

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

**LEI DAS ESTATAIS (LEI 13.303/2016) FRENTE À LEI Nº 8.666/93: ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE AS SISTEMÁTICAS LICITATÓRIAS TRAZIDAS
POR AMBAS AS LEIS**

AMANDA RAQUEL PINHEIRO DA ROCHA

Rio de Janeiro

2017/2

AMANDA RAQUEL PINHEIRO DA ROCHA

**LEI DAS ESTATAIS (LEI 13.303/2016) FRENTE À LEI N° 8666/93: ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE AS SISTEMÁTICAS LICITATÓRIAS TRAZIDAS
POR AMBAS AS LEIS**

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 do **Professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira.**

Rio de Janeiro

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

D1111 Da Rocha, Amanda Raquel Pinheiro
Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) frente à Lei
n° 8.666/93: Análise comparativa entre as
sistemáticas licitatórias trazidas por ambas as leis
/ Amanda Raquel Pinheiro Da Rocha. -- Rio de
Janeiro, 2017.
66 f.

Orientador: Fábio Souza de Oliveira .
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Análise Comparativa. 2. Sistemática
licitatória. 3. Lei 8.666/93. 4. Lei 13.303/2016. 5.
Empresas Estatais. I. Souza de Oliveira , Fábio ,
orient. II. Título.

AMANDA RAQUEL PINHEIRO DA ROCHA

**LEI DAS ESTATAIS (LEI 13.303/2016) FRENTE À LEI N° 8666/93: ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE AS SISTEMÁTICAS LICITATÓRIAS TRAZIDAS
POR AMBAS AS LEIS**

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 do **Professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão de curso a minha Avó Marlene Pereira que, de onde quer que esteja, me acompanha e me protege.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me possibilitou todos os dias de felicidade e conquista de minha vida.

Aos meus pais Leonardo e Renata, por todo amor e dedicação. Por acreditarem em mim e me apoiarem em todos os passos de minha vida.

À minha irmã Dominique, por todo carinho, compreensão, ajuda e suporte para conquistar meus objetivos.

À minha amiga Ana Brito, por estar sempre presente ao meu lado e disposta a me ouvir, nos momentos de alegria e de dificuldade.

Ao meu melhor amigo, namorado e advogado favorito Thales Baeta, por toda a ajuda, apoio, paciência e, principalmente, por suportar meu humor ácido durante todo o período de elaboração do presente trabalho.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração e conclusão deste trabalho.

EPÍGRAFE

“A persistência é o caminho do êxito”

(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho trata-se de um comparativo entre as sistemáticas licitatórias estabelecidas pela Lei 8.666/93 e a Lei 13.303/2016, que instituiu o Estatuto Jurídico das Estatais. Para a realização deste comparativo, foram apresentadas as características principais de cada procedimento licitatório, elencando, assim, conceitos, princípios aplicáveis, objeto, finalidade, modalidades, possibilidades de contratação direta, entre outros. Por fim, o trabalho elenca as inovações trazidas pela Lei das Estatais, tendo como parâmetro a Lei 8.666/93, sendo as mais importantes: a possibilidade de se realizar contratação semi-integrada, o aumento significativo nos valores limites para a dispensa de licitação por pequeno valor, a redução de cláusulas exorbitantes, a maior aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Palavras-Chave: Lei 8.666/93; Lei 13.303/2016; Empresas Estatais; Procedimento licitatório; Estudo comparativo.

ABSTRACT

The present work deals with a comparison between the bidding rules established by Law 8.666 / 93 and Law 13303/2016, which established the State Statute. In order to carry out this comparison, the main characteristics of each bidding process were presented, thus listing concepts, applicable principles, object, purpose, modalities, possibilities of direct contracting, among others. Finally, the work summarizes the innovations brought by the State Law, having as a parameter Law 8.666/93, the most important being: the possibility of semi-integrated contracting, a significant increase in the limit values for the waiver of bidding for small value, reduction of exorbitant clauses, greater applicability of the principle of autonomy of will and freedom of contract.

Key Words: Law 8.666/93; Law 13.303/2016; State enterprises; Bidding procedure; Comparative study.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	10
INTRODUÇÃO	12
1. LEI Nº 8666/93: LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	15
1.1. Contexto histórico de edição da Lei 8.666/93	15
1.2. Conceitos, natureza jurídica, finalidade e aplicabilidade	17
1.3 Princípios norteadores da licitação	19
1.4 Objeto da Licitação	22
1.5 Dever de licitar, Dispensa e Inexigibilidade.	23
1.6 Modalidades e Tipos de Licitação	26
1.6.1 Modalidades	26
1.6.2 Tipos de Licitação.....	29
1.7 Procedimento Licitatório	30
1.7.1 Etapas da fase interna.....	30
1.7.2 Etapas da fase externa	31
2. LEI Nº 13.303/2016- MICROSSISTEMA LICITATÓRIO TRAZIDO PELO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS	32
2.1 Contexto constitucional e regulamentação do art. 173 da CF.....	32
2.2 Aplicabilidade.....	34
2.3 Finalidade, princípios e diretrizes.....	36
2.4 Objeto da Licitação	41
2.5 Hipóteses de contratação direta	41
2.5.1 Da licitação dispensada	41
2.5.2 Das licitações dispensáveis.....	42
2.5.3 Da inexigibilidade de licitação	44
2.6 Normas específicas para obras e serviços, aquisição de bens e alienação de bens	44
2.6.1 Aquisição de bens	45
2.6.2 Alienação de bens	45
2.6.3 Obras e serviços	46
2.7 Procedimento de licitação	48
2.7.1 Fases da licitação	48
2.7.2 Modos de disputa	49
2.7.3 Critérios de Julgamento	50

2.8 Procedimentos auxiliares	51
2.9 Possibilidade de alteração contratual	52
3. LEI GERAL DE LICITAÇÕES E A LEI 13.303/2012: ANÁLISE COMPARATIVA E INOVAÇÕES RELEVANTES	53
3.1 Princípios e objetivos.....	53
3.2 Contratação direta	55
3.3 Inexistência de modalidades de licitação.....	55
3.4 Fases do procedimento licitatório.....	56
3.5 Critérios de julgamento	57
3.6 Unicidade da fase recursal.....	57
3.7 Procedimentos auxiliares.....	58
3.8 Regimes de contratação	59
3.9 Contrato e alteração contratual	59
4. CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, em seu art.37, inciso XXI, dispõe acerca da obrigatoriedade de licitar. Trata-se, por certo, de instituto jurídico moralizador – dando efetividade ao princípio da moralidade previsto também no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 – ao passo em que obriga a administração pública a realizar contratações por intermédio de um procedimento que transpore lisura e eficiência para os cidadãos.

Desta forma, a licitação recebeu status de princípio constitucional, sendo aplicável, salvo casos específicos previstos na legislação, a todos os entes da administração pública direta e também indireta.

Visando a regulamentação do procedimento licitatório que é previsto no artigo supramencionado, criou-se a Lei 8.666 de 21.06.1993, que se encontra em vigor, disciplinando as modalidades e todos os procedimentos a serem adotados para a realização de licitações e contratos da Administração Pública.

Outrossim, o Título VII da Constituição elenca uma série de princípios que regem a atividade econômica do Brasil. Nesta esteira, importante ressaltar que o art. 173, § 1º, III da Lei Maior, assim dispõe, *in verbis*:

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Em que pese o processo licitatório ser aplicável a toda a administração pública, certo é que o corpo desta não é homogêneo. Isso significa dizer que o Estado se organiza de certas formas que não seriam compatíveis com o procedimento que a Constituição lhe impõe. Fala-se da divisão preconizada pela doutrina quanto à administração pública direta e indireta, sendo a primeira praticada pelo Estado *lato sensu* na figura de seus entes

(municípios, estados e união) enquanto a segunda é composta por meio da descentralização, resultando em novos entes dotados de personalidade jurídica própria, sendo esses: as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

No que toca a administração pública direta não há que se falar em inaplicabilidade da licitação. A problemática recai, porém, quando o estudo em questão recai sobre a administração pública indireta, especialmente no que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista, ao passo em que estes últimos interveem diretamente no mercado e na economia do país, nos termos do supramencionado art. 173, da Constituição Federal.

É que como as sociedades de economia mista e as empresas públicas atuam, inevitavelmente, no cenário econômico e em regime de concorrência com outras pessoas do ramo privado a explorarem aquela mesma atividade, não se parece razoável onerar tais entes com a obrigatoriedade de realização do procedimento licitatório. Tal afirmativa decorre do fato de que este procedimento, embora vise garantir a lisura da administração pública quando contrata com terceiros, certo é que se trata de procedimento moroso e que inviabiliza a competição descrita anteriormente. Em contrapartida, não se tem por razoável permitir que estes entes (ainda que integrem a administração pública apenas de forma indireta) possam celebrar contratos se valendo do erário público sem qualquer tipo de mecanismo de controle.

Não por outra razão resta evidente que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias deveriam seguir procedimento licitatório específico, a ser disciplinado por um estatuto jurídico próprio. Assim, diante da necessidade de criação do referido estatuto, fora editada a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que instituiu o estatuto jurídico das empresas estatais.

A bem da verdade, não se pode afirmar que a referida inovação legislativa se deu unicamente em razão do mandamento constitucional, pois este já resta previsto na Constituição em seu art. 173, §1º desde a Emenda Constitucional de n. 19/98, em que já se reservava à legislação extravagante a criação de um estatuto jurídico próprio destinado às sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias. Logo, o legislador se manteve inerte por quase duas décadas sem criar o referido estatuto jurídico que a Carta Magna já determinava.

Assim, a grande força motriz por de trás da Lei 13.303/16, objeto do presente trabalho, foram os recentes casos, amplamente divulgados pela mídia brasileira, de corrupção que assolaram, especialmente, as estatais de um modo geral.

Dessa forma, foi com o intuito de promover a governança corporativa, que se percebeu a importância de o *compliance* atingir a própria administração pública, culminando na promulgação da Lei nº 13.303/16, intitulada Lei das Estatais, a qual instituiu mecanismos com intuito de evitar, detectar e sanar qualquer tipo de desvio – seja um ato ilícito, fraudes ou meras irregularidades administrativas – que estejam em desconformidade com o novo modelo de combate à corrupção ou suborno.¹

O presente trabalho se destina então a discorrer acerca dos novos regramentos internalizados pela Lei nº 13.303/16, no que toca ao sistema licitatório das estatais, bem como aqueles dispositivos já previstos pela Lei 8.666/93 e, a partir de então, realizar uma análise comparativa entre as sistemáticas licitatórias trazidas por ambas as legislações.

¹ Disponível em <<https://fontejur.com.br/compliance-e-boa-governanca-uma-necessidade-para-o-combate-corrupcao-no-brasil/>>. Acessado em 22 de outubro de 2017.

1. LEI Nº 8666/93: LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

1.1. Contexto histórico de edição da Lei 8.666/93

A Constituição Federal de 1988 fora a primeira, na história constitucional brasileira, a trazer de forma expressa a obrigatoriedade do Estado a usar o processo licitatório como única forma de contratação, ou seja, trouxe expressamente o dever de licitar em seu art. 37, Inciso XXI, que trata dos princípios e normas gerais da administração pública.

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

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.

