legislativa primária disciplinadora do procedimento licitatório. Por essa razão, apresenta também algumas ressalvas e proibições aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a exemplo da proibição de ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade, além dos valores limites para cada modalidade.

Ao falar que a Lei 8.666/93 faz a regulação de "normas gerais", tem-se um conceito jurídico indeterminado. Como bem elucida Rafael de Oliveira, apesar da impossibilidade de fixação de um conceito exato e excluindo a pretensão de arrolar as hipóteses exaustivas de normas gerais previstas no Estatuto das licitações, "é possível dizer que as referidas normas possuem razoável grau de abstração que garantem uniformidade ao processo de licitação em todas as esferas federadas, sem que interfiram nas peculiaridades regionais e locais de cada Ente federado"<sup>34</sup>.

Podem ser consideradas normas gerais aquelas que consagram princípios constitucionais e administrativos, a exemplo do art. 3º, da Lei 8.666. Por outro lado, como já

---

<sup>32</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 1917 – Distrito Federal, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em 26.04.2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481954>>. Acesso em: 05 maio 2017.

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 237.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 367.

decidido pelo STF, algumas normas da referida lei não podem ser consideradas gerais, pois vinculam somente a Administração Federal<sup>35</sup>.

Além da Lei 8.666/93, em 2002 foi editada a Lei 10.520, que passou a regular a nova modalidade de licitação conhecida por pregão. Esta lei tem caráter especial se comparada com o Estatuto das licitações, pois traz previsão especificamente quanto a uma modalidade, enquanto a Lei 8.666/93 regula as normas gerais de todas as outras. Quando for hipótese, portanto, de aplicação da lei mais especial, a utilização do Estatuto será supletiva.

Sobre o assunto pode-se destacar, também a Lei 8.248/91, que trata da aquisição de bens e serviços de informática, e a Lei 12.232/2010, que institui normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por agências de propagandas.

Outra lei que merece evidência, e que foi promulgada em 2011, é a Lei 12.462, que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), no intuito de aplicação para a Copa das Confederações, Copa do Mundo e Olimpíadas, em razão do grande volume, nesses eventos, de obras, serviços e compras a serem realizados, visando ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes. A adoção deste regime diferenciado é opcional, devendo ser prevista sua utilização desde a publicação do instrumento convocatório<sup>36</sup>. As normas constantes desta lei são consideradas específicas, e, assim como dito acima, a aplicação do Estatuto das licitações passa a ser subsidiária.

Conforme mencionado no capítulo anterior, as empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades que integram a Administração Pública Indireta, e, assim, de acordo com o estabelecido na regra constitucional prevista no art. 37, XXI, da CRFB<sup>37</sup>, são

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n° 927-3 – Rio Grande do Sul. Medida Liminar, Pleno. Relator Ministro Carlos Veloso. Julgamento em 02.11.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>. Acesso em: 05 maio 2017.

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 239.

<sup>37</sup> BRASIL, *Constituição Da República Federativa de 1988*. Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as

destinatárias do procedimento licitatório. A referida norma prevê que a licitação se dirige à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal previsão também está contida no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que expande o rol previsto na Constituição e inclui também como destinatárias as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

### **3.2 – Princípios Aplicáveis ao Procedimento Licitatório**

Por se tratar de um procedimento administrativo, a licitação deve atender aos ditames dos princípios constitucionais gerais aplicáveis à Administração Pública em geral, e, além disso, deve obediência específica aos princípios constantes no art. 3º, da Lei 8.666/93.

#### **3.2.1 - Princípio da Moralidade e Impessoalidade**

Pelo princípio da moralidade é exigido do agente público que atue sempre em respeito à ética. O princípio da impessoalidade exige que a Administração Pública dispense a todos os administrados, que estejam na mesma situação jurídica, o mesmo tratamento, em termos de direitos e obrigações<sup>38</sup>.

Outro princípio que possui profunda ligação com estes citados é o princípio da isonomia, presente no art. 5º, da CRFB, em que é tratado como direito fundamental, e, ainda, no art. 37, XXI, também da CRFB, que prevê que o procedimento licitatório deve assegurar "igualdade de condições a todos os concorrentes".

A ideia geral é a de que a Administração deve tratar de maneira não discriminatória todos os licitantes, ou seja, não podem ser estabelecidas preferências ou distinções de

---

exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 maio 2017.

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 316.

circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para o objeto do contrato<sup>39</sup>. Todos os particulares interessados no certame devem competir em igualdade de condições, sem que haja vantagem que privilegia sujeito específico. A ligação do princípio da isonomia e da impessoalidade é clara, pois, ao oferecer oportunidade não distinta aos interessados, a Administração está conferindo tratamento impessoal.

### **3.2.2 - Princípio da Publicidade**

Em virtude desse princípio, a licitação deve ser amplamente divulgada, para que seja possível o conhecimento de sua realização e suas regras pelo maior número de pessoas, pois, quanto mais a quantidade de concorrentes, mais eficiente será a seleção, pois há possibilidade de se estabelecer a proposta mais vantajosa entre as várias apresentadas.

A lei 8.666/93 traz alguns exemplos de aplicação de tal princípio. O primeiro é o art. 21, que exige a publicação e avisos contendo o resumo do edital na imprensa. Outro a ser citado é o art. 39, no qual há a previsão de audiência pública no caso de licitações que envolvem grandes valores, e, ainda, outro dispositivo que demonstra a importância da publicidade é o art. 23, §4º, o qual dispõe que a Administração pode utilizar procedimento que exija maior publicidade, mesmo que o valor envolvido remeta a uma modalidade de menor rigor quanto à divulgação.

### **3.2.3 - Princípio Da Vinculação Ao Instrumento Convocatório**

As regras estipuladas no instrumento convocatório, ou seja, no edital ou na carta convite, são leis internas da licitação e que devem ser observadas por ambas as partes - Administração e licitantes. - as regras da convocação, como, por exemplo, dispensar documento ou fixar preço não estipulado anteriormente<sup>40</sup>, que não podem descumprir. Quando essa garantia é violada, o procedimento se torna inválido e pode ser objeto de correção administrativa ou judicialmente.

---

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 368.

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato administrativo*. Editora Malheiros, 2010, p. 40.



Frise-se que a importância desse princípio reside no fato de que, evitando-se alterações nos critérios de julgamentos, será evitada qualquer lacuna que seja potencial violação à moralidade administrativa e à impessoalidade, abordadas anteriormente.

### **3.2.4 - Princípio do Julgamento Objetivo**

O julgamento objetivo é consequência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois consiste na ideia que o julgamento das propostas apresentadas deve ser pautado por critérios previstos por lei e objetivos. Não podem ser aceitos subjetivismos e personalismos, em respeito à isonomia, e estas premissas devem ser observadas não apenas na etapa final de julgamentos, mas sim em todas as fases do procedimento em que haja alguma escolha ou espécie de julgamento. O art. 45 do Estatuto das Licitações prevê alguns critérios a fim de garantir o julgamento objetivo, a exemplo do menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta.

### **3.2.5 - Princípio do Procedimento Formal**

Por esse princípio, os procedimentos realizados na licitação são formais e as regras adotadas devem seguir o que está estabelecido em lei, sendo vedado aos administradores qualquer comportamento de modificação ao seu próprio entendimento. Essa rigidez formal da competição licitatória é necessária até mesmo para a concretização da isonomia, através da igualdade de tratamento, sendo necessária, portanto, a obediência ao devido processo legal<sup>41</sup>.

## **3.3 – Alguns Aspectos do Procedimento da Lei 8.666/93**

O procedimento licitatório estabelecido pela lei 8.666/1993 deve seguir as seguintes etapas: formalização, edital, habilitação, procedimento seletivo (que engloba o julgamento da

---

<sup>41</sup> SUNDFELD, CARLOS ARI. *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23.

habilitação e das propostas), e, por fim, os resultados com posterior homologação e adjudicação.

Pela natureza do procedimento licitatório, considerado procedimento administrativo, e, portanto, com a decorrente participação da Administração Pública, que deve sempre atentar ao interesse público, se faz necessária a formalização da licitação. O procedimento se iniciará com a instauração de processo administrativo, que ser autuado, protocolado e numerado para garantia do devido registro e publicidade.

Realizada a instauração, o procedimento deve conter autorização para a licitação, descrição do objeto, minuta do instrumento convocatório, bem como atas e relatórios, previsão de recursos, publicações e outros documentos, de acordo com o rol estipulado pelo art. 38 da lei 8.666/1993:

*Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:*

*I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;*

*II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;*

*III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;*

*IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;*

*V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;*

*VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;*

*VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;*

*VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;*

*IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;*

*X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;*

*XI - outros comprovantes de publicações;*

*XII - demais documentos relativos à licitação.*

Na fase de habilitação, é verificada a aptidão do particular para figurar como contratado da Administração. Caso seja considerado inabilitado, o candidato será excluído do certame, pois a habilitação é considerada aferição necessária para o contrato principal. Nessa aferição, são considerados cinco aspectos: (i) habilitação jurídica; (ii) habilitação técnica; (iii) qualificação econômico-financeira; (iv) fiscal e trabalhista; e, (v) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF.

Todos esses requisitos a serem cumpridos e documentos a serem apresentados devem ser avaliados de acordo com os critérios da legalidade e razoabilidade, para que não seja desconsiderado o postulado da competitividade. O administrador público, ao confeccionar o edital que irá prever a necessidade de burocracias a serem seguidas, deve considerar o real objetivo da licitação, que é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Deve sempre ser evitado o excesso de formalismo, não sendo lícito, por exemplo, a exclusão de participantes que apresentem falhas mínimas passíveis de correção e irrelevantes quanto ao objeto do futuro contrato<sup>42</sup>, o que, infelizmente ocorre em alguns casos de aplicação da lei 8.666/1993, e que é considerado inaceitável pelo Judiciário<sup>43</sup>.

Os licitantes devem fornecer dois envelopes à Comissão de licitação, órgão responsável pelo certame. Um deles deve conter os documentos que comprovem a habilitação, e o outro apresenta a proposta do participante. Primeiramente, são abertos os envelopes de habilitação, momento em que são selecionados os candidatos considerados habilitados, e, então, serão abertas as propostas apenas destes licitantes. Antes do julgamento das propostas, os concorrentes considerados inabilitados deverão exteriorizar sua intenção em recorrer, e apenas neste caso a sessão de julgamento prosseguirá. Caso algum participante inabilitado interponha recurso, a sessão apenas terá continuidade após julgados os recursos ou transcorridos os prazos previstos.

---

<sup>42</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 287.

