

BENJAMIN ZYMLER
ANDRÉ PACHIONI BAETA
ANDRÉ VILANOVA DA SILVA
DANIEL MIRANDA BARROS MOREIRA
FERNANDA SCHREIBER BISPO
FRANCISCO SÉRGIO MAIA ALVES
KARINE LÍLIAN DE SOUSA COSTA MACHADO
LAUREANO CANABARRO DIOS

NOVO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

ANÁLISE DA LEI N.º 13.303/2016 SEGUNDO
A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO

1ª reimpressão

Belo Horizonte

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

2019

© 2018 Editora Fórum Ltda.
2019 1ª reimpressão.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabricao Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lucas Correia

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Funcionários – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

N945 Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União/Benjamin Zymler... [et al.]. 1ª reimpressão. - Belo Horizonte : Fórum, 2018.

446 p. : 14,5cm x 21,5cm.
ISBN: 978-85-450-0526-1

1. Direito. 2. Novo Regime Jurídico. 3. Licitações. 4. Contratos. 5. Empresas Estatais. I. Zymler, Benjamin. II. Baeta, André Pachioni. III. Silva, André Vilanova da. IV. Moreira, Daniel Miranda Barros. V. Bispo, Fernanda Schreiber. VI. Alves, Francisco Sérgio Maia. VII. Machado, Karine Lilian de Sousa Costa. VIII. Dios, Laureano Canabarro. IX. Título.

CDD: 342.8106
CDU:342.951

2018-536

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZYMLER, Benjamin et al. *Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 446 p. ISBN 978-85-450-0526-1.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES	23
CAPÍTULO 2 LICITAÇÕES E HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA	37
Da exigência de licitação e dos casos de dispensa e de inexigibilidade	37
Licitação dispensável.....	43
Valor da contratação: incisos I e II do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	44
Licitação deserta: inciso III do art. 29 da Lei nº 13.303/2016	47
Propostas com valores excessivos: inciso IV do art. 29 da Lei nº 13.303/2016	49
Compra ou locação de imóvel: inciso V do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	51
Contratação remanescente: inciso VI do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	52
Contratação com instituição sem fins lucrativos: inciso VII do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	54
Contratação para manutenção da garantia: inciso VIII do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	56
Contratação de associação de portadores de deficiências: inciso IX do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	58

Contratação de energia elétrica e gás: inciso X do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	59
Contratação entre empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias: inciso XI do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	60
Contratação de coleta de material reciclável: inciso XII do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	62
Fornecimento de objeto de alta complexidade e importante para a defesa nacional: inciso XIII do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	63
Fomento do desenvolvimento científico e tecnológico: inciso XIV do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....	64
Contratação em situação de emergência: inciso XV do art. 29 da Lei nº 13.303/2016	67
Transferência de bens para a administração pública, doação de bens móveis para fins de interesse social e compra e venda de ações e títulos: incisos XVI a XVIII do art. 29 da Lei nº 13.303/2016	70
Licitação inexigível	74
Fornecedor exclusivo: inciso I do art. 30 da Lei nº 13.303/2016.....	75
Serviços técnicos especializados: inciso II do art. 30 da Lei nº 13.303/2016.....	79

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E DIRETRIZES	83
Princípios e objetivos.....	83
Diretrizes das licitações e contratos.....	91
Padronização do procedimento	91
Manifestação da assessoria jurídica.....	92
Busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista	93
Tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte e empresas nacionais	96
Proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos.....	98
Parcelamento do objeto	99
Adoção preferencial da modalidade pregão.....	100
Preferência pela forma eletrônica.....	102
Observação de política de integridade.....	103

CAPÍTULO 4

PROCEDIMENTOS AUXILIARES	107
Considerações iniciais	107
Regulamento	108
Cadastramento	108
Catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras	110
Pré-qualificação permanente	112
Pré-qualificação subjetiva	114
Pré-qualificação objetiva	115
Diferença da pré-qualificação prevista na Lei nº 8.666/1993.....	115
Diferença entre pré-qualificação subjetiva e cadastramento	116
Validade	116
Licitação restrita aos pré-qualificados.....	118
Registro de preços.....	119
Regulamento	120
Aplicabilidade	121
Participação de outras empresas estatais.....	123
Licitação e instrumento convocatório	124
Ata de registro de preços	125
Contratos	126
Adesão à ata de registro de preços	126
Limites quantitativos.....	128
Limites subjetivos.....	129

CAPÍTULO 5

DISPOSIÇÕES DE CARÁTER GERAL	131
Caracterização do objeto	131
Contratação simultânea do mesmo objeto	132
Publicidade do procedimento	135
Divulgação do orçamento.....	136
Momento da divulgação do orçamento.....	138
Considerações gerais	138
Órgãos de controle.....	139
Divulgação do procedimento.....	140
Alterações do instrumento convocatório.....	141
Empresas com restrições para participar de licitações ou serem contratadas	143

Sanção de inidoneidade	143
Grupo societário	144
Administrador ou empregado da empresa pública contratante.....	145
Relações de parentesco.....	146
Vedações constitucionais.....	148
Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).....	148
Sanções de natureza penal.....	151