Além da disposição trazida pelo artigo supramencionado, temos ainda outros dispositivos que evidenciam a preocupação do legislador constituinte originário com o procedimento de contratação a ser adotado pelo Estado. Senão vejamos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços público

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998, responsável por promover uma reforma administrativa no aparelho estatal, acrescentou ainda mais uma menção, ao alterar a redação do § 1º do art. 173, adicionando-lhe um inciso III que se encontra assim redigido:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

A criação do art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988, ou seja, a constitucionalização de escolha dos contratados do Estado, objetivou solucionar a problematização surgida à época no País devido à grande diversidade de leis sobre a matéria, já que a Constituição Federal até então vigente (CF/1967) não trazia norma que definisse a competência para legislar sobre matéria licitatória.

A ausência de norma que disciplinasse tal competência segundo Maria Di Pietro²

deu margem à formação de duas correntes doutrinárias: uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8o, XVII, c e § 2o); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação.

Desta forma surgiu a controvérsia sobre (im)possibilidade de a União, à época, ser o ente competente para editar normas gerais em matéria licitatória. Assim, até que fosse promulgada a Constituição Federal de 1988, que sanou tal controvérsia dando competência privativa à União para a edição de normas gerais de licitação e contratação, cabendo aos demais entes, tão somente, a edição de legislação suplementar em matéria de licitação, houveram a edição de diversas legislações, tanto estaduais quanto municipais, regulando de forma diversa sobre os mecanismos de contratação pública a serem adotados.

Assim, com a finalidade de regulamentar o art. 37, XXI da CRFB/88, foi editada a Lei nº 8666/93, que trata-se de lei de caráter nacional e que institui normas gerais para as licitações e contratos da Administração pública, tal lei ficou conhecida como a “Lei Geral das Licitações”.

² Di Pietro, Maria Sylvania. Manual de Direito Administrativo, 3º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.354

1.2. Conceitos, natureza jurídica, finalidade e aplicabilidade

Licitação, de acordo com Carvalho Filho³, é um “ procedimento administrativo vinculado através do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos interessados”.

Já para Maria Di Pietro⁴,

[...] pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Desta forma, com base nos conceitos acima mencionados, podemos definir licitação como um procedimento administrativo, isto é, um conjunto de atos interligados, produzidos em sequência, que preparam o ato final visado pela Administração, qual seja, a celebração do contrato⁵. Os atos que integram o procedimento licitatório são produzidos tanto pela Administração, quando do lançamento do edital, do recebimento das propostas, habilitação, classificação, como pelo particular que pretende contratar com a Administração, ou seja, pelo licitante no momento da retirada do edital, na formulação da proposta, na apresentação de recursos, e etc.

Outrossim, no que tange a natureza jurídica da licitação, podemos entender que é a de procedimento administrativo vinculado, cuja regras devem ser rigorosamente seguidas pelo administrador e que busca selecionar a proposta mais vantajosa, possuindo assim, um fim seletor.

Tendo em vista a necessidade de se seguir rigorosamente as regras estabelecidas no procedimento licitatório, importante se faz elencar quem são os entes sujeitos à

³ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31º ed. Ver. Atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p.181

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia. Manual de Direito Administrativo, 3º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.353

⁵ Conceito definido por Erick Alves, professor de direito administrativo e Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União.

realização de procedimento licitatório. Segundo o conceito trazido por Di Pietro⁶, já mencionado acima, a exigência de realização de procedimento licitatório seria para todo ente público no exercício da função administrativa.

Isso significa dizer que o dever de licitar é de todos os poderes, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário, de qualquer ente da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - de forma a abranger tanto a administração direta, quanto a indireta, incluindo, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Sendo cabível também, quando no exercício de função administrativa, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público.

Por fim, o campo de aplicação da referida Lei é tão abrangente que alcança, inclusive, aquelas entidades que não integram a Administração, isto é, as entidades sob controle indireto ou direto do Poder Público, como por exemplo as subsidiárias de empresas públicas.

O dever de licitar, portanto, é demasiadamente abrangente, consoante leitura do art. 1º da Lei 8666/1993:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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

Importante lembrar, todavia, que a EC nº 19/1998 permitiu a elaboração de legislação própria para empresas públicas e sociedades de economia mista. Em julho de 2016, ou seja, cerca de 18 anos após a alteração trazida pela emenda é que fora editada a Lei nº 13.303/2016 que, dentre diversas disposições, estabelece normas relativas a licitações aplicáveis às “empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da união ou seja de prestação de serviços públicos”. Tal lei será tratada mais à frente neste trabalho.

⁶ Di Pietro, Maria Sylvia. Manual de Direito Administrativo, 3º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.353

1.3 Princípios norteadores da licitação

O art. 3º, *caput* da Lei 8.666/1993 enumera os princípios básicos que regem o procedimento administrativo de licitação. Vejamos:

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.(grifei)

A partir da leitura do dispositivo acima, podemos verificar que foram criados princípios específicos para regerem a licitação, no entanto, esta também está sujeita a incidência de todos os princípios gerais de direito administrativo, isto é, a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Ademais, o procedimento licitatório está submetido ainda aos princípios que, embora não encontrem-se elencados na lei, são reconhecidos pela doutrina, tais como: competitividade, procedimento formal, sigilo das propostas e adjudicação compulsória.

Um dos princípios básicos que rege a licitação é o princípio da legalidade. Este é um princípio basilar de toda a atividade da Administração Pública e impõe que o administrador não poderá atuar de forma a atender a sua vontade pessoal, mas de acordo com a previsão legal. De modo que, deve-se seguir restritamente as regras previstas na lei para o procedimento licitatório, garantindo tanto aos administrados quanto aos licitantes a ausência de “abusos de conduta e desvios de objetivos”.⁷

Importante ressaltar que, ainda que haja a exigência de que se respeite o princípio da legalidade, bem como o dever de licitar, tal princípio não é absoluto, uma vez que a própria lei elenca uma série de hipóteses em que poderá ocorrer a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, não havendo no que se falar, portanto, em ofensa a tal princípio devido a não realização do certame.

Neste sentido, o autor Carvalho Filho⁸

⁷ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31º ed. Ver. Atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p.185

⁸ Idem

“No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais. ”

Os princípios da moralidade e da impessoalidade guardam relação entre si e são os mais ligados à finalidade da licitação.

Enquanto o princípio da impessoalidade traduz o dever da Administração, na tomada de decisões, de se pautar em critérios objetivos, deixando de considerar as condições pessoais dos licitantes, o princípio da moralidade exige atuação honesta, pautada na ética e evitada de boa-fé.

Segundo Di Pietro⁹ a Lei no 8.666/93

faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo [...]

Diante do entendimento da prof.^a Di Pietro, facilmente podemos constatar que a probidade administrativa decorre do princípio da moralidade, exigindo que o administrador realize seus atos de forma a respeitar o bom senso, a justiça e a moral, impedindo, deste modo, a prática de atos ímprobos durante a realização do procedimento licitatório.

O princípio da igualdade, para Di Pietro¹⁰ por sua vez,

constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse

⁹ Di Pietro, Maria Sylvia. Manual de Direito Administrativo, 3º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.362

¹⁰ Ibidem, p.357

princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

Significa dizer que não devem ser oferecidas vantagens a qualquer um dos concorrentes que estejam competindo no procedimento licitatório, devendo a Administração oferecer uma competição em igualdade de condições.

Já o princípio da publicidade visa proteger a transparência do certame e é aplicável à todas as fases do procedimento licitatório. Além de zelar pela transparência do procedimento, a publicidade possibilita a ampla divulgação deste de modo que todos os interessados possuam conhecimento e acesso as suas regras.

Outro importante princípio é o da vinculação ao instrumento convocatório. O instrumento de convocação é, em regra, o edital, sendo a exceção o convite (instrumento convocatório simplificado cuja convocação ocorre por carta-convite) e por este princípio, todos os participantes do procedimento licitatório, ou seja, a administração e os licitantes encontram-se vinculados aos ditames deste edital.

Assim como dispõe Meirelles¹¹, “o edital é a lei interna da licitação”, e a sua inobservância poderá gerar a nulidade do procedimento licitatório.

Por fim, o princípio do julgamento objetivo que é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e possui previsão expressa no art. 45 da Lei nº8666/93.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Todos os critérios previstos no ato convocatório devem ser adotados para o julgamento das propostas, impedindo a ocorrência de qualquer surpresa para aqueles que participam da licitação.

¹¹ Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42º ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p.321.

A objetividade acontecerá até mesmo nos casos em que houver empate entre duas ou mais propostas, uma vez que o desempate se dará por meio de sorteio, conforme preconiza o §2º do art. 45 da Lei nº8666/93.

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

1.4 Objeto da Licitação

Os possíveis objetos a serem licitados encontram-se elencados no artigo 2º da Lei 8666/93. Assim consoante dispõe o artigo mencionado, são objetos da licitação as obras, serviços, incluindo-se os de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública. Isso significa dizer que, para a contratação desses objetos se faz necessário que a Administração realize processo licitatório, salvo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, os quais serão tratadas mais adiante neste trabalho.

Ressalta-se que o legislador, visando o melhor entendimento e aplicação da Lei 8666/93, trouxe no bojo desta, nos incisos do artigo 6º, uma série de conceituações de suma importância e que, por esta razão, merecem ser aqui mencionadas:

“ I) Obra é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizada por execução direta ou indireta.

II) Serviço é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação e manutenção, entre outras.

III) Compra é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

IV) Alienação é toda transferência de domínio de bens a terceiros.

V) Obras, serviços e compras de grande vulto são aquelas cujo valor estimado seja superior a vinte e cinco vezes o limite mínimo para que seja obrigatória a licitação na modalidade de concorrência.

VI) Seguro-Garantia é o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos.

VII) Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que

possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...];

VIII) Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

IX) Administração Pública é a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

X) Administração é o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

XI) Imprensa Oficial é o veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis.

XII) Contratante é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual.

XIII) Contratada é a pessoa física ou jurídica signatária do contrato com a Administração Pública.

XIV) Comissão podendo ser permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

1.5 Dever de licitar, Dispensa e Inexigibilidade.

Conquanto a realização de licitação seja a regra definida por lei para as contratações da Administração Pública, existem situações específicas em que a própria legislação admite a possibilidade de se celebrar contratos sem a realização do processo licitatório.

A própria Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, admite a contratação sem que seja promovido o prévio procedimento em questão. Senão vejamos:

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. (grifei)

Nessa acepção, consoante estabelece a legislação vigente, a dispensa e a inexigibilidade conformam situações em que a administração poderá contratar sem a

necessidade de realização de procedimento licitatório. Ou seja, são situações de contratação direta.

Consoante o art. 25 da Lei 8.666/93, a inexigibilidade advém da inviabilidade de competição, isso significa que a licitação será inexigível sempre que a competição for impossível. Este artigo traz um rol exemplificativo com três hipóteses de inexigibilidade, quais sejam, os casos de fornecedor exclusivo, vedada a preferência de marca; a contratação de artistas consagrados pela crítica e pelo público; e a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, ou seja, serviços diferenciados, vedada esta para os serviços de publicidade.

Ademais, devido a este caráter exemplificativo, ainda que a circunstância do caso concreto não esteja elencada em uma das hipóteses expressamente previstas em lei, sendo impossível a realização de competição, a licitação será inexigível, permitindo-se, portanto, a realização de contratação direta.

Nesta diapasão, Justen Filho¹² entende que

A inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades a inviabilidade de competição é um gênero que comporta diversas modalidades”

A dispensa, por sua vez, ocorrerá quando a Administração possui meios de realizar o procedimento licitatório mediante a competição, no entanto, a lei dispõe ser desnecessária a execução do certame.