<sup>43</sup> O STJ já repudiou inabilitações que foram realizadas com base em negativa de eficácia a balanço elaborado por profissional de contabilidade e ratificado por sócio-gerente da empresa participante. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 5631, 1ª Sessão, unânime, Relator Ministro Humberto G. de Barros, publ. DJ 21.9.1998). Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19843612/mandado-de-seguranca-ms-5631-df-1998-0005624-6/inteiro-teor-104571827>>. Acesso em: 10 maio 2017.

Após o julgamento das propostas, ocorre a classificação, que é o ato em que serão acolhidas as propostas apresentadas, de acordo com o disposto no instrumento convocatório. A Administração elenca as propostas melhores classificadas, ficando certo que, poderão ser consideradas desclassificadas aquelas que não observem as regras do instrumento convocatório; e também as que apresentem preços excessivos ou inexequíveis.

Após fixada a ordem classificatória, e estipulado o vencedor da licitação, a Comissão de Licitação expedirá o resultado final, último ato a ser realizado por esse órgão, que irá declarar que o procedimento foi finalizado e possui um primeiro colocado. Essa fase garante ao licitante vencedor que não seja preterido por proposta classificada abaixo da sua, ou, ainda, por terceiro que ao menos tenha participado do certame.

Finalizada a atuação da Comissão de Licitação, essa será responsável por encaminhar à autoridade superior competente, que, como caminho comum, irá realizar a homologação do procedimento. É um ato administrativo de confirmação<sup>44</sup>, pelo qual é confirmada a validade do procedimento e o interesse de execução da contratação. Uma vez realizada a homologação, entende-se pela completa adjudicação do objeto, conferindo ao licitante o direito ao contrato.

### **3.4 – Modalidades de Licitação na Lei 8.666/1993**

A Lei 8.666/93, em seu art. 22<sup>45</sup>, estipula cinco modalidades do procedimento licitatório: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. O rol apresentado no referido dispositivo é taxativo, ou seja, à Administração não é permitida a criação de novas modalidades, ou a combinação entre elas<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 295.

<sup>45</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

<sup>46</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 273.

A concorrência é utilizada para os processos que envolvam valores vultosos, pois, conforme previsto no art. 23 da Lei 8.666/93, essa modalidade será aplicada para as obras e serviços de engenharia com valor acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), e para compras e outros serviços acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

### **3.4.1 – Concorrência**

Consoante o disposto no art. 22, §1º da lei, a participação nessa modalidade de licitação é facultada a qualquer pessoa interessada em contratar com a Administração Pública, sem necessidade de cadastramento ou convite. Através da leitura do dispositivo citado, é possível perceber que essa modalidade sempre envolve objetos com maior vulto econômico.

Assim, justamente em razão do grande aporte econômico que pressupõe sua realização, a concorrência possui maior formalismo, que pode ser observado, por exemplo, pela presença de uma fase inicial de habilitação preliminar, na qual o particular interessado deverá comprovar a observância das qualificações previstas no edital publicado, que é o instrumento convocatório utilizado para publicizar o procedimento a todos os interessados.

### **3.4.2 - Tomada de Preços**

Comparativamente à concorrência, a tomada de preços envolve valores médios de contratação. Quanto à possibilidade de participação dos particulares, a exigência legalmente prevista é de que os interessados em participar devem ser cadastrados previamente nos respectivos órgãos públicos, ou, ainda, aqueles que demonstrem aptidão para tal cadastramento devem fazer em até três dias antes da data final do recebimento das propostas.

A partir do cadastramento, o interessado já será considerado habilitado, pois, diferentemente da concorrência, na qual existe uma fase prévia de habilitação, na tomada de preços esta é efetuada com o próprio cadastramento.

### **3.4.3 – Convite**

A modalidade convite, dentre todas as citadas, é a que apresenta menor formalismo, em razão do menor valor envolvido na contratação. Além disso, um fator que diferencia das outras modalidades existentes, é o fato de que não é publicado um edital, sendo a carta-convite o instrumento convocatório, na qual são inseridas todas as informações sobre o procedimento. As cartas-convite devem ser enviadas para, no mínimo, três particulares do ramo objeto da contratação, que são escolhidos ao exclusivo critério da Administração e não necessariamente são cadastrados perante aos órgãos públicos. É lícito, porém, que qualquer outro interessado participe do certame, devendo comprovar, contudo, que possui inscrição devidamente efetuada no órgão.

Caso a Administração não consiga o número de interessados necessários, seja pelo desinteresse dos particulares, seja pela restrição do mercado, deverá haver devida justificação no processo, sob pena de nova realização de convite, de acordo com o preceituado no art. 22, §3º da lei 8.666/93<sup>47</sup>.

#### **3.4.4 – Leilão**

O leilão tem como objeto a alienação de bens que não possuem utilidade prática para a Administração Pública. Três podem ser os objetos: bens móveis inservíveis; produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e, bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento. Nessa modalidade, o certame é realizado através do oferecimento de lances, e é considerado vencedor o particular que ofertar o maior lance, que deve ser superior ou igual à avaliação.

### **3.5 – Tipos de Licitação na Lei 8.666/1993**

---

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 22, § 3º - Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

Os tipos de licitação são estabelecidos no art. 45 da lei, e são definidos como os critérios de julgamento utilizados para classificar as propostas. A princípio, o tipo de licitação adotado será por discricionariedade da Administração, salvo em duas hipóteses: na modalidade pregão, que será posteriormente abordada, a qual necessariamente deve ser executada pelo tipo menor preço; e, também, na modalidade leilão, que deve ocorrer pelo tipo maior lance ou oferta.

### **3.5.1 – Menor Preço**

Esse tipo de licitação é resultado de uma verificação objetiva, pois considera a vantagem econômica a ser auferida pela Administração Pública. Desse modo, será considerado vencedor aquele licitante que demonstrar o prisma econômico mais vantajoso.

Na prática, os certames que adotem esse tipo serão compostos de apenas uma proposta, que será a de preço.

### **3.5.2 – Melhor Técnica**

Será de melhor técnica o tipo da licitação quando ocorrer a consideração sobre a perfeição do objeto contratual, ou seja, o principal interesse não é selecionar a proposta simplesmente com menor preço, mas sim contratar o licitante que apresente a melhor execução do objeto.

Nessas hipóteses, as propostas a serem ofertadas serão duas: a de preço, e a técnica. Primeiramente, ocorre a seleção do candidato que possui a melhor técnica. Após essa aferição, se iniciará a fase de negociação, na qual o candidato que ofereceu a proposta vitoriosa apenas realizará a celebração do contrato se aceitar executar o objeto pelo menor preço ofertado dentre todos os participantes.

### **3.5.3 – Técnica e Preço**

Nesse tipo de licitação, o resultado do certame é obtido através da média ponderada na avaliação dos dois quesitos. Assim, são considerados os dois critérios, o preço e a técnica, ocorrendo duas propostas, e conseqüente estabelecimento de ordem classificatória em cada atributo, sendo vencedor aquele obtiver melhor média final através da média ponderada. O art. 45, §4º da lei 8.666/1993<sup>48</sup> impõe a obrigatoriedade desse tipo de licitação para as contratações de bens e serviços de informática.

### **3.6 – As tentativas de dinamização da licitação**

A sistemática do procedimento, das modalidades e tipos de licitação previstos na lei 8.666/93 acabavam por gerar, em muitos casos, a perda da celeridade desejada para a atividade administrativa. Esse tema era alvo de inúmeras reclamações de órgãos públicos, que viam contratos simples ficarem atravancados pelo excesso de formalidades e burocracias do processo regular de licitação.

#### **3.6.1 – Pregão**

Para atender à necessária dinamicidade comprometida pelo histórico acima citado, em 2002 foi editada a lei 10.520, que instituiu o pregão, modalidade que passou a prever procedimento próprio, com vistas a provocar o aceleração dos processos de contratação<sup>49</sup>.

O pregão é modalidade facultativa que pode ser empregada nos casos em que seriam cabíveis a concorrência, tomada de preços e convite. A substituição dessas modalidades pelo pregão é realizada à discricionariedade do administrador, quando este julgar adequado e conveniente.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 45, § 4º - Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 maio 2017.

<sup>49</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 304.



Como primeira característica inserida no pregão, é possível citar a adoção do princípio da oralidade. Até então, todas as modalidades de licitação tinham como forma de manifestação a escrita, através da apresentação de documentos e propostas. O pregão surge e institui a possibilidade de os particulares ofertarem propostas verbalmente, na sessão pública competente. É admitida, ainda, a utilização não só de propostas, que são as ofertas apresentadas pelos licitantes, mas também de lances, que são ofertas apresentadas de forma sucessiva e progressiva, que possibilitam a maior agilidade na seleção da proposta mais vantajosa à Administração, e também incentiva a competitividade entre os participantes. Como características, ainda, nas palavras de Marçal Justen Filho,

*Em primeiro lugar, a estrutura procedimental do pregão é absolutamente peculiar, com duas características fundamentais. Uma consiste na inversão das fases de habilitação e julgamento. Outra é a possibilidade de renovação de lances por todos ou alguns dos licitantes, até chegar-se à proposta mais vantajosa. Em segundo lugar, o pregão comporta propostas por escrito, mas o desenvolvimento do certame envolve a formulação de novas proposições ("lances"), sob forma verbal (ou, mesmo, por via eletrônica). Em terceiro lugar, podem participar quaisquer pessoas, inclusive aqueles não inscritos em cadastro. Sob um certo ângulo, o pregão é uma modalidade muito similar ao leilão, apenas que não se destina à alienação de bens públicos e à obtenção da maior oferta possível. O pregão visa à aquisição de bens ou contratação de serviços, pelo menor preço<sup>50</sup>.*

O trecho citado trata da clara tentativa de dinamicidade da lei 10.520/2002, e, ainda, de sua leitura pode-se aferir duas modalidades do pregão: a presencial, e a eletrônica, que é processada através da internet. A modalidade eletrônica tem como benefícios a diminuição de documentos a serem apresentados, que geram grande volume e dificultam a análise pelo pregoeiro, e também a maior objetividade e celeridade, pois o meio eletrônico, apesar de possíveis defeitos de sistema, não apresentam os embaraços da execução presencial. O pregão eletrônico, porém, não será preferível quando for caso, por exemplo, de necessidade de exibição de produtos ou de análises detalhadas que apresentam maior complexidade<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Nova modalidade licitatória*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47554/45180>>. Acesso em 13 jun 2017.

<sup>51</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e eletrônico*, Ed. Zênite, 4ª ed., 2006, p. 281-287.

A forma de execução da licitação por meio eletrônico foi um grande avanço que coaduna com o contexto moderno, e foi de grande importância para a Administração, que passou a se utilizar dessa modalidade em grande escala. Essa inovação do pregão repercutiu nas legislações posteriores, que, como ficará demonstrado, incorporaram essa previsão.

### **3.6.2 – Regime Diferenciado de Contratações**

O denominado RDC - Regime diferenciado de contratações - foi instituído pela MP 527/2011, posteriormente convertida na lei 12.462/2011. A edição dessa legislação ocorreu no contexto de realização, no Brasil, dos maiores eventos esportivos mundiais: As Copas, das Confederações e Mundial, em 2014, e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos, em 2016. Considerando o grande volume de obras que seriam necessárias para construção de estádios e de toda a infraestrutura necessária para eventos de grande porte, o governo criou uma alternativa à burocratização da lei 8.666/1993, que pelo número de formalidades poderia acabar por atrasar as contratações e prejudicar a execução dos serviços necessários.

O texto legal previu que o RDC somente poderia ser aplicado: (i) às licitações e contratos necessários à realização de obras de infraestrutura e contratação de serviços para aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais; (ii) das ações integrantes do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento; e, (iii) para as obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde; entre outras. Registre-se que as duas últimas hipóteses foram incluídas na lei em 2012, através das leis 12.688, e 12.745, respectivamente, em uma tentativa do governo em ampliar a aplicação do RDC.

Na própria lei do RDC, mais precisamente no art. 1º, §1º<sup>52</sup>, são elencados os objetivos que justificam a sua aplicação. Entre eles, são elencados: (i) ampliação da eficiência nas

---

<sup>52</sup> BRASIL, Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Art. 1º, § 1º - O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm)>. Acesso em: 12 maio 2017.

contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; (ii) fomento à inovação tecnológica; e, (iii) garantia de tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

São enumeradas também no texto legal, as diretrizes que orientam essa modalidade, a citar: (i) ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, respeitando o “orçamento sigiloso”; (ii) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente; (iii) busca da maior vantagem para a Administração, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores; entre outras.

As normas presentes na lei 12.462/2011 foram em sua grande maioria inspiradas em orientações do TCU e também em inovações de legislações anteriores específicas. Por exemplo, com inspiração na modalidade do pregão, o RDC também previu a inversão de fases da habilitação e julgamento, estabelecendo que, em regra, o julgamento antecederá a fase de habilitação, devendo ocorrer a devida motivação e previsão no instrumento convocatório caso a intenção seja estabelecer a habilitação prévia.

No *caput* do art. 6º da lei 12.462/2011<sup>53</sup>, foi estipulada a restrição da publicidade de determinados atos. O orçamento estimado da contratação não será divulgado de antemão aos licitantes, em razão da adoção do “orçamento sigiloso”.

Duas outras inovações do RDC, que versam sobre os cadastros dos licitantes são: (i) existência da pré-qualificação permanente, instituto que tem por objetivo identificar fornecedores que reúnam condições de habilitação, e bens que atendam às exigências técnicas da Administração; e, (ii) os registros cadastrais, que são válidos por até um ano e assim como

---

<sup>53</sup> BRASIL, Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Art. 6º - Observado o disposto no §3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm)>. Acesso em: 12 maio 2017.

o procedimento anterior são abertos permanentemente para inscrição de interessados. Neste último há, ainda, a possibilidade de anotação no registro acerca do desempenho contratual do particular.

Não cabe, no presente momento, a análise de todo o procedimento e características do RDC, pois, conforme será demonstrado, o Estatuto das Estatais editado em 2016 em muito se aproxima ao regime diferenciado de contratações. Com isso, no capítulo posterior, quando forem abordadas as questões da lei 13.303/2016 poder-se-á ter melhor visão acerca do novo regime instituído e também do RDC. O que se deve ter em mente é que as normas deste regime surgiram na tentativa administrativa de ampliação da eficiência e dinamicidade da atuação estatal, como demonstrado pelos objetivos e diretrizes expostos na lei 12.462/2011.

## CAPÍTULO IV

### O ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

Após uma longa espera – que completou quase vinte anos – pela regulamentação de um estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, desde a alteração do art. 173 da CRFB, pela EC 19/1998, em 2016 foi editada a lei 13.303, intitulada “Lei das Estatais”.

Essa lei surge em momento apropriado, diante da atual revisão de paradigmas de responsabilidade da Administração Pública por atos de corrupção, desvios e má gestão pública. Como bem defendeu Marçal Justen Filho, o novo diploma legal certamente poderá atuar como renovação e aprimoramento da gestão e dos sistemas de controle das entidades<sup>54</sup>.

A edição do estatuto aplicável às empresas estatais passa a determinar regras gerais de estruturação societária, governança corporativa e transparência, bem como da gestão de riscos e do procedimento de contratações e licitações. Este último será abordado no presente capítulo, que demonstrará as regras aplicáveis a partir de agora, bem como as alterações – ou não – das normas anteriormente vigentes.

#### 4.1. Introdução

A lei 8.666/93 mostrou-se um importante instrumento para fixar as regras gerais acerca da necessidade de licitar e cumprir o princípio da impessoalidade. Porém, de acordo com o demonstrado em capítulo anterior, os ritos dessa lei se retornaram excessivamente rigorosos e formalistas, não coadunando com a natureza eminentemente privada as entidades estatais que exercem função empresarial. Como exemplo do rigor processual é possível citar o art. 43, §2º, da lei<sup>55</sup>, que estabelece a necessidade de exame de documentos de habilitação de todos os

---

<sup>54</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei das (antigas) Estatais. *Gazeta do Povo*. Publicado em 25.07.2016.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 43, §2º - Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão. Disponível em: <

licitantes e não apenas do vencedor, e, ainda, o art. 109, que estipula diferentes fases recursais na habilitação e análise das propostas.

Como visto, outro diploma de importância inquestionável para modernizar os procedimentos de contratação da Administração foi a lei 10.520/2002, que possibilitou, por exemplo, a redução do prazo de divulgação da licitação, a inversão de fases de habilitação e julgamento, a formulação de lances e a concentração da fase recursal apenas ao final do procedimento. Porém, sua aplicação ficou limitada à aquisição de bens e serviços comuns, não abrangendo todas as contratações públicas.

Outro avanço já abordado no presente trabalho foi a edição da lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O procedimento estabelecido nesse diploma legal prioriza o caráter finalístico do procedimento, enfatizando os resultados a serem obtidos. A discricionariedade do gestor público passou a ter mais vez, já que o procedimento em si deixa de ser o foco, que passou a ser o maior atendimento ao interesse público na busca da melhor proposta<sup>56</sup>. Tal procedimento foi instituído inicialmente visando as contratações necessárias para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, e posteriormente foi estendido para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Contudo, o Administrador, para aplicar as regras do RDC atualmente necessidade de muito mais qualificação, pois toma decisões que antes eram feitas sem análises técnicas e análise de razoabilidade<sup>57</sup>.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, XXI<sup>58</sup>, a partir da nova redação conferida pela EC 19/1998, prevê, em linhas gerais, que as obras, serviços, compras e

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 maio 2017.

<sup>56</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 306/2013. Sessão Ordinária em: 27 de fevereiro de 2013. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 15 maio 2017.

<sup>57</sup> ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/05/estatuto-empresas-estatais.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017.

alienações promovidas pela Administração Pública serão realizados mediante processo de licitação.

Também no art. 22, XXVII, do diploma constitucional, consta a previsão a seguir:

*Compete privativamente à União legislar sobre:*

*XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

Com a mudança do texto provocada pela EC 19/1998, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica passaram a se sujeitar ao art. 173, §1º, III, da CRFB. Tal dispositivo também foi alterado pela mesma emenda, passando a estabelecer que as empresas estatais cujo objeto seja o exercício de atividade econômica deveriam se sujeitar à licitação e contratação conforme estatuto jurídico apropriado.

A diferenciação constitucional oferecida às estatais exploradoras de atividade econômica é clara a partir da leitura do texto. Contudo, durante muito tempo admitiu-se a aplicação de um regime licitatório geral para todos os sujeitos da Administração Pública, contrariando a intenção legislativa de diferenciação.

É necessário o reconhecimento da inviabilidade de incidência de mesmo regime jurídico de licitações e contratações para toda a Administração Pública. Isso porque, como já abordado em capítulo anterior, o Estado, em sua atuação empresarial, através do exercício de atividade

---

<sup>58</sup> BRASIL, Constituição Da República Federativa de 1988. Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

econômica por meio das estatais exploradoras de atividade econômica, é subordinado ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

A incidência de regras gerais de direito público nas licitações nos casos de atuação empresarial acarreta obstáculos que são incompatíveis com a livre iniciativa e, conseqüentemente, acabam por prejudicar e onerar demasiadamente a atuação estatal, inviabilizando a eficiência necessária própria da atividade. Ainda, é necessário considerar que esse regime de direito público abarca algumas vantagens que não são aplicáveis às empresas privadas, e que na atuação de mercado também não poderão se estender às estatais<sup>59</sup>.

Durante o período de ausência de regulamentação, o entendimento adotado, acolhido pela doutrina, jurisprudência, e, inclusive, pelo TCU, foi quanto à aplicação da Lei 8.666/1993 e demais normas de direito público. Porém, a obrigatoriedade não estaria configurada nos casos em que estivessem envolvidas as atividades-fim da estatal exploradora de atividade econômica, de acordo com o preceituado pelo TCU:

*Conforme a nova redação dada pela Emenda 19/98 ao § 1º do art. 173 da Constituição, lei específica (até o momento não editada) estabelecerá o estatuto jurídico das estatais que explorem atividade econômica, dispondo, entre outros assuntos, sobre 'licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública' (inciso III).*

*O TCU tem entendido que*

- 1) enquanto essa lei específica não for editada, prevalece a situação vigente, ou seja, a sujeição da administração pública como um todo, inclusive das estatais que explorem atividade econômica, às regras gerais de licitação e contratação estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, que disciplina o art. 37, XXI, da Constituição;*
- 2) tal sujeição, contudo, não significa que as estatais que explorem atividade econômica estão obrigadas a licitar todas suas operações. Considerando que esses entes estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, em sua redação anterior à Emenda 19/98), o Tribunal entende que eles podem*

---

<sup>59</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A Contratação sem licitação nas empresas Estatais. *O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 285.



*valer-se do instituto da inexigibilidade de licitação ao contratarem os bens e serviços que constituam sua atividade-fim*<sup>60</sup>.