As hipóteses de dispensa são trazidas de forma taxativa e as divide em hipóteses em que a licitação é dispensável e outras em que a licitação é dispensada.

Importante ressaltar que, não se admite a ampliação por analogia de qualquer destas hipóteses, sendo vedado até mesmo a definição de novas hipóteses por meio de atos administrativos específicos ou decretos.

A licitação dispensada encontra-se regulamentada no art. 17 da Lei 8.666/93 e ocorre nos casos em que a Administração é obrigada, por determinação legal, a realizar

¹² Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo, livro eletrônico, 3º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2015

contratação direta, não sendo possível, portanto, que se utilize de discricionariedade ou juízo de valor. A lei 8.666/93 prevê 17 hipóteses de licitação dispensada.

Na licitação dispensável, diferentemente do que ocorre na dispensada, o administrador atuará de forma discricionário, podendo definir se realizará ou não o procedimento licitatório. O art. 24 elenca 31 hipóteses de licitação dispensável.

Algumas hipóteses merecem uma análise pormenorizada. Senão vejamos:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (grifei)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (grifei)

Os incisos acima definem que, em que pese seja completamente possível a realização de certame licitatório, não há a necessidade deste quando a contratação não ultrapassar dez por cento dos limites previstos na modalidade convite. Portanto, a Administração está desobrigada do dever de licitar quando o contrato versar sobre obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 15.000,00 ou bens no valor de até R\$ 8.000,00.

Outra hipótese de suma importância é a trazida pelo inciso V que trata da denominada “licitação deserta”.

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

A partir da leitura do dispositivo supra pode-se concluir que a licitação deserta ocorre nos casos em que a Administração divulga o instrumento convocatório para a realização do procedimento licitatório, no entanto, não há o comparecimento de interessados. Assim, restando comprovado que a realização de novo certame acarretaria prejuízos ao ente estatal, a contratação poderá ocorrer de forma direta por meio da dispensa legal.

Insta salientar que licitação deserta e licitação fracassada são institutos distintos, não podendo ser confundidos.

Isto porque, na licitação fracassada há o surgimento de interessados no procedimento licitatório, todavia, todas as propostas apresentadas são desclassificadas ou os participantes são inabilitados por ausência de adequação às normas, fazendo-se necessária a concessão de novo prazo - 8 dias úteis, sendo viável a redução para 3 dias úteis quando se tratar da modalidade convite-, para que os licitantes se adequem aos requisitos ou a realização de nova licitação.

1.6 Modalidades e Tipos de Licitação

Inicialmente, cumpre ressaltar que o termo “tipos de licitação” não pode ser confundido com o termo “modalidades de licitação”. Enquanto os tipos de licitação dizem respeito aos critérios adotados para a seleção da proposta vencedora, as modalidades de licitação se relacionam com a estrutura procedimental da licitação.

1.6.1. Modalidades

As modalidades de licitação encontram-se elencadas no art. 22 da Lei 8.666/93, e são elas: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.

A concorrência, “é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”, art. 22, §1º.

Esta modalidade é deveras abrangente, podendo ser usada para obras, serviços e compras de qualquer valor, sendo obrigatória para contratações de grande vulto (contratação de obras e serviços de engenharia acima de um milhão e meio de reais e aquisição de bens e serviços, que não de engenharia, acima de seiscentos e cinquenta mil reais), compra e venda de imóveis, concessão do direito real de uso e, até mesmo, licitações internacionais.

A tomada de preços, por sua vez,

é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do

recebimento das propostas, observada a necessária qualificação, art. 22, § 2º, da Lei 8.666/93.

A tomada de preços é viável para contratações que possuam valores acima do limite do convite e abaixo do limite da concorrência, ou seja, contratos de valores médios. É possível a realização desta modalidade para a contratação de obras e serviços de engenharia de até um milhão e meio de reais, e para aquisição de bens e serviços que não sejam de engenharia de até seiscentos e cinquenta mil reais.

Já a modalidade convite, a mais restrita entre todas as elencadas pela Lei 8.666/93, é adequada para as contratações de pequenos valores.

O art. 22, §3º do mesmo diploma legal a conceitua da seguinte forma:

§ 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.

A contratação por meio de convite é realizada para obras e serviços de engenharia até cento e cinquenta mil reais e para aquisição de bens e serviços, que não sejam de engenharia, até oitenta mil reais.

Nesta modalidade não há no que se falar em elaboração de edital, uma vez que o instrumento convocatório desta é a carta convite.

Por fim, cumpre mencionar que a participação no certame é restrita aos convidados, independentemente de cadastro, respeitando-se o limite mínimo de três, salvo se comprovada restrição de mercado.

Concurso é a modalidade de licitação que explicita o interesse do Poder Público em escolher trabalhos técnicos, científicos ou artísticos mediante pagamento de prêmio ou remuneração ao vencedor, conforme critérios constantes no edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias. (art. 22, §4º)

Importante não confundir a modalidade concurso trazida pela Lei 8666/93 com o concurso público para provimento de cargos públicos. Este último é regido pela Lei 8.112/90 e objetiva o provimento de cargo ou emprego público no âmbito da

Administração direta ou indireta, estabelecendo um vínculo de trabalho entre o indivíduo selecionado e o ente público contratante.

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (art. 22, §5º)

Esta modalidade possui o diferencial de ocorrer a multiplicação de propostas por um mesmo interessado e é apropriada para a alienação de bens imóveis que tenham sido adquiridos por decisão judicial ou dação em pagamento ou bens móveis, inservíveis, apreendidos e penhorados pela Administração Pública.

Outrossim, o leilão sempre será do tipo maior lance, só sendo possível a alienação do bem para o lance que seja igual ou superior ao valor da avaliação e será conduzido por um leiloeiro oficial ou por um servidor designado para tal.

As próximas modalidades não encontram-se elencadas na lei 8.666/93 mas, para melhor entendimento do trabalho ora elaborado, serão tratadas a seguir.

Embora seja vedada a criação de novas modalidade de licitação ou até mesmo a combinação das já existentes tal vedação é aplicável tão somente aos administrados. Logo, é possível que o legislador crie novas modalidades, assim como ocorreu com a consulta, pregão e RDC.

A consulta é regulamentada no âmbito das agências reguladoras uma vez que a sua aplicação recai exclusivamente às agências reguladoras. Possui o número mínimo de 5, e os julgadores do certame não se denominam comissão e sim júri.

O pregão fora trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 10.520/02, prevendo, inclusive, a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93. Esta modalidade é adequada à aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles com padrões de desempenho e qualidade facilmente definidos no edital, sem limite de valor. A disputa é feita por meio de lances e propostas realizadas em sessão pública.

No pregão o tipo utilizado será sempre o menor preço e haverá uma inversão nas fases de licitação, uma vez que a Administração Pública primeiramente julgará, para

depois habilitar. Por fim, nesta modalidade não haverá comissão designada, sendo o pregoeiro o responsável pela realização.

O Regime Diferenciado, instituído pela Lei 12.462/11, e é uma modalidade que surgiu como um procedimento específico para as contratações a serem realizadas para os grandes eventos, como os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa do Mundo de 2014 e etc.

A criação desta modalidade se justificava pela necessidade de realização de um procedimento de contratação mais célere e simplificado e, por esta razão, trouxe uma série de peculiaridades, como a possibilidade de indicação de marcas, os critérios de julgamento utilizados, a contratação integrada, entre outros.

Por derradeiro, a lei 12.462/2011 já sofreu duas alterações e passou a ser aplicável também as ações integrantes do Programa de aceleração do crescimento (PAC), as obras e serviços de engenharia dos sistemas públicos de ensino e do sistema único de saúde- SUS.

1.6.2 Tipos de Licitação

Os tipos de licitação são critérios adotados para a seleção da proposta vencedora e, consoante dispõe o art. 45 da Lei 8.666/93 são eles: o menor preço, melhor técnica, técnica e preço e menor lance ou oferta.

Estes critérios são aplicáveis a todas as modalidades de licitação, exceto a modalidade concurso e devem ser estabelecidos no edital, sendo vedado à Administração Pública se valer de outro para promover a seleção da proposta mais vantajosa.

I) Menor preço é o tipo de licitação em que a Administração Pública deverá fazer a seleção da proposta que possuir o menor preço. Esse tipo é reservado para as compras e destinado a aquisição de produto sem características especiais, ou quando especiais que estejam especificadas como requisitos mínimos no instrumento convocatório.

II) A melhor técnica, assim como a técnica e preço, de acordo com o art. 46 são tipos utilizados para serviços de natureza predominantemente intelectual.

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

Esses tipos de licitação visam a seleção da proposta mais vantajosa a partir da análise de simultânea da qualidade e do preço.

III) Maior lance é o tipo de licitação destinada ao leilão, cuja forma de seleção se dá pelo maior lance ofertado, igual ou superior ao valor da avaliação.

1.7 Procedimento Licitatório

O procedimento licitatório é de suma importância para que entenda de que modo se dá as contratações realizadas pela Administração Pública. Tal procedimento é dividido em duas fases.

1.7.1 Etapas da fase interna

A primeira fase, chamada de fase interna, não possuirá a atuação de terceiros, mas, tão somente, da administração pública. Esta fase é mais burocrática e nela haverá a elaboração do instrumento convocatório, bem como a designação da comissão que será responsável pelo procedimento licitatório. Os requisitos que abrangem a fase interna encontram-se elencados no art. 38 da Lei 8.666/93, e são eles: a previsão do objeto, previsão da autorização e análise de recurso orçamentário. Superados estes requisitos, o instrumento convocatório será minutado e publicado no Diário Oficial da União, caso a licitação seja realizada pela Administração federal ou se tratar de licitação de obra com recursos federais ou no Diário Oficial do Estado, caso a licitação seja feita pela Administração dos estados e dos municípios e em jornal de grande circulação.

Com a publicação do instrumento convocatório encerra-se a fase interna e inicia-se a externa, uma vez que torna-se público o objeto que a Administração pública deseja contratar.

Na segunda fase, conhecida como fase externa, haverá a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração pública, bem como para o interesse público. Nesta fase ocorrerá a realização da licitação em etapas, quais sejam audiência pública, edital,

documentação e propostas, habilitação, julgamento das propostas, homologação e adjudicação.

Importante ressaltar que, poderá haver a inversão de etapas, ou até mesmo a inexistência, de acordo com a modalidade de licitação empregada. Na modalidade concorrência, por exemplo, as etapas são realizadas na ordem acima mencionada, no entanto, em determinadas modalidades como a tomada de preços e o convite não há a etapa de habilitação. No pregão, em comparação a concorrência, haverá a inversão de etapas uma vez que a fase externa se dará da seguinte forma: edital, classificação, habilitação, adjudicação e homologação.

1.7.2 Etapas da fase externa

A primeira etapa da fase externa é a realização de audiência pública. Nesta audiência os possíveis licitantes poderão ter acesso as informações à respeito do objeto da licitação, podendo, inclusive, se manifestarem sobre tal.

O recebimento e julgamento das propostas é a próxima etapa a ser realizada. A Administração pública marcará data para realização da sessão pública, onde os interessados deverão apresentar suas propostas. Estas serão recebidas e julgadas de acordo com o que estabelece o art. 43 da Lei 8.666/93:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

Na fase de habilitação, a Administração analisa se os licitantes possuem ou não os requisitos previstos no instrumento convocatório e que são indispensáveis para a execução do contrato. Assim, o Poder Pública visa assegurar que o licitante vencedor tenha as condições técnicas, financeiras e idoneidade, exigidas pela legislação vigente, para o cumprimento do contrato (art. 27, lei 8.666/93).