O reconhecimento da inviabilidade de licitar nos casos da atividade-fim das estatais, que atuam no mercado e estão expostas a todos os riscos e competitividade da iniciativa privada, é inafastável, pois esse é o meio eficaz de dar efetividade à atuação dessas empresas, que não podem possuir os “ônus” de estarem inseridas em regime privado de competição e ter a competitividade frustrada. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que ao elencar atividades e finalidades a serem perseguidas pelas empresas estatais, o Direito também assegurou os meios dessa atuação (a exemplo da competição no mercado sem a exigência de licitação para determinadas atividades)<sup>61</sup>.

Sobre esse tema, o TCU, no Acórdão nº 624/2003 – Plenário, que se refere a uma contratação do Banco do Brasil realizada sem licitação por se tratar de atividade-fim, traz importante entendimento que coaduna com o exposto até o momento:

*Assim sendo, sempre que a realização de licitação não trouxer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação*<sup>62</sup>.

Na lei 13.303/2016 a não realização de licitação para as contratações que envolvam atividade-fim da empresa é tratada como um regime de “inaplicabilidade de licitação”, e não

---

<sup>60</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Consulta TC 006.244/2004-6, Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/006.244%252F2004-6/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>61</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p.47-48.

<sup>62</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Voto do Ministro Revisor Benjamin Zylmer, Acórdão nº 624/2003 (AC-0624-20/03-P, Processo nº 000.214/1997-3), Plenário, rel. Guilherme Palmeira. J. 04.06.2003. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A624%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em: 19 jun. 2017.

mais como inexigibilidade de licitação. O art. 28, §3º, da lei 13.303 positivou a posição já adotada, e estipulou:

*Art. 28, § 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.*

Ocorreram, ainda, no intervalo entre a previsão constitucional e a efetiva regulamentação legal, algumas hipóteses de autorização às estatais para a utilização de regramento próprio sobre licitações e contratos. O primeiro caso foi o da Petrobras, que, a partir da edição do Decreto-lei 2.745/1998 passou a contar com regime licitatório simplificado. Outro exemplo é a EBC – Empresa Brasil de Comunicação – que teve regulamento simplificado editado por meio do Decreto 6.505/2008. Esse último não havia sido utilizado, razão pela qual se manteve inalterado após a edição da lei 13.303/2016. As normas da Petrobras e da Eletrobrás, porém, foram revogados expressamente pelo art. 96<sup>63</sup> da nova lei.

Insta revelar também que, uma novidade trazida pela Lei das Estatais é a previsão de criação de regulamentos próprios, não mais visando o objeto adotado pelos regulamentos anteriores, mas sim com intuito de consolidação interna de procedimentos, estabelecendo, por exemplo, minutas padronizadas de editais e contratos. Essa regra é estipulada pelo art. 40, que dispõe que as estatais “deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei”. O texto da lei 13.303/2016 é marcado por uma grande concessão de autonomia às estatais, e a previsão desse Regulamento Interno é uma das materializações dessa liberdade, pois caberá a cada empresa estipular regras para seus procedimentos licitatórios.

---

<sup>63</sup> BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 96. Revogam-se: I - o § 2º do art. 15 da Lei no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, com a redação dada pelo art. 19 da Lei no 11.943, de 28 de maio de 2009; II - os arts. 67 e 68 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

Quanto à aplicação da Lei 8.666/1993 após a edição da Lei das Estatais, é possível que, como exceção e em situações específicas, seja aplicada a primeira lei, para suprir uma omissão em casos com pressupostos idênticos que justifiquem seu uso<sup>64</sup>. Desse modo, deverá ser analisada a situação concreta para determinar a aplicação ou não da lei anterior.

#### **4.2 – Sujeitos da Lei 13.303/2016**

As normas de regime geral de licitações das estatais são abordadas pelos arts. 31 a 41 do estatuto, e ainda não há entendimento pacificado sobre a sujeição da lei 13.303/2016 a todas as empresas estatais, ou se apenas para as estatais exploradoras de atividade econômica.

Há entendimento no sentido de que as normas da nova legislação não são aplicáveis a todas as empresas estatais, pois art. 1º da lei estipula:

*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.*

No referido dispositivo, defende-se que é possível observar que o legislador teve a intenção de não submeter ao regime de aplicação da lei todas as empresas estatais. Se essa fosse a intenção, teria estipulado a aplicação simplesmente a toda e qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ao contrário, incluiu a expressão “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”, limitando a incidência das regras às empresas que explorem atividade econômica. Sob essa

---

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 288.

concepção, o objetivo foi a regulação do Estado no setor econômico concorrencial, ficando alheias à lei 13.303 as estatais que prestem serviços públicos em ambiente não competitivo<sup>65</sup>.

Ainda, há aqueles que defendam que, ao não prever expressamente a aplicação apenas para as estatais exploradoras de atividade econômica, o legislador também quis prestigiar todas as estatais prestadoras de serviços público, e também as que atuam em regime de monopólio, que estão incluídas no texto do art. 1º infra citado.

Tradicionalmente, sempre foi existente a distinção de tratamento entre as estatais, a depender da natureza de sua atividade. As empresas estatais prestadoras de serviços públicos eram tratadas como as demais entidades da Administração Pública Direta e Indireta, submetendo-se à Lei 8.666/1993 e aos outros diplomas legais sobre o tema, enquanto as estatais econômicas estavam autorizadas a celebrar contratações diretas para exploração de suas atividades concorrenciais, sendo que as demais contratações de atividades não econômicas deveriam seguir as normas vigentes de licitação<sup>66</sup>.

Para Rafael Oliveira, a CRFB, ao prever, em seu art. 173, §1º, que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica”, deixou claro que as estatais prestadoras de serviço público ou de monopólio não deveriam ser abarcadas pelo estatuto, e, ainda, defende que a referida assimetria no tocante às licitações para as estatais econômicas é justificada em razão “da necessidade de maior celeridade na exploração das atividades econômicas, uma vez que as estatais, ao contrário das demais entidades administrativas, concorrem com empresas privadas que, por sua vez, não se submetem às regras da licitação”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 327.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 5. ed., SP: Método, 2015, p. 57/60

<sup>67</sup> \_\_\_\_\_. As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo? Ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>> Acesso em: 06 jun 2017

De acordo com o referido autor, ainda, a lei 13.303/2016 extrapolou a regulamentação prevista pelo art. 173, §1º, pois não deveria ser ignorado o fato de a CRFB fazer a exigência de regras próprias apenas para as estatais econômicas, e não para as demais, não sendo razoável definir normas homogêneas de licitação para todas as empresas estatais, visto que apenas as exploradoras de atividade concorrencial é que se submetem ao regime de iniciativa privada.

### **4.3 – Inovações Gerais nas Licitações**

A lei 13.303/2016 prevê com maior intensidade, se comparada às disposições do regime geral regulado pela lei 8.666/93, a incidência do regime jurídico contratual próprio de direito privado, e a força obrigatória das obrigações estabelecidas nos contratos e procedimentos pré-contratuais. Como prova, o art. 68 estipula que os contratos serão regulados “pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”. Essa nova disposição ratifica, conforme já tratado em momento anterior, a importância do reconhecimento da atuação empresarial do Estado através das empresas estatais.

Como mencionado anteriormente, as atividades não alcançadas pela inaplicabilidade de licitação prevista no art. 28, §3º, da lei 13.303/2016<sup>68</sup>, e também, aquelas que não se enquadrem nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, deverão ser submetidas ao processo licitatório.

O procedimento de licitações e contratos é tratado a partir do art. 31 da lei 13.303/2016, o qual estabelece objetivos que obrigatoriamente devem ser observados pelos agentes no processo de licitação, e estabelece, ainda, os princípios a serem adotados, como é possível observar:

---

<sup>68</sup> BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 28, § 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. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em 20 jun. 2017.

*Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.*

Em linhas gerais, o novo diploma legal confirma o preceituado pelo art. 3º da lei 8.666/93, porém, é possível destacar algumas pequenas alterações, como supressão de princípios anteriormente previstos e inclusão de outros até então não expressos. Se faz necessária a transcrição do referido dispositivo para uma melhor visualização das alterações:

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

Desse modo, é possível depreender que na lei 13.303/2016 o princípio da isonomia não é mais expressamente previsto, porém, tal omissão não se faz relevante, tendo em visto que o princípio da igualdade é contemplado no texto do dispositivo como sendo obrigatório. Outra alteração que pode ser notada da leitura do artigo da nova lei, é a ausência de previsão do princípio da legalidade, havendo, por outro lado, a inclusão da isonomia e economicidade.

Quanto à omissão do princípio da legalidade, é possível que tenha relação com o fato de as estatais serem pessoas jurídicas de direito privado e, por isso, os contratos devem observância aos preceitos de direito privado. Assim, pela presença da autonomia da vontade, nas relações com os particulares seria possível estipular tudo o que a lei não proíbe<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> ZYMLER, Benjamin. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/05/estatuto-empresas-estatais.pdf>>. Acesso em: 15 jun 2017.

Os princípios da economicidade e eficiência, consagrados no novo diploma legal, são refletidos especificamente no art. 31<sup>70</sup>, em três institutos: (i) exigência de que a seleção da proposta mais vantajosa tenha por base o "ciclo de vida do objeto"; (ii) estipulação de que o processo licitatório evite "operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento"; e, (iii) previsão de que as estatais podem "adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas". Importante, nesse momento, a pormenorização desses institutos.

Primeiramente, a exigência feita no dispositivo legal de consideração do ciclo de vida do objeto, resulta em avaliar, na análise da proposta mais vantajosa, todos os aspectos de ônus e bônus do objeto durante sua vida útil. Ou seja, a noção de proposta mais vantajosa deve levar em consideração não apenas as vantagens do objeto no ato da aquisição, mas também todas as características durante sua vida útil.

Esse instituto tem base no denominado *Life Cycle Costing*, que é um conceito novo de avaliação econômica de propostas em licitação, adotado pela Diretiva 2014/24 da União Europeia<sup>71</sup>. O conceito do LCC engloba também o reconhecimento da denominada MEAT - *Most Economically Advantageous Tender*, ou seja, Proposta Economicamente Mais Vantajosa. Esse conceito é utilizado como instrumento de efetivação dos princípios da economicidade e eficiência<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em 20 jun. 2017.

<sup>71</sup> *Sustainable Public Procurement: Life Cycle Costing (LCC) in the New EU Directive Proposal*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2488021>>. Acesso em 06 jun 2017

<sup>72</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. Cit.*, p. 333.

O RDC já previa um conceito com semelhanças a esse, de custos indiretos, no qual havia a aferição de despesas da Administração em casos de julgamento por menor preço. Porém, não há registros de aplicação concreta ou de estabelecimento de parâmetros concretos para a verificação desses custos indiretos.

O segundo instituto previsto no artigo infra citado, que estabelece critérios para avaliação e repressão de sobrepreço ou superfaturamento, é derivado da ideia de controle estrito.

Já no §4º do art. 31<sup>73</sup> foi estabelecida a possibilidade de adoção da manifestação de interesse privado pelas empresas estatais. Trata-se de procedimento no qual, previamente à licitação, os interessados podem oferecer estudos e projetos às entidades da Administração, ficando certo que as regras desse procedimento deverão constar em regulamento. Há a previsão, ainda, de que o particular autor ou financiador do projeto poderá participar do certame.

No art. 32 da lei 13.303/2016 são estabelecidas as diretrizes do processo licitatório, que, em sua maioria, são derivadas do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). A grande característica do procedimento previsto na nova lei, que teve inspiração no RDC, é a não estipulação de um procedimento certo, pois é oferecido um catálogo de opções de procedimentos que podem ser adotados e conjugados do modo mais apropriado para cada estatal, ao invés das estipulações estáticas de modalidades e tipos, como ocorria na lei 8.666/93.

Justamente por essa característica é que se torna necessária a uma certa padronização através de estipulação de normas, visando garantir a previsibilidade necessária para a execução da licitação<sup>74</sup>. Um exemplo dessa busca pela padronização é o art. 33, que impõe

---

<sup>73</sup> BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 31. § 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em 20 jun. 2017.

<sup>74</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. Cit.*, p. 341.



que o instrumento convocatório deve conter descrição do objeto da licitação ou do contrato de forma sucinta e clara, sem que seja configurada um excesso de detalhes, sob pena de culminar em restrições à competitividade<sup>75</sup>.

Conforme pode-se verificar da leitura do art. 32 da lei 13.303/2016, são traçadas diretrizes a serem observadas nas licitações, assim como foi feito na legislação do RDC:

*Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:*

*I - padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas;*

*II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;*

*III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;*

*IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;*

*V - observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.*

No inciso II do referido dispositivo há a previsão de que a "modalidade pregão deve ser utilizada preferencialmente na aquisição de bens e serviços comuns". Essa preferência pelo pregão é contraditória com a flexibilidade procedimental estabelecida pela presente lei, pois, conforme já abordado, o novo diploma legal adotou um modelo de procedimento licitatório flexível, sem modalidades pré-definidas. Para Joel de Menezes Niebuhr, a referida norma é desnecessária, pois

---

<sup>75</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 177: "A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão". Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18300-sumula-177-tcu>>. Acesso em: 08 jun 2017.

*[...] o procedimento de licitação previsto na Lei n. 13.303/2016 poderia ser considerado como uma modalidade própria, tal qual no Regime Diferenciado de Contratações - RDC. Contudo, em face do dispositivo, será necessário conciliar as novidades da Lei 13.303/2016 com a sistemática da Lei 10.520/2002, o que deve gerar dificuldades<sup>76</sup>.*

Um aspecto que ganhou importância na lei 13.303/2016 foi a preocupação com padrões éticos. A noção de integridade foi inserida entre as diretrizes do processo licitatório, com a previsão, no inciso V, de observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.

Essa preocupação com os princípios que visam coibir a corrupção pode ter como decorrência, muitas vezes, a seleção de proposta menos econômica, o que inicialmente não é a intenção do agente público. Isso porque a adoção de sistemas de *compliance* possuem custos. Porém, deve ser considerada uma visão além apenas da análise de preço, pois, uma política que, aparentemente, é de menor custo, pode não possuir o cuidado de cumprimento à integridade, o que justifica a escolha por uma outra opção considerada menos econômica, em um primeiro momento, mas que estará em concordância com os preceitos e valores a serem adotados pela Administração e que transcendem a simples busca da proposta de menor valor econômico.

Outro tema incluído no art. 32, da lei 13.303/2016 foi a variável ambiental, tratada no §1º<sup>77</sup>. Depreende-se da leitura do texto que a intenção do legislador foi incluir disposição de cunho preventivo, a fim de evitar que as estatais se envolvem em práticas não condizentes

---

<sup>76</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos Destacados no Novo Regime de Licitações e Contratações das Estatais. *Revista Direito do Estado*. Ano 2016. N° 209. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectosdestacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

<sup>77</sup> BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 32, § 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à: I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em 20 jun. 2017.

com o disposto na legislação ambiental. É possível considerar que a referida norma contempla os princípios de prevenção e de precaução que orientam o direito ambiental e que têm aplicação, por exemplo, através da obrigação de fiscalizar o cumprimento de aspectos condicionados de empreendimentos e pela exigência de certificação ambiental de produtos a serem adquiridos<sup>78</sup>.

No art. 34 da lei 13.303/2016<sup>79</sup> foi estabelecida a regra geral de sigilo do valor estimado do contrato a ser celebrado pelas estatais, mais uma inspiração decorrente da legislação do RDC. É facultado, porém, à empresa pública ou sociedade de economia mista, dar publicidade ao orçamento, devendo, para isso, justificar e demonstrar interesse nessa opção desde a fase de preparação do certame. Comparativamente ao texto do RDC, esse último aspecto é uma inovação da lei 13.303/2016, pois na lei do RDC não havia a previsão de flexibilização do sigilo, existindo apenas a previsão de que o orçamento será tornado público no encerramento da licitação. Para Marçal Justen Filho, o sigilo não deve prosperar uma vez que seja encerrada a fase de disputa:

*Assim considerada a questão, deve-se reconhecer que, exaurida a disputa no curso de uma licitação, deixa de haver utilidade na manutenção do sigilo. No instante em que não couber mais qualquer atividade dos particulares para reduzir o valor das próprias ofertas e se declarar o encerramento da disputa, torna-se desnecessária a manutenção do sigilo. Mais precisamente, o sigilo se torna inútil para a promoção dos fins buscados pela sua instituição<sup>80</sup>.*

Esse também foi o entendimento exposto na lei, pois, nos arts. 34 e 51, I, foi previsto que o edital deve estabelecer que, no momento de finalização da fase de disputa o orçamento

<sup>78</sup> MORAIS, Roberta Jardim de; FRANCO, Rita Maria Borges. “A Inclusão Da Variável Ambiental No Contexto Da Lei 13.303/2016 - Homenagem Ao Princípio Da Prevenção” - *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>79</sup> BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 34: O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em 20 jun. 2017.

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 122.

deve ser aberto, ficando facultado ao vencedor que participe da fase negocial tendo ciência do orçamento.

A nova previsão legal da possibilidade de afastamento do sigilo na análise do caso concreto está em consonância com o entendimento do TCU, que já proferiu julgamento no sentido de que "o sigilo no orçamento-base não é obrigatório"<sup>81</sup>.

Há que se pontuar, ainda, que, quando estiver presente, o sigilo estabelecido não será absoluto. A regra geral de não divulgação do montante envolvido não prevalecerá quando os critérios de julgamento do procedimento licitatório forem maior desconto e melhor técnica, e, ainda, a informação sigilosa deve ser disponibilizada aos órgãos de controle interno e externo sempre que necessário<sup>82</sup>.

Há, ainda, outras características similares entre a legislação do RDC e as normas estabelecidas pela lei 13.303/2016. A nova lei trata da possibilidade de as empresas estatais utilizarem um procedimento de pré-qualificação de fornecedores e produtos, no intuito de selecionar os “fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos”, e também os “bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública”. Esse tema foi um dos maiores pontos de inovação no RDC, e agora foi incorporado pelo recente diploma legal.

O legislador estabeleceu um sistema de sanções administrativas na lei 13.303/2016, através dos artigos 37 e 38, e também 82 a 84. Os primeiros tratam dos impedimentos para

---

<sup>81</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União, Voto do Ministro Relator Valmir Campelo, Acórdão nº 3.011/2012-Plenário (Processo nº TC 017.603/2012-9), Plenário. J. 8/11/2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3011%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em> 19 jun. 2017.

<sup>82</sup> BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 34, § 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)> Acesso em 08 jun 2017.

participação em licitações e contratações das estatais, ficando certo que a empresa qualificada como inidônea não poderá disputar licitação ou participar, direta ou indiretamente, da execução de contrato, situação que poderá ser contornada quando o fornecedor demonstrar a superação dos motivos que deram causa à restrição promovida. Já os outros dispositivos, estabelecem as penalidades administrativas, abordando a questão das multas, advertências e suspensão temporária do direito de licitar.

O art. 39 da lei 13.303/2016 versa sobre os prazos e publicidade dos procedimentos, estabelecendo requisitos de divulgação e também os prazos a serem obedecidos, a depender do objeto da contratação. Como exemplo, é indicado, para a aquisição de bens, o prazo de 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto; e 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses. O mesmo artigo ainda prevê mais um ponto de convergência com o disposto no RDC, estipulando que “as modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação nos mesmos termos e prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não afetar a preparação das propostas”<sup>83</sup>.

Uma alteração considerável feita pela lei 13.303/2016 foi o aumento de limites de valor para configuração de hipótese de dispensa de licitação. Para as obras e serviços de engenharia, foi estipulado o limite de até R\$ 100.000,00; e para os demais serviços e compras o valor é de até R\$ 50.000,00.

Considerando que a norma anterior previa limites para essas hipóteses de R\$ 30.000,00 e R\$ 16.000,00, respectivamente, o acréscimo foi considerável. A partir desse novo dimensionamento da dispensa de licitação, a lei aumenta a discricionariedade das estatais para escolherem os particulares contratados, o que pode originar grande margem para desvios<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> BRASIL, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 39, Parágrafo Único. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)> Acesso em 09.06.2017.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>>. Acesso em: 06 jun 2017.

Por fim, cabe destacar no presente estudo mais uma inclusão realizada pela lei 13.303/2016, que passou a prever, no art. 42, §1º, IV<sup>85</sup>, e §4º<sup>86</sup>, a utilização da figura da contratação semi-integrada para obras e serviços de engenharia. O §4º determina a utilização dessa contratação como regra, só podendo deixar de ser utilizada mediante justificativa.

Na contratação semi-integrada é dispensada a existência de projeto executivo, sendo obrigatória a elaboração de projeto básico, que poderá ser alterado se demonstrada sua inadequação. De acordo com o art. 43, V, a contratação semi-integrada deve ser utilizada “quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias”.

O RDC havia inovado quando passou a prever a contratação integrada, um regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia. A partir desse regime, passou-se a fixar que o contratado possuísse o encargo de elaborar o projeto básico, e assim conceber a solução técnica mais adequada à execução do objeto, a partir das diretrizes de anteprojeto de engenharia fornecido pela Administração.