Superada a habilitação, será realizada a abertura dos envelopes com as propostas dos interessados. Salienta-se que após a realização deste ato, se torna inviável a desclassificação por razões relacionadas à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento, conforme dispõe o art. 43, §5º.

No julgamento das propostas, levando-se os critérios definidos no instrumento convocatório, os licitantes serão classificados ou desclassificados. Insta salientar que, caso todas as propostas sejam desclassificadas ou todos os licitantes forem inabilitados Administração poderá fixar prazo de 8 dias úteis para a apresentação de novas propostas ou documentação.

Encerrado o julgamento, será realizada a homologação. Este é um ato de controle que atesta a licitude de todo o procedimento licitatório.

Por fim, como última etapa da fase externa e encerrando o procedimento licitatório, ocorrerá a adjudicação. Nesta etapa o objeto da licitação será entregue, pela Administração pública, ao particular que apresentou a proposta mais vantajosa, ou seja, ao vencedor do procedimento licitatório

Com efeito, a adjudicação gera, tão somente, expectativa de direito à contratação com o Poder Público, assim, caso a Administração realmente queira assinar o contrato, deverá fazê-lo com o adjudicatário.

2. LEI Nº 13.303/2016- MICROSSISTEMA LICITATÓRIO TRAZIDO PELO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

2.1 Contexto constitucional e regulamentação do art. 173 da CF

Conforme já explicitado acima, a Emenda Constitucional 19/1998 promoveu uma reforma administrativa no aparelho estatal trazendo diversas alterações ao

ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as alterações trazidas é de suma importância a promovida na redação do § 1º do art. 173, adicionando-lhe o inciso III.

Tal dispositivo determina a criação de estatuto jurídico para empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços, devendo tratar sobre diversas matérias, dentre elas, a forma de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Diante do decurso de tempo sem a edição do estatuto jurídico das empresas estatais estabelecido pelo art.173, § 1º, III, a jurisprudência e doutrina majoritária entenderam pela aplicação das disposições da Lei nº8666/93, Lei de Licitações e Contratações Públicas às referidas entidades.

Neste sentido, leciona Alexandre Aragão¹³:

“O art. 173, CF, prevê a aplicação às estatais de um estatuto especial de licitações, que ainda não existe. Esse estatuto pode vir a estabelecer apenas diretrizes e princípios, mas, até a sua edição, a posição que tem sido adotada pelos órgãos de controle é a de aplicação da Lei n. 8.666/93”

Ademais, insta mencionar que a contramão do que fora pacificado pela doutrina e jurisprudência no que tange a aplicabilidade das normas da Lei 8666/93 às empresas estatais, até a edição de estatuto jurídico próprio, a lei que criou a Agência Nacional do Petróleo autorizou a criação, por meio de decreto, de procedimento licitatório simplificado para as contratações realizadas pela Petrobrás, sendo esta uma sociedade de economia mista da União.

Assim, o Decreto nº 2.745/98 foi editado e passou a disciplinar o procedimento licitatório simplificado a ser adotado pela Petrobras.

Urge salientar que, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar a respeito da constitucionalidade de tal decreto, impugnado ao argumento de que não seria possível que um decreto criasse um procedimento licitatório, ante o disposto no art. 22,

¹³ Aragão, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.151

XXVII, da Carta Magna (MS 29.123 MC/DF). O entendimento do STF fora no sentido de declarar a inexistência de violação à Lei 8666/93 pois não está subordinado a ela.

Outrossim, após um longo lapso temporal, a Lei 13.303/16, conhecida como Lei das Estatais, fora editada e consagrou a função regulatória da licitação das empresas estatais

2.2 Aplicabilidade

Devido ao seu caráter nacional, a Lei nº 13.303/2016 deve ser aplicada a toda e qualquer empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, independentemente do ente federativo a que pertença - União, Estados, Distrito Federal ou Municípios- , que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos, consoante dispõe o art. 1º da referida lei.

Isso significa dizer que, a lei não faz qualquer distinção entre as estatais exploradoras de atividade econômica e estatais prestadoras de serviços públicos. Devendo, portanto, todas respeitarem as regras contidas no estatuto.

Ademais, no caso específico da Petrobrás, sociedade de economia mista cujas às contratações era aplicado procedimento licitatório simplificado regido pelo Decreto nº 2.745/98, cumpre salientar que a Lei 13.303/2016 prevê expressamente, em seu art. 96, II, a revogação do dispositivo que permite a edição de procedimento licitatório próprio para a Petrobrás. Senão vejamos:

Lei 13.303/2016: Art. 96. Revogam-se:

II - os arts. 67 e 68 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997

Lei nº 9478/97: Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

Desta forma, resta evidente que as disposições previstas na Lei das Estatais devem ser aplicadas, inclusive, à entidade que era possuidora de regime licitatório próprio. Isto porque, a edição de procedimento próprio se justificava pela inexistência do cumprimento constitucional previsto no art. 173, III da CRFB/88. Assim, uma vez tendo

sido editado Estatuto jurídico próprio para as empresas estatais, não há no que se falar em aplicação de regime licitatório específico para determinada estatal.

Cabe dizer que a própria Lei 13.303/2016, em seus arts. 3º e 4º, traz as definições de empresa pública e sociedade de economia mista. Tais definições são de suma importância para a melhor aplicação das disposições previstas na lei, e são as seguintes:

*Art. 3. **Empresa pública** é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. (grifei)*

*Art. 4. **Sociedade de economia mista** é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade de administração indireta. (grifei)*

Por fim, quanto a sua vigência, a Lei estabelece o seguinte:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

§ 3o Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.

Art. 97. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A previsão do §3º gerou grande controvérsia doutrinária. Isto porque, entendia-se que a Lei 13.303/2016 só deveria ser aplicada após o decurso temporal trazido pelo *caput* do art. 91. Desta forma, até o final do lapso temporal de 24 meses as empresas estatais continuariam a seguir a sistemática licitatória estabelecida pela Lei 8.666/93.

No entanto, a doutrina majoritária adotou o entendimento no sentido de que, com base na disposição do art. 97, a Lei 13.303/2016 entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, 01 de julho de 2016, e que o prazo de 24 meses a que se refere o *caput* do art. 91 seria o prazo máximo para as estatais adequarem seus procedimentos licitatórios aos regramentos da nova lei.

Assim, as Estatais possuem até dia 01 de julho de 2018 para se adequarem e elaborarem seus regulamentos internos que versem sobre licitações, podendo até o final deste prazo, licitar utilizando a sistemática instituída pela Lei 8666/93.

Vale mencionar ainda que, algumas empresas estatais já estão adotando os regramentos da nova lei. A pioneira nesta adoção foi a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuário- Infraero, empresa pública nacional, que publicou seu regulamento próprio quando ainda faltavam 18 meses para o atingir o prazo máximo trazido pela Lei 13.303/2016.

2.3 Finalidade, princípios e diretrizes

Conforme expressa disposição legal, as licitações realizadas e os contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista têm como finalidade assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, incluindo o ciclo de vida do objeto, e evitar o superfaturamento e o sobrepreço.

Como já sabido, a proposta mais vantajosa é aquela que possui o menor preço combinado com a maior qualidade, sem deixar de garantir a satisfação dos valores previamente estabelecidos, no entanto, a Lei 13.303/16 inclui a este conceito o ciclo de vida do objeto. De acordo com o art. 3º, IV da Lei nº 12.305/10¹⁴, “*ciclo de vida do produto é a série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final*”, logo, para que seja assegurada a seleção da proposta mais vantajosa na forma estabelecida pela lei das estatais, é necessário que juntamente com o menor preço, o produto ou serviço contratado tenha a qualidade necessária para a satisfação tanto no âmbito econômico, quanto ambiental.

Neste sentido Guimarães e José Anacleto¹⁵, lecionam que, “*avaliar o ciclo de vida de qualquer objeto implica não considerar apenas o seu custo econômico imediato, mas o custo econômico e ambiental do longo de toda a vida útil.*”

Em relação a segunda finalidade estabelecida, qual seja, evitar o superfaturamento e sobrepreço, a Lei em ser art. 31, §1º, incisos I e II traz de forma clara o conceito de tais institutos:

§1º. Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

¹⁴ Legislação que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos

¹⁵ Guimarães, Edgar; Santos, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico e contratual da Lei nº 13.303/2016, livro eletrônico, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.92

I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado como sobrepreço aqueles expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado e, superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da estatal.

Assim, no que tange ao sobrepreço ou superfaturamento, é evidente que o dispositivo acima mencionado definiu como sobrepreço aqueles expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado e, superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da estatal.

Vale mencionar ainda que, segundo Benjamin Zymler¹⁶

a Lei não trouxe propriamente uma definição de superfaturamento por preços excessivos, havendo uma certa confusão com o conceito de sobrepreço, atualmente adotado por diversas fontes doutrinárias e jurisprudenciais. Segundo definição existente no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, o contrato celebrado com preços excessivos representaria apenas um dano em potencial, definido como sobrepreço, enquanto o superfaturamento seria um dano já consumado, quando o serviço com sobrepreço foi pago.

Ademais, a Lei prevê, para a realização de licitações e contratos celebrados pelas empresas estatais, o respeito ao princípio da impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

*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** (grifei).*

¹⁶ Palestra Lei das Estatais: Nova ferramenta de controle e fiscalização? Painel com palestras proferidas pelo ministro Benjamin Zymler, pelo procurador Júlio Marcelo de Oliveira e pelo professor Sérgio Lazzarini, em 23/09/2016.

Inicialmente, se faz necessário ressaltar a omissão do legislador ao não elencar o princípio da legalidade e da isonomia como princípios basilares do procedimento licitatório regido pela lei das estatais, diferentemente do que ocorre na lei 8666/93.

Quanto ao princípio da isonomia, embora tenha o legislador se omitido, tal princípio é inerente a todo e qualquer procedimento licitatório, isto porque a entidade contratante, buscando assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, oferta a todos os interessados oportunidades iguais de disputa.

No que tange ao princípio da legalidade, essa omissão ocorre devido a própria natureza jurídica das empresas estatais. Por serem pessoas jurídicas de direito privado, os contratos por elas firmados devem seguir os preceitos de direito privado, logo, deve-se respeitar a autonomia de vontade das partes, sendo possível estipular em contrato tudo aquilo que a lei não proíbe.

Outrossim, a partir da leitura do artigo acima, e comparativamente com as disposições trazidas pela Lei 8666/93, resta claro que a Lei das Estatais trouxe novos princípios a serem seguidos como regra geral em matéria de licitações e contratos, quais sejam, a eficiência, economicidade, obtenção de competitividade.

O princípio da eficiência, visa assegurar que seja cumprida a função social da empresa estatal, bem como os valores constitucionais previamente estabelecidos, combinando-se, ainda com a seleção do objeto de menor preço e maior qualidade.

Já o princípio da economicidade, determina que as licitações e contratações das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias devem ser realizadas de forma a gerar o menor dispêndio possível de recursos públicos.

No princípio da obtenção de competitividade, por sua vez, conforme leciona Edgar Guimarães e José Anacleto¹⁷, “há relação direta de proporcionalidade entre a competitividade e a potencialidade de obtenção de melhores propostas: quanto maior a competição, maiores as chances de obter propostas mais vantajosas para as estatais.”

¹⁷ Guimarães, Edgar; Santos, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico e contratual da Lei nº 13.303/2016, livro eletrônico, Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.96

Por fim, o procedimento licitatório deve seguir um conjunto de diretrizes que são trazidas art. 32 da lei 13.303/2016, e são eles:

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;

A primeira diretriz da lei é a padronização. Isso significa que deve ser estabelecido um padrão, uma uniformização do objeto a ser contratado, de forma a apontar as características e os requisitos de qualidade que irão atender as necessidades da entidade contratante.

Já a segunda diretriz trata da busca da maior vantagem competitiva. Segundo José Anacleto e Guimarães¹⁸:

Para tanto, a formatação do instrumento convocatório, a descrição do objeto e a definição dos encargos do contratado devem ser realizados tomando em conta todos os custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental. Isso significa que não apenas a vantagem econômica deve ser perseguida quando da licitação.

A terceira diretriz trata do parcelamento do objeto. A previsão de parcelamento do objeto visa garantir maior competitividade e o cumprimento integral do objeto contrato. Isto porque, consoante lecionam os doutrinadores supramencionados, “a dimensão do objeto da licitação é inversamente proporcional à potencialidade de

¹⁸ Guimarães, Edgar; Santos, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico e contratual da Lei nº 13.303/2016, livro eletrônico, Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.100

competição, vale dizer, quanto maior sob o prisma quantitativo for o objeto, menor o número de pessoas físicas ou jurídicas aptas a realizá-lo. ”¹⁹

Importante salientar que, é vedado o parcelamento quando este é realizado para que o valor da despesa se enquadre em uma das hipóteses de dispensa de licitação, ou ainda quando implicar em prejuízos financeiros para a estatal.

A quarta diretriz trabalhada determina a adoção preferencial do pregão. Como já mencionado em tópico acima, o pregão é modalidade de licitação destinada a aquisição de bens e serviços comuns, podendo ocorrer presencialmente ou por meio eletrônico.

Salienta-se, que a Administração Federal utiliza o pregão para a aquisição de bens e serviços de engenharia. Sob a ótica do Tribunal de Contas da União, esta utilização é viável e válida, mas a Corte federal de contas, por sua vez, entende pela não utilização, consoante entendimento formado na súmula nº 257/10: “*o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/02.*”

Importante mencionar que, a lei determina que o uso do pregão é preferencial e não exclusivo, sendo assim, é possível que a entidade realize procedimento licitatório por meio de outra modalidade, desde que devidamente justificada.

Quanto à forma preferencial do pregão eletrônico, o Tribunal de Contas da União manifestou-se da seguinte forma:

A não adoção do pregão na forma eletrônica, sem a comprovação da inviabilidade ou desvantagem de sua utilização pela autoridade competente pode caracterizar ato de gestão antieconômico, em especial quando o certame, na forma presencial ocorrer em localidade distinta daquela em que o objeto da licitação deverá ser executado, contrariando o art. 20, caput da Lei nº 8666/93 Comunicação de Cautelar, TC 018514/2013-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.7.2013.

A quinta e última diretriz estabelece a política de integridade, chamada de *compliance*²⁰, determinando a observância de padrões éticos e de conduta. Determinado

¹⁹ Idem

²⁰Comply, em inglês, significa “agir em sintonia com as regras”[...]. Compliance, significa estar absolutamente em linha com normas, controles internos e externos, além de todas as políticas e diretrizes estabelecidas para o seu negócio. É a atividade de assegurar que a empresa está cumprindo à risca todas as imposições dos órgãos de regulamentação,

programa é definido pelo Decreto nº 8.420/2015²¹, nos termos estabelecidos pela legislação vigente.

2.4 Objeto da licitação

Os objetos passíveis de serem licitados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista encontram-se elencados no art. 28 da Lei 13.303/2016. Salienta-se que tal rol é meramente exemplificativo:

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

Assim, a lei traz a possibilidade de contratação de diversos objetos, quais sejam: prestação de serviços, inclusive de engenharia e de publicidade; aquisição de bens; locação de bens; alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio; execução de obras a serem integradas a esse patrimônio; implementação de ônus real sobre os bens patrimoniais.

2.5 Hipóteses de contratação direta

Como trabalhado em tópico acima, a regra é a obrigatoriedade de licitar. Contudo, a Lei nº 13.303/2016, assim como ocorre na Lei nº 8.666/93, adota formas de contratação direta, como a dispensa e a inexigibilidade, mas traz consigo algumas peculiaridades.

2.5.1 Da licitação dispensada

Inicialmente, a lei elenca nos incisos do seu art. 28 as hipóteses em que as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão dispensadas da aplicabilidade

dentro de todos os padrões exigidos de seu segmento. E isso vale para as esferas trabalhista, fiscal, contábil, financeira, ambiental, jurídica, previdenciária, ética, etc. (Endeavor Brasil, Artigo: Prevenindo com o Compliance para não remediar com o caixa, Disponível em: < <https://endeavor.org.br/compliance/> >

²¹ Decreto que regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

do procedimento licitatório. Tais hipóteses são taxativas e possuem semelhança com aquelas previstas pelo art. 24 da Lei 8.666/93.

§ 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.

Ressalta-se que a dispensa prevista pelos incisos do art. 28 não ocorrem devido a inviabilidade de competição, mas, tão somente, porque o legislador entendeu que seria mais oneroso e inconveniente para a entidade a realização de certame para tais casos.

A primeira hipótese de dispensa visa garantir que as empresas estatais estejam desobrigadas a seguir as regras licitatórias quando o objeto for relacionado a sua atividade fim, com a finalidade de possibilitar a competitividade e o melhor funcionamento da empresa estatal no âmbito em que atua.

A segunda hipótese, por sua vez, trata de situações em que o certame licitatório seria incompatível. Segundo leciona Di Pietro²²

A segunda hipótese vem dar fundamento à mesma exclusão do âmbito da lei, no caso em que as empresas estatais pretendam associar-se a empresa privada; o dispositivo procura contornar o entendimento adotado pelos doutrinadores de que a escolha do parceiro privado deve obediência a critérios objetivos de seleção, como ocorre na licitação; para aplicar-se essa hipótese de exclusão do âmbito da lei, é necessário demonstrar que a competição é inviável.

2.5.2 Das licitações dispensáveis

As hipóteses de licitações dispensáveis estão regulamentadas no art. 29 da Lei 13.303/2016 e guardam semelhança com às do art. 24 da lei 8666/93, ao menos aqueles compatíveis com a natureza jurídica das estatais.

²² Di Pietro, Maria Sylvia. Manual de Direito Administrativo, 3º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 486

São previstas 18 hipóteses em que é dispensável a realização de certame licitatório por empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo um destas hipóteses trazido uma alteração significativa no que tange ao valor limite para as denominadas dispensas de pequeno valor. Senão vejamos:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

Assim, para obras e serviços de engenharia, o valor limite da dispensa é de cem mil reais e para outros serviços e compras, além das alienações, o valor limite é de cinquenta mil reais, não sendo viável para a adequação a estes valores o fracionamento do objeto.

No que tange a inclusão dos incisos XVII e XVIII, estes são²³

*“duas hipóteses que na Lei nº 8.666 seriam de **licitação dispensada**: a “doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação”, e a “compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”. Com isso, substitui-se decisão vinculada (própria da licitação dispensada) por decisão discricionária (própria da dispensa de licitação).”*

No restante dos 18 dispositivos que regulam as hipóteses de licitação dispensável, identifica-se texto semelhante aos dispositivos da Lei nº 8.666/93, ao menos aqueles compatíveis com as atividades das estatais.

Por fim, ressalta-se que o parágrafo 2º do dispositivo supramencionado outorga ao Conselho da Administração audaciosa atuação discricionária, uma vez que permite a este a alteração dos valores definidos pelos incisos I e II (até cem mil reais para obras e serviços de engenharia e de até cinquenta mil reais para outros serviços, compras e alienações), podendo, portanto, serem aplicados valores diferenciados para cada entidade.

²³ Di Pietro, Maria Sylvania. Manual de Direito Administrativo, 3º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.486

2.5.3 Da inexigibilidade de licitação

A inexigibilidade de licitação ocorrerá diante da inviabilidade de competição, de forma semelhante ao que estabelece a lei 8.666/93. Na lei 13.303/2016, assim como na lei geral, as hipóteses de inexigibilidade são exemplificativas, e são elas:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

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

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

A primeira hipótese trata da exclusividade do fornecedor. Quanto a esta é essencial que se entenda que a exclusividade do fornecedor não é suficiente, necessitando-se ainda que se comprove a inexistência de produtos similares que sejam capazes de suprir as necessidades da estatal.

A segunda hipótese, de José Edgar Guimarães²⁴ por outro lado,

encerra uma inviabilidade relativa de competições na medida em que pode haver uma pluralidade de possíveis prestadores notoriamente especializado, mas a realização de um certame competitivo esvai-se totalmente na medida em que não há meios de se definir critérios objetivos de seleção para nortear o julgamento da licitação.

2.6 Normas específicas para obras e serviços, aquisição de bens e alienação de bens

A Lei nº 13.303/2016 trouxe, a partir da seção III de seu título II, capítulo I, normas específicas a serem seguidas no momento da contratação das obras e serviços, aquisição de bens e alienação de bens.

²⁴ Guimarães, Edgar; Santos, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico e contratual da Lei nº 13.303/2016, livro eletrônico, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.100

2.6.1 Aquisição de bens

De acordo com os artigos 47 e 48 da Lei 13.303/2016 para a aquisição de bens é possibilitado à empresa estatal a indicação de marca ou modelo do objeto a ser contratado, desde que, haja a necessidade de padronização, quando determinada marca e modelo for a única capaz de atender as necessidades da entidade contratante ou quando para a compreensão do objeto for necessária a identificação da marca ou modelo apto a servir como referência, salientando-se que neste último caso é obrigatório que seja acrescido a expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.

Outrossim, é viável também que a empresa estatal exija amostra do bem objeto do certame licitatório, de modo a assegurar que seja selecionada a melhor proposta e que esta atenda com maior efetividade o interesse público.

Para Guimarães²⁵,

Amostra é um exemplar, uma ou várias unidades, idênticas àquilo que será entregue ou produzido para cumprimento do contrato. Todos os detalhes, características, elementos e aspectos materiais do bem que será entregue quando da execução contratual devem estar presentes no exemplar oferecido como modelo.

Por fim, a lei em seu art. 48 determina que a estatal deve dar publicidade as aquisições de bens realizadas, no mínimo semestral, no sitio eletrônico oficial na internet de acesso restrito, informando (i) o bem comprado, seu preço unitário e a quantidade adquirida; (ii) nome do fornecedor; e (iii) valor total de cada aquisição. Tal disposição visa garantir a transparência no uso de recursos públicos e, principalmente, o respeito ao princípio constitucional da publicidade

2.6.2 Alienação de bens

Para que a alienação de um bem pertencente a uma empresa pública ou sociedade de economia mista seja válida, é necessário que se respeite os requisitos estabelecidos pelo art. 49.

²⁵ Ibidem. p.92

Art. 49. A alienação de bens por empresas públicas e por sociedades de economia mista será precedida de:

I - avaliação formal do bem contemplado, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos XVI a XVIII do art. 29;

II - licitação, ressalvado o previsto no § 3o do art. 28.