A intenção do legislador foi instituir a eficiência na contratação, permitindo que a *expertise* técnica do particular beneficie a Administração Pública, e ao mesmo tempo transfira ao contratado os riscos, pois, nos casos em que apareciam erros de projeto na fase de execução, o contratado não fazia jus a termo aditivo para regularizar a situação, considerando que tal erro foi causado pelo próprio particular, que elaborou o projeto.

---

<sup>85</sup> BRASIL, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 42, § 1º As contratações semi-integradas e integradas referidas, respectivamente, nos incisos V e VI do caput deste artigo restringir-se-ão a obras e serviços de engenharia e observarão os seguintes requisitos: IV - na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)> Acesso em 20 jun. 2017.

<sup>86</sup> BRASIL, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. § 4º No caso de licitação de obras e serviços de engenharia, as empresas públicas e as sociedades de economia mista abrangidas por esta Lei deverão utilizar a contratação semi-integrada, prevista no inciso V do caput, cabendo a elas a elaboração ou a contratação do projeto básico antes da licitação de que trata este parágrafo, podendo ser utilizadas outras modalidades previstas nos incisos do caput deste artigo, desde que essa opção seja devidamente justificada. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)> Acesso em 20 jun. 2017.

A aplicação desse regime, contudo, vinha sendo feita de forma indiscriminada pela Administração Pública, que via como bônus o fato de não ter a obrigação de elaborar o projeto básico, e acabava por distorcer os pressupostos legais da contratação integrada<sup>87</sup>. Nesse contexto, o TCU se posicionou e impôs restrições ao uso desse regime, exigindo justificativas técnicas e econômicas, com o entendimento de que a integrada é exceção, somente podendo ser utilizada pontual e justificadamente<sup>88</sup>. Essa posição culminou na edição da Súmula 261:

*Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos<sup>89</sup>.*

Para que não fosse desconsiderada a posição do TCU sobre o tema, mas tentando retomar a integrada, a lei criou a semi-integrada. Porém, para Alécia Paolucci Bicalho<sup>90</sup>, ao pressupor a existência prévia do projeto básico, a semi-integrada em nada inovou em relação à Lei de Licitações e à Súmula 261 do TCU, uma vez que o legislador não alterou o ponto focal

---

<sup>87</sup> BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *A Contratação Semi-integrada na Lei das Estatais: críticas e proposições*. Revista *Direito do Estado*. Ano 2016. Nº 273. Disponível em: ><http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alecia-paolucci-nogueira-bicalho/a-contratacao-semi-integrada-na-lei-das-estatais-criticas-e-proposicoes-><. Acesso em 09 jun 2017.

<sup>88</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1399/2014, Plenário. Processo nº [012.287/2013-0](https://www.tcu.gov.br/portal/consultar/acordao). Relator Ministro Augusto Sherman. Julgamento em 28 de maio de 2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/1399%252F2014/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 20 jun. 2017.

<sup>89</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Súmula nº 261: Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos. Disponível em: <<https://licitabrasil.wordpress.com/2014/09/25/sumula-tcu-261/>>. Acesso em 16 jun. 2017.

<sup>90</sup> PAOLUCCI, Alécia N. B. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alecia-paolucci-nogueira-bicalho/a-contratacao-semi-integrada-na-lei-das-estatais-criticas-e-proposicoes->>. Acesso em: 19 jun. 2017.

da problemática de execução de obras, que é a contratação atrelada a projetos básicos da Administração, muitas vezes defeituosos e carregados de imprecisões.

#### **4.4 – Inovações no Procedimento Licitatório**

A lei 13.303/2016, diferentemente da lei 8.666/1993, que previa diversas modalidades de licitação, estabelece apenas um procedimento, demonstrando uma clara tentativa de simplificação. Este único procedimento não implica em rigidez, pois suas peças poderão ser montadas de acordo com a necessidade e intenção da estatal, contemplando uma significativa flexibilidade de fases, escolha do modo de disputa entre os particulares e do critério de julgamento<sup>91</sup>. Foi disciplinada a estrutura geral do procedimento, deixando para que os Regulamentos Internos de cada estatal – novidade tratada no art. 40 da lei – complementem e disciplinem regras mais específicas.

O novo procedimento, estabelecido no art. 51 da lei 13.303/2016, é composto por dez fases: I – preparação; II – divulgação; III – apresentação de lances ou propostas; IV – julgamento; V – verificação da efetividade dos lances ou propostas; VI – negociação; VII – habilitação; VIII – interposição de recursos; IX – adjudicação do objeto; e, X – homologação do resultado ou revogação do instrumento.

Antes mesmo da análise específica de cada fase do procedimento, se faz importante o destaque de duas considerações.

Primeiramente, uma simplificação importante incorporada pela nova lei, em seu art. 51, com inspiração nas legislações licitatórias mais recentes, como o pregão e o RDC, foi a realização do julgamento das propostas e lances antes da habilitação. Essa prática evita a habilitação desnecessária de empresas cujas propostas nem seriam analisadas. É possível, porém, conforme previsto pelo §1º, que a habilitação anteceda o julgamento, assim como ocorre na lei 8.666/1993.

---

<sup>91</sup> FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnio Leal. Considerações acerca do novo regime de licitações e contratos das estatais instituído pela Lei n. 13.303/16. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 179, p. 9-23, nov. 2016.



Em segundo lugar, a nova lei fez também estabelecer a preferência pelo meio eletrônico para realização do certame licitatório, também inspirada na legislação do RDC. A realização eletrônica da licitação apresenta muitas vantagens e, em muitos casos, aumenta a competitividade e a vantajosidade da proposta para o ente público contratante<sup>92</sup>. Contudo, devem ser consideradas pela empresa estatal, também, as possíveis desvantagens desse método, como a capacidade de grandes empresas passarem a participar mais ativamente que as outras, e acabarem por dominar o mercado de contratos administrativos<sup>93</sup>.

#### **4.4.1 – Fase Interna e Divulgação**

As duas primeiras fases do procedimento previsto pela lei 13.303, a preparação (também denominada fase interna), e a divulgação, foram pouco regulamentadas pelo novo diploma legal, o que demonstra que caberá a cada estatal, através do Regulamento Interno, e também ao instrumento convocatório de cada certame, a complementação e tratamento de tais fases.

Porém, é possível estipular o que se espera de cada fase, com base nos conceitos tradicionais tratados pela doutrina.

Marçal Justen Filho lista algumas das tarefas da empresa na fase preparatória: verificar a necessidade e conveniência de realização da contratação de particular; verificar a presença dos requisitos legais; realizar os atos prévios indispensáveis à licitação; realizar a definição do objeto e das condições da contratação; verificar os pressupostos da licitação; e, por fim, editar o instrumento convocatório adequado<sup>94</sup>.

Ademais, é importante salientar que a fase preparatória é de suma importância, devendo ser realizada com cautela e atenção pela estatal, pois o sucesso do certame licitatório e da

---

<sup>92</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O Procedimento da Licitação da Lei 13.303. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 444.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 263.

<sup>94</sup> \_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed., São Paulo, RT, 2014, p. 680.

contratação dependem dela, considerando que é nesta fase que são estipuladas as premissas e realizados os primeiros atos<sup>95</sup>.

Após a preparação, é realizada a fase de divulgação, que consiste no momento em que a estatal deverá divulgar o procedimento licitatório, designando as datas para apresentação das propostas dos particulares, e estabelecendo os documentos necessários que deverão ser apresentados. Essa fase deve alcançar o maior número possível de interessados, e a estatal deve se utilizar da proporcionalidade para a estipulação dos prazos e documentação.

#### **4.4.2 – Apresentação de Lances ou Propostas**

A apresentação dos lances e das propostas pelos particulares dependerá do modo de disputa adotado no certame pela estatal. No art. 52, a lei dispõe sobre a possibilidade de adoção de dois modelos de disputa, quais sejam: o modelo aberto (em que ocorre a apresentação de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado, com os detalhamentos do art. 53) e o fechado (propostas são sigilosas até a data e hora designadas para sua divulgação, a exemplo da Lei n. 8.666/1993), sendo admitida a combinação de ambos, quando o objeto da licitação puder ser parcelado<sup>96</sup>.

Neste aspecto, a influência do RDC sobre a nova legislação é clara, pois os modos de disputa agora previstos – aberto, fechado e combinado de aberto e fechado – são os que foram introduzidos no regime diferenciado de contratação.

No modo aberto, conforme citado acima, os licitantes apresentam lances públicos e sucessivos, que podem ser crescentes ou decrescentes, de acordo com o critério de julgamento. Inicialmente são feitas propostas públicas, e depois há uma fase de competição, na qual os licitantes oferecem lances sucessivos, que são de conhecimento público.

---

<sup>95</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3ª ed, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.51.

<sup>96</sup> FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnio Leal. *Op. Cit.* P. 9-23.

Após a definição do melhor lance, a disputa é reiniciada abertamente entre os demais licitantes, para que sejam definidas as outras colocações, ficando certo que isso somente ocorrerá caso exista diferença de, no mínimo, 10% entre o melhor lance o seguinte, de acordo com o disposto no art. 53, II.

Além disso, no art. 53 há também a previsão de lances intermediários. É considerado intermediário o lance mais vantajoso oferecido por certo particular, mas que não é a melhor das ofertas. Assim, é preservada a posição do o melhor lance ofertado por determinado licitante, para caso o vencedor seja desclassificado ou considerado inabilitado posteriormente.

Para a doutrina, a maior vantagem do modelo aberto é a dinâmica competitiva<sup>97</sup>, pois é permitido aos licitantes que melhorem suas propostas, o que ocasiona uma maior vantagem na contratação para a estatal. Por outro lado, uma desvantagem que pode ser citada é o fato de possivelmente existirem propostas ofertadas que sejam inexequíveis, ou seja, o licitante apenas oferece o lance a fim de conseguir uma vitória na competição, havendo uma inviabilidade econômica em sua execução. Por isso, é possível afirmar que caberá a cada empresa estatal a realização das providências necessárias para que seja averiguada a exequibilidade das propostas.

No modo de disputa fechado, há sigilo das propostas até a data e a hora designadas para sua divulgação, consoante o §2º do art. 53<sup>98</sup>. Os licitantes, ao contrário do que ocorre no modo aberto, oferecem apenas uma proposta, e essa é a desvantagem que pode ser citada, pois acarreta ausência de competição dinâmica entre os particulares, podendo aumentar os custos para a estatal contratante. É possível considerar, porém, que esse modo é mais adequado

---

<sup>97</sup> BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; (in memoriam) MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações*. 2ª ed. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 305.