Quanto a avaliação formal do bem, móvel ou imóvel, somente deixará de ser realizada nas hipóteses de dispensa de licitação que tratam da transferência de bens entre órgãos da administração pública, doações de bens móveis com a finalidade de atender o interesse social e na compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívidas e de bens que produzam ou comercializem.

O segundo requisito trata do dever de licitar. Assim, para que se possa alienar determinado bem, a empresa estatal deve iniciar procedimento licitatório que respeitará as disposições trazidas pelo art. 51 da Lei nº 13.303/2016, que será tratado mais à frente.

2.6.3 Obras e serviços

O art.42 da Lei nº 13.303/2016 traz diversas definições a serem seguidas para a contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista.

O certame licitatório para a execução de obras deve possuir, uma etapa preliminar, realizada antes da fase interna da licitação, onde a entidade irá verificar a conveniência de se realizar aquela determinada contratação, bem como a disponibilidade de recursos públicos e o melhor regime a ser utilizado. Esta etapa se divide em quatro fases, quais sejam, realização de programa de necessidades, estudo de viabilidade técnica, social, econômica e ambiental e realização de anteprojeto.

Outrossim, para a execução de obras e serviços de engenharia a lei admite a utilização dos regimes de (i) empreitada por preço unitário; (ii) empreitada por preço global; (iii) contratação por tarefa; (iv) empreitada integral; (v) contratação semi-integrada e; (vi) contratação integrada, consoante dispõe os incisos do art. 43 da Lei nº 13.303/2016.

Art. 43. Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário, nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários;

II - empreitada por preço global, quando for possível definir previamente no projeto básico, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual;

III - contratação por tarefa, em contratações de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns e de curta duração;

IV - empreitada integral, nos casos em que o contratante necessite receber o empreendimento, normalmente de alta complexidade, em condição de operação imediata;

V - contratação semi-integrada, 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;

VI - contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

Dentre os regimes acima mencionados, um deles se configura uma novidade ao ordenamento licitatório e merece destaque, é a chamada contratação semi-integrada, inspirada na modalidade de contratação integrada já existente no Regime Diferenciado de contratação.

Por meio do regime diferenciado de contratações é viável o lançamento de licitações sem a realização de projeto básico para determinada espécie de empreitada, é a denominada contratação integrada. Tal contratação integrada é realizada tão somente com o anteprojeto, ficando a cargo do concorrente vencedor da licitação a realização dos projetos e da execução da obra ou do serviço.

Ocorre que, a realização de licitação sem projeto faz com que os licitantes apresentem suas propostas sem possuir as informações essenciais à respeito da obra ou serviço, não sabendo, portanto, se será possível atender de forma eficiente e necessária as necessidades daquela contratação, o que possivelmente irá ferir os princípios basilares que regem todo e qualquer procedimento licitatório.

Diante disso, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido de restringir o uso da contratação integrada, de forma a ser utilizada, tão somente, em casos excepcionais e mediante justificativa, consoante acórdão n. 1399/2014, Plenário.

Assim, o legislador ao editar a Lei n. 13.303/2016 criou a contratação semi-integrada que, em outras palavras, trata-se de uma contratação integrada com projeto

básico. De acordo com o inciso V do artigo 43 esta contratação 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”.

2.7 Procedimento de Licitação

A lei nº 13.303/2016, diferentemente da Lei Geral não trouxe ao regime licitatório das estatais as chamadas “modalidades” de licitação. O Estatuto das estatais disciplina somente o chamado “procedimento de licitação” que engloba as fases de licitação, os modos de disputa, os critérios de julgamento, o julgamento de propostas e negociação, a habilitação, a etapa recursal e, por fim, a homologação.

2.7.1 Fases da licitação

A seção VI que disciplina o procedimento de licitação se inicia com o art. 51 que elenca as fases a serem seguidas pelo procedimento, e são elas:

Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:

- I - preparação;*
- II - divulgação;*
- III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;*
- IV - julgamento;*
- V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;*
- VI - negociação;*
- VII - habilitação;*
- VIII - interposição de recursos;*
- IX - adjudicação do objeto;*
- X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.*

Assim, consoante dispõe o art. 51, o procedimento licitatório se inicia com a preparação, onde são realizados os atos necessários para a preparação do instrumento convocatório, para que então, na etapa seguinte, possa ocorrer a sua divulgação mediante a publicação do extrato do instrumento convocatório no portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na internet, respeitando-se os prazos fixados pelo art. 39 do mesmo diploma legal.

A terceira etapa que consiste na apresentação das propostas e lances pelos interessados ocorre, diferentemente do que estabelece a Lei 8.666/93, antes que se proceda a habilitação dos licitantes, o que torna evidente a ocorrência de inversão de fases entre os dois regimes licitatórios.

Após a apresentação das propostas, a partir do modelo de disputa adotado no procedimento, o julgador irá classificar ou desclassificar os licitantes, para que então possa verificar a efetividade dos lances ou propostas. A verificação de efetividade se dará por meio de análise para certificar que a proposta classificada em primeiro lugar atende todos os requisitos e critérios estabelecidos no certame licitatório, bem como verificar a sua exequibilidade.

Encerrada esta fase, a entidade contratante irá realizar uma negociação com o licitante que encontra-se em primeiro lugar, visando sempre obter melhores vantagens e o melhor atendimento do interesse público.

Com o fim da negociação, realizar-se-á a habilitação onde será verificada a compatibilidade da documentação dos licitantes com aquelas definidas no edital.

A próxima etapa, qual seja, a interposição de recursos, traz consigo mais uma novidade legislativa da lei nº 13.303, uma vez que prevê uma fase recursal única. O recurso interposto poderá tratar sobre qualquer conteúdo relacionado a legalidade ou legitimidade das decisões prolatadas e será remetida à autoridade superior por meio do órgão julgador que proferiu a decisão recorrida.

Com a apreciação dos recursos, o objeto da licitação é adjudicado ao licitante vencedor e, posteriormente homologado pela autoridade competente, encerrando-se, portanto, o procedimento licitatório instaurado.

Por fim, ressalta-se ainda que de acordo com o §2º do art. 52, é possível que, excepcionalmente, a fase da habilitação ocorra após a fase de divulgação, ou seja, poderá aquela anteceder a apresentação de lances, o julgamento, a verificação de efetividade dos lances ou propostas e a negociação, devendo, por óbvio, haver expressa previsão no instrumento convocatório.

2.7.2 Modos de disputa

A empresa pública e as sociedades de economia mista deverão adotar no procedimento licitatório o modo de disputa aberto, fechado ou uma combinação entre os dois.

Edgar Guimarães²⁶ leciona que “diante da omissão normativa em esmiuçar a sistemática procedimental dos modos aberto, fechado ou a combinação entre eles, sugere-se a adoção daquela prevista no Decreto Federal nº 7.581/11 que dispõe:

Art. 18. No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas propostas em sessão pública por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado.

Art. 19. Caso a licitação de modo de disputa aberto seja realizada sob a forma presencial, serão adotados, adicionalmente, os seguintes procedimentos:

I - as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade;

II - a comissão de licitação convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais; e

III - a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado, implicará sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas, exceto no caso de ser o detentor da melhor proposta, hipótese em que poderá apresentar novos lances sempre que esta for coberta, observado o disposto no parágrafo único do art. 18. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

Art. 22. No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para sua divulgação.

Quanto a combinação entre os modos de disputa aberto e fechado, esta somente poderá ocorrer quando houver parcelamento do objeto, quando a contratação se der por lotes ou itens.

Por fim, salienta-se que as estatais podem adotar o roteiro procedimental que estiver estabelecido em seu decreto regulamentador.

2.7.3 Critérios de julgamento

De acordo com o art. 54 da lei 13.303/2016, existem 8 critérios de julgamento a serem adotados pela entidade:

I. Menor preço: será considerado o vencedor aquele que apresentar a proposta de menor valor

²⁶ Guimarães, Edgar; Santos, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico e contratual da Lei nº 13.303/2016, livro eletrônico, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

II. Maior desconto: onde será vencedor do certame aquele que oferecer o maior desconto, sobre um valor previamente estabelecido no instrumento convocatório, em percentual.

III. Melhor combinação de técnica e preço: utilizada exclusivamente nas licitações que se destinam a contratar objetos de natureza intelectual ou de inovação tecnológica ou técnica ou que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 28, I e II, Decreto nº 7581/11).

IV. Melhor técnica e melhor conteúdo artístico: ambas poderão ser utilizadas para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, incluindo-se os projetos arquitetônicos e excluindo-se os projetos de engenharia (art; 30, Decreto nº 7581/11)

V. Maior oferta de preço: critério

“utilizado para licitar os denominados contratos de receita, vale dizer, aqueles em que não haverá para sua execução, dispêndio de recursos públicos- ao invés de pagar ela execução, a Administração terá direito de receber pagamento por parte do contratado.”²⁷

VI. Maior retorno econômico: é utilizado exclusivamente para a celebração dos contratos de eficiência, visa selecionar a proposta que proporcionar a maior economia para a administração pública. (art. 23, Lei 12.464/11);

VII. Melhor destinação de bens alienados: neste critério a administração poderá analisar entre as propostas ofertadas qual a dará o melhor destino final, ou seja, a que dará o melhor fim social ao bem alienado.

2.8 Procedimentos auxiliares

Os procedimentos auxiliares são aqueles que buscam dar maior celeridade aos atos praticados no decorrer do procedimento licitatório. A lei 13.303/2016 elenca estes

²⁷ Guimarães, Edgar; Santos, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico e contratual da Lei nº 13.303/2016, livro eletrônico, Belo Horizonte: Fórum, 2017,

procedimentos em seu art. 63, dispondo, inclusive que a adoção destes procedimentos é discricionária, ou seja, cabe a entidade contratante decidir ou não pela sua aplicação.

Assim, são procedimentos auxiliares das licitações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista a (i) pré-qualificação permanente que visa a habilitação de fornecedores ou bens, não se aplicando a obras e serviços. Após a sua adoção, a empresa estatal poderá iniciar procedimento licitatório apenas para fornecedores ou bens pré-qualificados; (ii) cadastramento, que nada mais é do que um registro cadastral dos fornecedores que avalia as documentações apresentadas pelos proponentes; (iii) sistema de registro de preços, que será regido por decreto a ser editado pelo chefe do poder executivo (art. 66); (iv) catálogo eletrônico de padronização, que consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela empresa pública ou sociedade de economia mista que estarão disponíveis para a realização de licitação. (art. 67)

2.9 Possibilidade de alteração do contratual

Os dispositivos da Lei das Estatais relativos a alteração dos contratos, quais sejam, os arts. 72 e 81, preveem a possibilidade de alteração contratual somente por meio de acordo entre as partes e, ainda, estabelecem as hipóteses em que se faz cabível a realização de alterações, vejamos:

Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;

IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou

fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Por fim, cumpre ressaltar que, a partir da leitura do dispositivo acima, resta evidente que a Lei das Estatais optou por abandonar o modelo do contrato administrativo tradicional, onde se tem uma Administração Pública com poderes extraordinários para manejar e buscar o interesse público, aplicáveis aos contratos por meio das conhecidas “cláusulas exorbitantes”. No caso da Lei das Estatais, a existência de cláusulas exorbitantes, ou seja, cláusulas que visassem trazer um status de superioridade ao Estado sobre o particular, seriam consideradas cláusulas leoninas. Isto porque, as normas da lei 13.303/2016 são aplicáveis a entidades de personalidade jurídica de direito privado e por esta razão os contratos por elas firmados devem seguir os preceitos de direito privado, respeitando-se, portanto, a igualdade e a autonomia de vontade das partes.

3. LEI GERAL DE LICITAÇÕES E A LEI 13.303/2012: ANÁLISE COMPARATIVA E INOVAÇÕES RELEVANTES

Este capítulo destina-se a elencar as principais diferenças da Lei nº 13.303/2016 em face da Lei nº 8.666/93. A Lei 13.303/2016 fora criada para, além de dar cumprimento ao mandamento constitucional que determinava a criação de estatuto jurídico para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, estabelecer o *compliance* na Administração pública e ainda, possibilitar a estas entidades de personalidade jurídica de direito privado uma forma de contratação simplificada e mais célere do que aquela trazida pela Lei nº 8666/93.

Assim, partindo de uma visão geral, pontos de maior relevância foram estabelecidos para a análise comparativa entre os procedimentos licitatórios trazidos pelas duas legislações.

3.1 Princípios e Objetivos

Se por um lado a Lei nº 8666/93 prevê que as licitações devem ser processadas e julgadas em estrita conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade,

da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, por outro a Lei das estatais prevê o respeito ao princípio da impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Inicialmente, devemos observar que a lei 13.303/2016, diferentemente do que ocorre na lei 8.666/93, não elenca o princípio da legalidade como um dos princípios básicos a reger o procedimento licitatório, mas inclui os princípios da eficiência, economicidade e obtenção de competitividade.

Importante mencionar que, a exclusão do princípio da legalidade, como já explicitado em capítulo anterior, se dá pela personalidade jurídica de direito privado das entidades sujeitas às normas da lei 13.303/2016. Isto porque, uma vez que nos contratos firmados por estas entidades segue-se os preceitos do direito privado, a rigorosa exigência do cumprimento ao princípio da legalidade não se justificaria, já que no âmbito do direito privado vige a vontade das partes, sendo possível, portanto, que as estas pactuem a respeito de tudo que não é proibido por lei.

Já a adoção dos novos princípios se justifica pela necessidade de que as empresas estatais contratem aqueles que reúnam as condições necessárias para satisfação do interesse público, levando em consideração especialmente aspectos relacionados à capacidade técnica e econômico-financeira da empresa licitante, à qualidade do produto e ao valor do objeto.

Outro acréscimo realizado na lei 13.303/2016, que inexistia na lei geral de licitações que visa somente a obtenção da proposta mais vantajosa, versa sobre a busca pela proposta mais vantajosa levando-se em consideração o ciclo de vida do objeto, o que evidencia a preocupação do legislador com o custo econômico e ambiental daquele objeto a ser contratado.

Esta preocupação do legislador com o custo ambiental do objeto, vem a ser confirmada pelas disposições trazidas pelo art. 32, § 1º, que explicita o dever das empresas estatais em respeitar as normas relativas à disposição final dos resíduos sólidos gerados, a mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais, entre outros.

3.2 Contratação direta

No que tange as hipóteses de dispensa de licitação, a lei 13.303/16 traz um rol taxativo bem semelhante ao previsto no art. 24 da lei 8666/93. No entanto, o legislador ao editar a lei das estatais promoveu um aumento nos valores limites para a dispensa de licitação por pequeno valor. Assim, enquanto a Lei 8666/93 previa em seu art. 24, §1º que as empresas públicas e sociedades de economia mista estariam dispensadas de licitação quando o valor fosse de até 30 mil para obras e serviços de engenharia e 16 mil para outros serviços e compras, a Lei 13.303/16 prevê que agora esses valores serão de até 100 mil para a contratação de obras e serviços de engenharia e de até 50 mil para alienações compras e outros serviços.

Trazendo ainda a possibilidade de alteração dos valores supramencionados por meio de decisão do Conselho Administrativo.

Outrossim, enquanto Lei 8.666/93 em seu art. 25, II, exige a natureza singular dos serviços técnicos com profissionais ou empresas de notória especialização para que seja possível a inexigibilidade de licitação, a Lei das estatais (art. 30, II) permite esta mesma contratação, ou seja, de serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização, sem fazer referência a necessidade do caráter singular dos serviços a serem contratados.

3.3. Inexistência de modalidades de licitação

Enquanto a Lei 8666/93 elenca no art. 22 uma série de modalidades de licitações, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, que se relacionam a estrutura procedimental da licitação, a Lei das estatais se limita a mencionar que o pregão, modalidade instituída pela lei 10.520, deve ser a forma preferencialmente adotada pelas empresas estatais. Assim, nas palavras de José Calasans Júnior²⁸:

a lei 13.303 não indica quais as modalidades deverão ser utilizadas pelas empresas estatais no processamento das demais licitações, o que induz à suposição de que deixou para o regulamento interno de cada estatal dispor sobre o assunto. Adverte-se, porém, que modalidade de licitação constitui

²⁸ Calasans Júnior, César. As omissões e retrocessos da lei de licitação das estatais. Publicado 03/2017. Elaborado 03/2017. Disponível em: < www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254982,81042 As+omissoes+e+retrocessos+da+lei+de+licitacoes+das+estatais>.

matéria de reserva legal, segundo o que estabelece o inciso XXVII do art. 22 da CF, na redação resultante da EC 19/98.”

3.4 Fases do procedimento licitatório

Uma das mudanças mais significativas para a realização do procedimento licitatório de contratação das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias fora a inversão de fases, comparativamente à lei 8666/93.

A lei 13.303/2016 prevê a inversão das fases de julgamento e habilitação, consoante art. 51, de forma a adotar um procedimento idêntico ao pregão.

O procedimento licitatório adotado pela Lei Geral das licitações segue a ordem das seguintes etapas: audiência pública, edital, apresentação da documentação e propostas, habilitação, julgamento das propostas, homologação e adjudicação. Ou seja, o julgamento das propostas dos interessados fica condicionado a habilitação destes.

Na fase de habilitação analisa-se se os licitantes possuem ou não os requisitos previstos no instrumento convocatório por meio da documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, econômica- financeira e regularidade fiscal e trabalhista.

Somente após a análise da documentação apresentada por todos os licitantes e a verificação da habilitação, é que a entidade contratante irá realizar o julgamento das propostas apresentadas. Ocorre que, a fase da habilitação, por consistir na etapa em que se apura a capacidade e idoneidade dos licitantes, se torna extremamente morosa.

A lei 13.303/2016 adota a sistemática semelhante a concebida pela lei 10.520 que instituiu o pregão. Assim, seu procedimento licitatório segue a seguinte ordem: preparação, divulgação, apresentação das propostas, julgamento, verificação de efetividade de propostas, negociação, habilitação, interposição de recursos, adjudicação e homologação.

Ou seja, a sistemática licitatória adotada pela lei das estatais se dá de forma inversa a aquela estabelecida pela Lei 8666/93. De modo que, a fase de julgamento precede a fase de habilitação, tornando o procedimento bem mais célere, uma vez que não há a análise desnecessária de documentação para a habilitação, mas, tão somente, a análise dos documentos daquele licitante que a proposta tenha sido provisoriamente classificada como a vencedora.

Importante mencionar ainda que, na sistemática estabelecida pela 13.303/2016 fora incluída uma fase denominada “verificação da efetividade das propostas”, fase esta inexistente na Lei Geral de Licitações. Tal fase consiste na análise das propostas classificadas para que se certifique que estas atendem os critérios estabelecidos pelo instrumento licitatório. Assim, de acordo com o art. 56, serão desclassificadas as propostas que (i) contenham vícios insanáveis, (ii) descumpram especificações técnicas, (iii) apresentem preços manifestamente inexequíveis, (iv) esteja, acima do orçamento, (v) não tenham sua exequibilidade demonstrada, e (vi) apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório.

3.5 Critérios de julgamento

A lei geral de licitações denomina como “tipos de licitação” os critérios adotados para a seleção da proposta vencedora e elenca como tais critérios o menor preço, melhor técnica, técnica e preço e menor lance ou oferta. A lei 13.303, por outro lado, abandona o termo “tipos de licitação” e passa a adotar “critérios de julgamento”, mencionando 8 critérios que podem ser adotados pelas entidades, e são eles: **menor preço**, maior desconto, **melhor combinação de técnica e preço**, **melhor técnica**, melhor conteúdo artístico, maior oferta de preço, maior retorno econômico e melhor destinação de bens alienados. (art. 54)

Assim, verifica-se que a lei das estatais adota os critérios já existentes na lei 8666/93, e ainda prevê a possibilidade de utilização de outros 4 critérios de julgamento. Salienta-se que a Lei possibilita, nas hipóteses de parcelamento do objeto, a utilização dos critérios de julgamento de forma individual ou combinados entre si.

3.6 Unicidade da fase recursal

O procedimento recursal adotado pela lei 13.303/2016 é idêntico ao estabelecido pela lei do pregão. De acordo com o art. 59, a fase recursal será única, devendo os recursos serem apresentados no prazo de cinco dias úteis, a contar da habilitação, e poderão abranger tanto os atos praticados na fase de habilitação quanto os atos praticados na fase de julgamento e efetividades dos lances ou propostas.

O prazo de interposição de recurso na Lei 8.666/93 também é de cinco dias úteis, no entanto, diferentemente da Lei 13.303/2016 que prevê uma fase recursal única, aqui caberá recurso após a realização de cada fase. Assim como dispõe o art. 109, I:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

[...]

3.7 Procedimentos auxiliares

A lei que institui a sistemática licitatória das empresas estatais, do mesmo modo como ocorre na Lei 8.666/93, prevê a existência de procedimentos auxiliares. A Lei 8.666/93 elenca como procedimentos a pré-qualificação, o cadastramento e o registro de preços. A lei das estatais, por sua vez, prevê os mesmos procedimentos acima mencionados e acrescenta o catálogo eletrônico.

Conforme menciona o art. 114 da Lei nº 8.666/93, a pré-qualificação busca apenas realizar o exame da qualificação técnica para a seleção dos possíveis licitantes. Na lei das estatais, o pré-qualificação é permanente e busca a habilitação em geral, ou seja, habilita-se tanto os fornecedores quanto de bens. Outro procedimento auxiliar é o cadastramento que trata-se de um registro cadastral dos fornecedores que avalia as documentações apresentadas pelos proponentes.

O sistema de registro de preços, também utilizado para as compras da Administração Pública, está previsto no artigo 15 da Lei 8.666/93 e regulamentado no Decreto 3.931/01. A Lei 13.303/2016 também prevê o sistema de preços, no entanto, dispõe que deverá ser regido por decreto a ser editado pelo chefe do poder executivo, devendo, porém, respeitar as condições especificadas no art. 66, §2º.

O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, previsto na Lei nº 13.303/2016, consiste em um sistema informatizado e gerencialmente centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela empresa pública ou sociedade de economia mista que estarão disponíveis para a realização de licitação. (art. 67)

3.8 Regimes de contratação

A lei 8.666/93 e a Lei 13.303/2016 possuem em comum alguns regimes de contratação para obras e serviços, quais sejam, a empreitada por preço unitário, global ou integral, e tarefa, porém a lei das Estatais acrescenta outros dois regimes, a contratação integrada e a contratação semi-integrada.