<sup>98</sup> BRASIL, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 53, § 2o Na hipótese de adoção dos critérios referidos nos incisos III, IV, V e VII do caput deste artigo, o julgamento das propostas será efetivado mediante o emprego de parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, destinados a limitar a subjetividade do julgamento. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)> Acesso em 19 jun. 2017.

quando houver complexidade do objeto, que demanda maior segurança do contratante quanto à qualidade do objeto licitado<sup>99</sup>.

Quanto à combinação dos modos de disputa aberto e fechado, no RDC havia a possibilidade de acordo com a discricionariedade da Administração, que deveria para isso apenas fundamentar a escolha. Na lei 13.303/2016, porém, apenas será possível a combinação dos dois modos quando houver parcelamento do objeto, que tem por objetivo ampliar a participação de licitantes, na busca da maior vantagem competitiva para a estatal, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos.

No RDC, a combinação dos modos de disputa poderia ocorrer de duas formas. Na primeira, o procedimento tinha início com o modo de disputa fechado, no qual as três melhores propostas eram classificadas para a segunda etapa, que teria uma disputa aberta e apresentação de lances sucessivos. Na segunda forma de combinação a disputada era iniciada pelo modo aberto e os licitantes que apresentassem as três melhores propostas poderiam oferecer lances finais, fechados.

A lei 13.303/2016, porém, não previu as formas de combinação dos modos aberto e fechado. Assim, é possível deduzir que caberá às empresas estatais realizar a combinação da maneira mais adequada, e sempre direcionada ao aumento da competitividade, visando uma contratação eficiente.

#### **4.4.3 – Julgamento**

A lei 13.303/2016 elencou como novidade apenas um critério de julgamento, repetindo os outros já abordados pela lei 8.666/1993. Assim, são critérios de julgamento: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor combinação de técnica e preço; IV - melhor técnica; V - melhor conteúdo artístico; VI - maior oferta de preço; VII - maior retorno econômico; VIII - melhor destinação de bens alienados, sendo que este último é a novidade abordada pela legislação.

---

<sup>99</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Op. Cit.*, p. 317.

A escolha do critério de julgamento deve ocorrer na fase interna da licitação, devendo estar previsto expressamente quando da publicação do instrumento convocatório, a fim de garantir a impessoalidade e o julgamento objetivo. Assim como ocorre com os modos de disputa, os critérios de julgamento apenas poderão ser combinados quando restar configurado o parcelamento do objeto. Do mesmo modo que a combinação dos modos de disputa, ao combinar os critérios de julgamento, a intenção da Administração será sempre aumentar a competitividade.

Quando a escolha for pelo critério do maior desconto, o preço global do contrato fixado no instrumento convocatório será a referência utilizada. A lei 13.303/2016 traz uma inovação se comparada ao RDC, pois prevê que o desconto será estendido para eventuais termos aditivos dos contratos. É possível afirmar que nem sempre isso será possível, devendo ser considerado o valor de todos os itens constantes no orçamento estimado<sup>100</sup>.

Caso, após utilizados os critérios de julgamento, ficar configurado o empate, a lei prevê, repetindo o que era aplicado no RDC, os critérios que deverão ser utilizados em ordem sucessiva: disputa final, com apresentação de nova proposta fechada entre os licitantes; avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, que ocorrerá apenas se houver instituição prévia de sistema objetivo de avaliação; e os critérios estabelecidos na lei 8.248/1991; e o sorteio.

Esses critérios citados devem ser utilizados de acordo com sua adequação ao procedimento, e, como entende Marçal Justen Filho, há situações em que o desempate não é possível, a exemplo das licitações com critério de melhor técnica e melhor conteúdo. Nessas hipóteses, se houver a necessidade de escolha de um vencedor, a melhor opção é a realização de sorteio<sup>101</sup>.

A lei não traz muitas previsões específicas sobre este tema. Assim como em outras passagens, o legislador deixou grande margem para regulamentação do procedimento

---

<sup>100</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O Procedimento da Licitação da Lei 13.303. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 449.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 472.

licitatório ao critério das empresas estatais. Através da edição de Regulamento Interno e também pela edição do instrumento convocatório, as estatais poderão combinar e orientar a realização do certame da forma que entendam mais adequada, sempre visando a contratação mais vantajosa.

#### **4.4.4 – Verificação de Efetividade das Propostas**

Após o julgamento dos lances ou propostas, será verificada a efetividade dos lances e propostas, havendo, ainda, a desclassificação daqueles que configurarem as hipóteses previstas nos incisos do referido dispositivo. Como exemplo, serão desclassificados os lances e propostas que descumpram especificações técnicas constantes no instrumento convocatório; e aqueles que se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação.

As outras hipóteses de desclassificação também versam sobre vícios de desconformidade da proposta com o instrumento convocatório, e vícios de preços. Nesse ponto, o Estatuto não prevê novidades, pois foi adotado o que já era aplicado no RDC e na lei 8.666/1993.

No que se refere à verificação da exequibilidade, já citada anteriormente, momento em que foi abordada a necessidade de verificação por parte das empresas estatais, a fim de evitar que os licitantes ofereçam preços módicos apenas para garantir vitória no certame, é tratada no mesmo art. 56. A previsão legal é no sentido de que essa verificação dependerá do objeto licitado. A saber:

*Art. 56, § 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:*

*I - média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor do orçamento estimado pela empresa pública ou sociedade de economia mista; ou*

*II - valor do orçamento estimado pela empresa pública ou sociedade de economia mista.*

Para os demais objetos, o instrumento convocatório será o responsável por estabelecer os critérios de aceitabilidade das propostas, devendo considerar o preço global, os quantitativos e os preços unitários, de acordo com o disposto no §4<sup>o</sup><sup>102</sup>.

#### **4.4.5 - Negociação**

Findada a verificação da efetividade e exequibilidade da proposta, caberá à estatal proceder à negociação das condições mais vantajosas com o licitante que obteve a primeira colocação. A maior vantagem da negociação, segundo Marçal Justen Neto, é o aumento da vantajosidade da contratação, acabando com eventual ausência de competitividade entre os licitantes, que pode ter conduzido à seleção da proposta menos vantajosa<sup>103</sup>.

A inovação da lei 13.303/2016 quanto a este tema, foi no sentido de tornar a negociação obrigatória. O RDC trazia a previsão desta etapa, mas o art. 26 da lei 12.462/2011 tratava como hipótese facultativa à Administração. A obrigatoriedade, contudo, é da tentativa da empresa estatal, não ficando o particular forçado a alterar sua proposta, sob pena de desvio de finalidade da Administração.

Na hipótese de a proposta classificada em primeiro lugar estar acima do valor máximo estimado, e a negociação não implique em diminuição do preço, a estatal passará a negociar com os demais licitantes, na ordem classificatória estabelecida anteriormente. Caso a tentativa de aproximar o valor das propostas ao valor estimado da contratação seja frustrada com todos os participantes, a licitação será revogada, de acordo com a norma do art. 57, §3<sup>o</sup>.

#### **4.4.6 - Habilitação**

---

<sup>102</sup> BRASIL, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 56, § 4o Para os demais objetos, para efeito de avaliação da exequibilidade ou de sobrepreço, deverão ser estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços que considerem o preço global, os quantitativos e os preços unitários, assim definidos no instrumento convocatório. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)> Acesso em 19 jun. 2017.

<sup>103</sup> JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*: comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 295-296.

Após as etapas já abordadas, deverá ser iniciada a fase de habilitação, que tenta apurar a idoneidade e capacitação do licitante vencedor para contratar com a Administração Pública. Os requisitos para a habilitação, de acordo com o que já foi decidido pelo TCU sob a égide da lei 8.666/93, devem estar contidos na lei<sup>104</sup>, sendo vedada à Administração a exigência discricionária de novas formalidades. A lei prevê o máximo de exigências que podem ser estipuladas pelo instrumento convocatório, e não o mínimo. Assim, o edital pode estabelecer o cumprimento dos requisitos de acordo com o necessário para o objeto da licitação, devendo a empresa estatal evitar obrigações excessivas ou insuficientes.

A Lei 13.303/2016 enumera os critérios que devem ser adotados:

*Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:*

*I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;*

*II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;*

*III - capacidade econômica e financeira;*

*IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.*

Como em vários outros aspectos já abordados anteriormente nesse estudo, a lei 13.303/2016 deixou grande margem de atuação para as empresas estatais. É importante salientar que essa ampla autonomia deverá sempre ser exercida em respeito aos princípios e práticas próprias dessas entidades, visando ao interesse público, à publicidade e à garantia aos limites da atuação administrativa. O tratamento superficial dado à habilitação pela lei 13.303/2016 pode ser visto como positivo, devendo ser considerado o potencial de permitir a elaboração de licitações mais eficazes<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> “Além disso, para habilitação em participar de licitação só pode ser exigida a documentação exaustivamente enumerada nos arts. 27 a 31 da lei 8.666/1993”. TCU, Acórdão 126/2007, Plenário. Julg. 07.02.2007.

<sup>105</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. O Procedimento da Licitação da Lei 13.303. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 458.



#### **4.4.7 – Interposição de Recursos**

O Estatuto previu a existência de fase recursal única para o certame licitatório. Nessa fase serão impugnadas as decisões das fases anteriores, ou seja, quanto ao julgamento, à verificação de efetividade da proposta, e à habilitação. Essa estrutura determinada pela nova legislação teve inspiração no RDC, e é vantajosa no sentido de simplificação do procedimento, pois os prazos recursais correm em unicidade e somente será objeto de recurso a habilitação do licitante melhor classificado<sup>106</sup>.

Uma alteração realizada pela lei 13.303/2016 em comparação ao RDC, foi a instituição da dispensa de manifestação imediata da intenção de recorrer. Ao contrário do que ocorria sob a égide da legislação anterior, os licitantes não mais precisam apresentar manifestação que exteriorize a intenção de recurso no decorrer da fase que será impugnada, bastando apresentar o recurso no prazo de cinco dias úteis após a fase de habilitação.

Quando, porém, restar configurada a inversão de fases do procedimento, haverá a existência de duas fases recursais, ficando certo que a primeira ocorrerá após a habilitação, e a segunda depois da fase de verificação de efetividade da proposta, sendo que ambas terão o mesmo prazo dos casos sem inversão, ou seja, cinco dias úteis.

#### **4.4.8 – Adjudicação do Objeto, Homologação, Revogação e Anulação da Licitação**

A fase posterior à habilitação, ou à verificação de efetividade das propostas, quando houve a inversão de fases, é a adjudicação do objeto da licitação. Trata-se do momento em que há o reconhecimento da validade da proposta do licitante vencedor, garantindo o direito de que não será preterido. Não há, na lei 13.303/2016, dispositivo que trate da adjudicação, o que, provavelmente, será tratado pelos Regulamentos Internos de cada estatal.

Na homologação, definida pela lei como a fase que “implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor”, a autoridade competente

---

<sup>106</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 397.

atesta a inexistência de vícios e a compatibilidade com os interesses da estatal, concluindo a licitação e atestando sua validade.

Convém ressaltar que a homologação pode não ser efetuada quando a autoridade competente entenda que existem nulidades insanáveis ou quando decidir pela revogação do certame. Na primeira hipótese, a existência de nulidades insanáveis levará à nulidade da licitação, e restará configurada quando houver ilegalidade insuscetível de convalidação ou aditamento. Registre-se que a estatal sempre deve buscar o suprimento das ilegalidades, para garantir a supremacia dos valores e dos objetivos pretendidos, que não podem ser ignorados unicamente pelo formalismo.

Sendo insanáveis as ilegalidades, a autoridade poderá anular o ato ou o procedimento por completo, havendo conseqüente nulidade do contrato, sem que surja dever de indenizar. Já a revogação poderá ocorrer de três formas: a primeira, quando depois de realizada a negociação, a proposta permanece acima do valor estimado; quando o licitante vencedor não comparece para assinatura do contrato; e, por fim, quando haja óbice por razões de interesse público supervenientes.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou realizar uma análise sobre a figura das empresas estatais, que englobam as empresas públicas e sociedades de economia mista. Buscou-se analisar sua natureza jurídica, características gerais e regime jurídico, e, ainda, mais precisamente, como ocorre a contratação através de licitação nessas entidades integrantes da Administração Pública indireta, especialmente com a edição da lei 13.303/2016, que instituiu o Estatuto das Empresas Estatais.

De acordo com o abordado quando do exame da atuação do Estado na economia, quando o Estado deseja atuar empresarialmente, passando a ser o titular de atividade econômica, pode fazer por meio de outorga. Essa ocorrerá quando houver transferência, por determinação legal, da atribuição da atividade a uma entidade criada por um ente federativo, que integrará a Administração Indireta deste último<sup>107</sup>. A prestação continua sendo do Estado, mesmo que através da entidade, que obrigatoriamente será uma empresa pública ou sociedade de economia mista sempre que a atuação ocorrer em concorrência com agentes privados, o que foi consagrado no art. 3º do DL 8945/2016, que regulamenta a lei 13.303/2016:

*Art. 3º A exploração de atividade econômica pela União será exercida por meio de empresas estatais.*

Apesar de possuírem natureza jurídica de direito privado, as empresas estatais são integrantes da Administração, e, assim, deverão observar algumas regras próprias do regime público, como a necessidade de realização de licitação, procedimento que foi explorado no terceiro capítulo desta monografia.

---

<sup>107</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 136.

A CRFB, em seu art. 173, que trata da exploração econômica pelo Estado, após a edição da emenda constitucional 19/1998, passou a prever, no §1º, que lei específica trataria do estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, o que apenas ocorreu em 2016, com a edição da lei 13.303.

Parte substancial da referida lei versa sobre licitações e contratos, instituindo um regime próprio para as empresas públicas e sociedades de economia mista, cujas características foram expostas ao longo do quarto capítulo do presente trabalho. Desse modo, a partir de agora não mais será aplicável o regime único de licitações empregado à Administração Pública em geral, que tinha como base a lei 8.666/1993, a lei 10.520/2002, e a lei 12.462/2011.

A primeira constatação a ser feita, que já foi citada anteriormente, porém se faz importante para reflexão final, é a questão do alcance da lei 13.303/2016 subjetivamente. A norma constitucional preceituava sobre a edição de estatuto para a estatal exploradora de atividade econômica. Convém ressaltar que o texto legal do estatuto editado, em seu art. 1º, versa sobre todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, aumentando a abrangência inicialmente prevista na CRFB:

*Art. 1ª 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.*

Considerando esse tratamento além do previsto constitucionalmente, era de se esperar que o art. 1º da lei 13.303/2016 fosse objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade. Em novembro de 2011 foi protocolada a ADI 5624 contra tal dispositivo, sendo uma das alegações de inconstitucionalidade a abrangência excessiva realizada pela nova legislação<sup>108</sup>. O STF ainda não proferiu decisão em tal ação, ficando certo, desde já, que o entendimento adotado pela corte será de grande relevância, pois definir o alcance da lei é

---

<sup>108</sup> ADI questiona lei que dispõe sobre estatuto jurídico das estatais. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=333401>> . Acesso em 12 jun 2017.

extremamente necessário, principalmente para as entidades que, a depender da decisão, poderão ou não se utilizar do novo regime.

Ainda quanto à abrangência do estatuto, há posição no sentido de que não se justifica a previsão de regime especial de licitações e contratos para as estatais. Esse é o posicionamento adotado pelo autor Rafael Oliveira, que defende que se as normas da lei 13.303/2016 são mais positivas, oferecendo maior flexibilidade e não contrariando as normas do regime jurídico administrativo, não há razão para não haver a extensão a toda a Administração Pública. O cerne de tal posição defendida pelo autor está no fato de que a matéria de licitação e contratos vem cada dia mais ficando extensa, havendo grande número de leis que versam sobre o assunto<sup>109</sup>.

Conforme foi possível verificar no decorrer da explicitação apresentada, talvez as duas maiores características da lei 13.303/2016 sejam a autonomia dispensada às empresas estatais quanto ao seu regime de licitação, e também a grande semelhança com as normas já previstas no RDC, e também no pregão.

A autonomia das empresas públicas e sociedades de economia mista quanto ao regime a ser aplicado às licitações tem origem na flexibilização de procedimento abordada na lei 13.303/2016. Ao não fixar normas rígidas sobre modalidades e tipos de licitação, o legislador deixou ampla margem de atuação para as estatais, e, ainda, em grande parte dos dispositivos estudados, foi possível identificar que o texto legal muitas vezes deixa a regulamentação a cargo dos Regulamentos Internos de cada empresa, importante novidade incluída. Ainda é cedo para constatar na prática como funcionará essa atuação por conveniência e oportunidade das estatais, mas comparativamente à lei 8.666/93 que, por tantas burocracias, muitas vezes engessava a atividade econômica, pode-se considerar uma transformação favorável.

No tocante à similaridade das normas do estatuto com o RDC, ficou clara a intenção legislativa de inspiração na lei 12.462/2011. Alguns dos principais atributos do RDC que

---

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>>. Acesso em 12 jun 2017.

podem ser citados são: (i) a inversão de fases, através da qual primeiramente ocorre o julgamento das propostas e depois a habilitação; (ii) a etapa de lances, com adoção dos modos de disputa aberto e fechado e, ainda, a possibilidade de combinação entre eles; (iii) a fase recursal única após a habilitação; (iv) o orçamento sigiloso; e, (v) a figura da contratação integrada, sendo possível constatar que todas essas condições estão presentes no Estatuto.

O procedimento definido pelo RDC já havia sido objeto de tentativa de expansão pelo governo, que tinha intenção em propagar o regime para todas as situações, e não mais apenas para as hipóteses restritas da lei. Em 2015 foi proposta a Medida Provisória 678/2015, no intuito de realizar a ampliação para a área de segurança pública e estabelecimentos penais, prevendo sua adoção em obras e serviços de engenharia de mobilidade urbana. A medida provisória foi convertida em lei, porém esta foi suspensa cautelarmente, por entendimento do STF acerca de distorção de matéria originalmente tratada na MP.

É inegável, portanto, que a lei 13.303/2016, embora não preveja expressamente e não faça menção ao RDC, possui a essência do regime que já era adotado para hipóteses específicas.

Dessa forma, analisados os aspectos da lei 13.303/2016, pode-se concluir que, apesar de muito repetir a experiência já conhecida através do RDC, a aplicação dessas normas às empresas estatais pode ser em muito benéfica, se concretizada baseada nos princípios e interesses a serem perquiridos, e se utilizada a autonomia conferida às estatais de forma a objetivar a dinamicidade do procedimento licitatório, evitando os formalismos excessivos que sempre foram o principal ponto de questionamento das legislações anteriores. A experiência passada, principalmente sob a égide da lei 8.666/1993, demonstrou que o enrijecimento de regras, com aumento de burocracias, não é benéfico para a execução das incumbências estatais, pois não implica, necessariamente, em maior correção na atuação das empresas para coibir a má gestão. Ao revés, a rigidez pode trazer impactos diretos ao regime constitucional de direito privado necessário à preservação das condições de competitividade dessas empresas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*. São Paulo, Editora Forense, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Malheiros, 2010.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; (in memoriam) MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações*. 2ª ed. Belo Horizonte, Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Contratação Semi-integrada na Lei das Estatais: críticas e proposições*. Rev. Direito do Estado. Ano 2016. Nº 273. Disponível em: ><http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alecia-paolucci-nogueira-bicalho/a-contratacao-semi-integrada-na-lei-das-estatais-criticas-e-proposicoes-><. Acesso em 09 jun 2017.

BRASIL, *Constituição Da República Federativa de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 03 maio 2017.

BRASIL, *Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0900.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

BRASIL, *Lei n° 12.462, de 04 de agosto de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm)>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL, *Lei n° 13.303, de 30 de junho de 2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481954>>. Acesso em: 05 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 19 jun 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2013.

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

FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnio Leal. Considerações acerca do novo regime de licitações e contratos das estatais instituído pela Lei n. 13.303/16. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 179, p. 9-23, nov. 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 17ª ed., Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

\_\_\_\_\_. A nova Lei das (antigas) Estatais. *Gazeta do Povo*. Publicado em 25.07.2016.



\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed., São Paulo, RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

\_\_\_\_\_. *Pregão: Nova modalidade licitatória*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47554/45180>>. Acesso em 13 jun 2017.

\_\_\_\_\_., Cesar A. Guimarães (coord). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. América Jurídica, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato administrativo*. Editora Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Fernando. *Teoria Geral da Administração*. 22ª ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos Destacados no Novo Regime de Licitações e Contratações das Estatais. *Revista Direito do Estado*. Ano 2016. Nº 209. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectosdestacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Pregão Presencial e eletrônico*, Ed. Zênite, 4ª ed., 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Método, 2016.

\_\_\_\_\_. *Licitações e contratos administrativos*. 5ª ed., São Paulo: Método, 2015.

\_\_\_\_\_. *As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo?* Rev. Direito do Estado. Ano 2016. N° 230. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>> Acesso em: 06 jun 2017.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 224, p. 334, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994.

*Sustainable Public Procurement: Life Cycle Costing (LCC) in the New EU Directive Proposal*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2488021>>. Acesso em 06 jun 2017.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/05/estatuto-empresas-estatais.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3ª ed, Belo Horizonte: Fórum, 2014.