A contratação integrada é aquela em que a contratação envolve a elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, ou seja, não há junto ao instrumento convocatório o projeto básico aprovado pela autoridade competente (art. 42, VI). Na contratação semi-integrada, a contratação é realizada tão somente com o anteprojeto, ficando a cargo do concorrente vencedor da licitação a realização dos projetos e da execução da obra ou do serviço, assim, consoante dispõe o art. 42, V, a contratação envolverá a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

3.9 Contrato e alteração contratual

Enquanto a Lei geral de licitações somente se regula diretamente pelos preceitos de direito privado quando a norma ou as suas cláusulas forem silentes, os contratos de que tratam a Lei 13.303/2016 regulam-se pelas normas estatuídas por esta lei e ainda pelos preceitos de direito privado, conforme dispõe o art. 68.

Embora os contratos firmados sob a égide da Lei 13.303/2016 possuam características de contratos administrativos, como, a presença de interesse e finalidade públicos e o fato de a celebração se dar por pessoa integrante da Administração pública, a Lei confere a estes contratos uma maior aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade, gerando, portanto, uma liberdade contratual mais ampla entre as partes.

Isto se dá, pela natureza jurídica das empresas estatais que como exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços públicos necessitam que se garanta mais flexibilidade e maior autonomia de atuação para a realização de contratações.

Essa maior aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual trazida pelo Estatuto das estatais se evidencia demasiadamente na disposição trazida pela art. 81, que determina que a alteração contratual se dará por meio de acordo entre as partes. Este dispositivo nos permite concluir, ainda, que a Lei 13.303/2016 optou por não aderir ao modelo de contrato administrativo tradicional e previsto na Lei 8.666/93, onde há a forte imposição da vontade do Estado perante ao particular por meio das chamadas “cláusulas exorbitante”.

Desta forma, comparando-se os regimes trazidos por ambas as legislações, no tocante ao ponto ora trabalhado, podemos verificar que a sujeição do particular à Administração Pública é consideravelmente reduzida frente as normas estatuídas pela Lei 8666/93.

Contudo, isto não significa dizer que inexistem cláusulas exorbitantes estabelecidas na Lei 13.303/2016. Pelo contrário, tomando como base as disposições trazidas pela Lei 8666/93 em seu art. 58, podemos considerar como cláusulas exorbitantes as constantes no (i) art. 82, §1º que trata sobre a única possibilidade de rescisão unilateral de contrato, por decisão da estatal, devido a atraso injustificado; (ii) at. 40, VII, que traz o poder-dever da empresa estatal na gestão e fiscalização dos contratos, e (iii) arts. 82 e 83 que tratam da existência de cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em casos de atraso injustificado na execução do contrato ou inexecução total ou parcial do contrato.

A partir da análise comparativa entre os pontos considerados de suma importância para o presente trabalho, resta evidente a intenção do legislador em editar, ainda que de forma tardia, estatuto jurídico próprio destinado às sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias que dispusesse de uma sistemática mais célere e menos burocrática para a realização do procedimento licitatório.

Isto porque, estes entes são essenciais para o cenário econômico do País e atuam de modo concorrencial com outras pessoas do ramo privado que exploram a mesma atividade, assim, a necessidade de adoção da Lei 8.666/93 até que se fosse editado estatuto próprio, tornava o procedimento licitatório extremamente moroso e que inviabiliza a competição, de forma paritária, entre as Estatais e as demais pessoas do ramo privado.

Por fim, nota-se que, embora a Lei 13.303/2016 traga regramentos que divergem daqueles expostos na Lei Geral de licitações a tornando mais flexível, a bem verdade é

que as disposições por ela trazidas guardam estrita semelhança com as disposições já existentes na Lei que institui o Regime Diferenciado de contratação – RDC²⁹.

²⁹ O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, em sua conceituação inicial, é o modelo distinto aplicado pelo Estado às licitações e contratos que envolvam obras ou serviços destinados à realização de grandes eventos esportivos mundiais, dos quais o Brasil será sede neste e nos próximos anos. Bem como, em posterior extensão, para as contratações de ações que integrem o PAC – Programa de Aceleração do Crescimento e de obras ou serviços de engenharia voltados ao SUS – Sistema Único de Saúde e aos Sistemas Públicos de Ensino. (De Oliveira Leme. Fernando. Dos Princípios administrativos aplicados ao RDC. Publicado em 04/2014. Elaborado em 03/2014. Disponível em: < jus.com.br/artigos/27408/dos-principios-administrativos-aplicados-ao-rdc-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-e-suas-inovacoes-nas-licitacoes>)

4. CONCLUSÃO

A realização de licitação pela Administração pública para promover a contratação de bens e serviços constitui meio fundamental para a preservação e consolidação do princípio da isonomia, bem como da igualdade de todos perante a lei.

Então até que fosse dado cumprimento ao mandamento constitucional do art. 173, §1º, III, que determinada a edição de estatuto jurídico para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, o procedimento de licitação utilizado pelos entes da Administração Pública direta ou indireta para contratar serviços e adquirir produtos eram regulados pela Lei Federal nº 8.666/93 e 10.520/02 (pregão).

Assim, pelo regramento trazido pela Lei Geral de Licitações, a Administração pública (direta e indireta), de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeceria aos princípios da Legalidade, da Isonomia, da Impessoalidade, da Moralidade e da Probidade Administrativa, da Publicidade, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo, da Celeridade e da Competição.

Em resumo, o procedimento licitatório instituído pela Lei 8.666/93 permite que a Administração contrate aqueles que reúnam as condições necessárias para satisfação do interesse público, levando em consideração especialmente aspectos relacionados à capacidade técnica e econômico-financeira da empresa licitante, à qualidade do produto e ao valor do objeto.

O procedimento licitatório busca assegurar a todos os interessados a igualdade de condições no fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços para a Administração Pública.

Como já sabido as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias aguardavam há muito tempo pela edição de seu estatuto jurídico próprio, que permitisse a realização de um procedimento licitatório mais adequado à natureza jurídica destas empresas.

Até que o legislador se incumbisse em editar tal estatuto, as empresas estatais, com exceção da Petrobras e Eletrobrás que licitavam por meio de decreto próprio, eram obrigadas a seguir a sistemática estabelecida pela Lei 8.666/93. No entanto, a sistemática instituída pela Lei Geral de Licitações não era apropriada às empresas estatais, seja pela sua morosidade e burocracia, seja pela ausência de regras que se destinam a situações específicas vivenciadas no âmbito das empresas estatais.

Somado a esta necessidade de se estabelecer um procedimento mais célere e apropriado, as empresas públicas e sociedades de economia mista de diversos entes federativos se envolveram em casos de corrupção, que evidenciou ainda mais a necessidade e urgência na edição de um estatuto próprio que fosse capaz de promover a governança corporativa e, principalmente, fizesse com o que o *compliance* atingisse a própria Administração Pública.

Assim, ainda que tenha ocorrido de forma tardia, uma vez que só fora editado quase duas décadas depois da determinação constitucional, a Lei 13.303/2016 surgiu para trazer a Estatais uma sistemática licitatória mais flexível, menos burocrática e adequada as especificidades que as empresas estatais possuem, já que estas atuam de modo a interferir diretamente no mercado e na economia do país e em concorrência com outros ramos privados que atuam nas mesmas atividades.

A Lei das Estatais trouxe regramentos acerca da governança e das contratações públicas, sendo este último o objeto do presente trabalho, buscando dar a estas empresas uma forma de atuação que efetivamente atendesse os interesses públicos. Desta forma, a lei 13.303/2016 traz maior autonomia de atuação para a realização de contratações e ainda, maior aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Outrossim, importante ressaltar que as principais inovações trazidas pela Lei 13;303/2016 buscam dar a esta a dinamicidade e flexibilidade necessárias para a realização de procedimento licitatórias pelas suas destinatárias, sendo assim, podem ser elencadas como sendo inovações de suma importância: a possibilidade de se realizar contratação semi-integrada, o aumento significativo nos valores limites para a dispensa de licitação por pequeno valor, a redução de cláusulas exorbitantes, bem como a necessidade de acordo entre as partes para a realização de rescisão contratual.

Ademais, tendo em vista o caráter comparativo do presente trabalho, que, saliento, possuía como objetivo central o estudo das alterações mais significativas na sistemática licitatória instituída pela Lei 8.666/93 e pela Lei 13.303/2016, restou comprovado que, de fato a Lei das Estatais adotou um procedimento licitatório com a finalidade de garantir maior celeridade, economicidade e eficiência em todas as fases da licitação, garantindo ainda, as estatais uma maior autonomia de atuação e liberdade contratual, sendo, portanto, distinto daquele instituído pela lei 8.666/93, que se demonstra excessivamente rigoroso, moroso, burocrático e inadequado para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que possuem atuação especial no cenário econômico do País.

Por fim, restou evidente ainda que, embora comparativamente com a Lei Geral de Licitações, o estatuto jurídico das empresas estatais traga inovações, a bem verdade é que o legislador adaptou a sistemática licitatória já existente no ordenamento jurídico brasileiro e trazida pela Lei 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, acrescentando pouquíssimas inovações se comparado a esta.

Diante do exposto acredita-se que o presente trabalho tenha conseguido explicitar, inicialmente, as sistemáticas licitatórias trazidas pela Lei Geral de licitações e pela recente lei nº 13.303/93. Para que então, posteriormente, fosse possível realizar um comparativo entre os procedimentos adotados por ambas as legislações.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Forense: Rio de Janeiro. 2ª edição, 2013;
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**- O regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, Editora Gen. 1º Edição. 2017
- BINENBOJM, Gustavo. **Regulamentos Simplificados de Licitações das Empresas Estatais**: o caso da Petrobrás in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 62, 2007;
- CALASANS, César Júnior. **As omissões e retrocessos da lei de licitação das estatais**. Publicado 03/2017. Disponível em: www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254982,81042-As+omissões+e +retrocessos+da+lei+de+licitacoes+das+estatais>
- CARVALHO. Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4º Edição. Editora Juspodivm, 2017;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31º ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- DE OLIVEIRA. Fernando Leme. **Dos Princípios administrativos aplicados ao RDC**. Publicado em 04/2014. Elaborado em 03/2014. Disponível em: <jus.com.br/artigos/27408/dos-principios-administrativos-aplicados-ao-rdc-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-e-suas-inovacoes-nas-licitacoes>
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de Direito Administrativo**, 30º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Livro eletrônico, Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, livro eletrônico, 3º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- LECIOLI. Meggie. **Lei das Estatais – Pontos interessantes e inovações da nova lei das estatais**. Editora JC, Artigo publicado em 10/08/2016.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5º. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- TORRES. Ronny Charles Lopes de. **As licitações públicas na nova Lei das Estatais (Lei federal nº 13.303/2016)**. Publicado 07/2016. Elaborado 07/2016, Disponível em: jus.com.br/artigos/50905/as-licitacoes-publicas-na-nova-lei-das-estatais-lei-federal-n-13-303-2016;

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**, Lei Federal, Brasília, publicada em 22.6.1993.

BRASIL, Decreto- Lei nº 2.745, de 24 de Agosto de 1998. **Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Brasília, publicado em 25.8.1998.

BRASIL, Lei nº 12.305/10, de 2 de Agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências**. Brasília, publicado em 03/08/2010.

BRASIL, Decreto Federal nº 7.581/11, de 11 de Outubro de 2011. **Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Brasília, publicado em 13/10/2011.

BRASIL, Decreto nº 8.420/2015, de 18 de março de 2015. **Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências**. Brasília, publicado em 19/03/2015.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. Lei Federal, Brasília, publicada em 01/07/2016.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 257/10**. O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18323-sumula-257-tcu>