CAPÍTULO 6

PROJETOS	153
Cessão de direitos autorais e patrimoniais dos projetos	155
Anteprojetos de engenharia.....	156
Obrigações de fim e obrigações de meio	157
Dragagem portuária	159
Ponte	160
Restrições aos autores dos projetos	160
Procedimento de manifestação de interesse privado	162
O PMI como alternativa à contratação ou ao desenvolvimento orgânico de projetos.....	166
Principais problemas identificados nos procedimentos de manifestação de interesse	167

CAPÍTULO 7

FASE INTERNA DO PROCEDIMENTO

LICITATÓRIO	173
Da fase preparatória	174
Definição do objeto	175
Obras e serviços em geral	176
Aquisição de bens	177
Alienação de bens	178
Exigências técnicas.....	179
Especificação de garantias	180
Estimativa do valor da contratação	180
Definição do procedimento da Licitação	181
Modos de disputa	182
Lances intermediários	183
Intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances	186
Intervalo mínimo de tempo entre os lances	187

Critérios de julgamento.....	188
Julgamento pelo menor preço.....	192
Julgamento pelo maior desconto.....	194
Julgamento pela melhor combinação de técnica e preço.....	197
Uso do critério de julgamento “técnica e preço” para serviços intelectuais.....	198
<i>Critérios de ponderação para as notas de preço e de técnica.....</i>	<i>199</i>
<i>O processamento das licitações de técnica e preço na Lei das Estatais.....</i>	<i>200</i>
<i>Avaliação da proposta de preço.....</i>	<i>202</i>
<i>Avaliação da proposta técnica.....</i>	<i>204</i>
Julgamento pelo maior retorno econômico.....	206
Julgamento pela maior oferta.....	207
Julgamento pela melhor técnica.....	208
<i>Contrata-se o melhor projeto e não a melhor empresa.....</i>	<i>212</i>
<i>A administração sabe qual é o projeto que está comprando.....</i>	<i>212</i>
<i>Há isonomia e impessoalidade na seleção do melhor projeto.....</i>	<i>214</i>
Julgamento pelo melhor conteúdo artístico.....	214
Licitações restritas.....	215
Inversão das fases de habilitação e julgamento.....	216

CAPÍTULO 8

FASE EXTERNA DO PROCEDIMENTO

LICITATÓRIO.....	219
Divulgação.....	219
Publicação dos atos.....	220
Portal específico na internet.....	220
Diários oficiais.....	221
Prazos mínimos para apresentação das propostas.....	221
Pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório.....	226
Apresentação de lances/propostas.....	227
Modo de disputa aberto.....	228
Modo de disputa fechado.....	228
Combinação dos modos de disputa.....	229
Julgamento.....	230
Realização de diligências.....	231
Empate entre propostas.....	232

Habilitação	232
Parâmetros estabelecidos pela lei	233
Fixação dos parâmetros.....	236
<i>Definição das exigências</i>	237
Consórcios.....	242
<i>Número de integrantes de cada consórcio</i>	245
<i>Substituição de consorciado</i>	246
<i>Preenchimento dos requisitos de habilitação</i>	246
<i>Certificados emitidos por participação em consórcio</i>	247
Habilitação posterior ao julgamento das propostas	248
<i>Aumento da competitividade</i>	248
Recursos.....	250
Contrarrazões recursais.....	251
Efeito suspensivo	252
Consequências do acolhimento dos recursos	252
Encerramento.....	252

CAPÍTULO 9

REMUNERAÇÃO VARIÁVEL	259
Valor proporcional ao benefício gerado.....	261
Limites	261
Possíveis aplicações	262
Forma de pagamento da remuneração variável.....	263
Outros entendimentos acerca da remuneração variável	264

CAPÍTULO 10

REGIMES DE EXECUÇÃO CONTRATUAL	267
Empreitada por preço global.....	269
Empreitada por preço unitário.....	272
Empreitada integral	274
Contratação integrada	277
Aditamento na contratação integrada em virtude de falhas, erros ou omissões no anteprojeto	282
Objetos que podem ser licitados pela contratação integrada	286
Critérios de julgamento na contratação integrada	287
Como fundamentar o uso da contratação integrada	289
A contratação semi-integrada	292
A alocação de riscos na contratação integrada e semi-integrada....	296

Como realizar a alocação de riscos?	298
O conflito de interesses nas contratações integrada e semi-integrada	298
Seguros e garantias nas contratações integradas e semi-integradas	300

CAPÍTULO 11

FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO

E PELA SOCIEDADE	303
Controle interno e externo	303
Fiscalização pela sociedade	322
Tutela ou supervisão ministerial.....	324
Limites ao acionista controlador na direção superior das empresas estatais.....	333

CAPÍTULO 12

SOBREPREGO E SUPERFATURAMENTO 343

CAPÍTULO 13

CONTRATOS. NATUREZA JURÍDICA E

ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS	359
Natureza jurídica do contrato da Lei nº 13.303/2016	361
Critérios de distinção entre contratos administrativos e contratos privados da administração nos países de cultura jurídica francesa. Evolução no curso do desenvolvimento da teoria do contrato administrativo	361
Critérios de distinção entre contratos administrativos e contratos privados da administração segundo a doutrina brasileira	370
Conclusões parciais: a busca de um critério de distinção entre contratos administrativos e contratos privados da administração compatível com as disposições do ordenamento jurídico brasileiro	379
Natureza jurídica do contrato da Lei nº 13.303/2016	385
Disciplina normativa do contrato da Lei nº 13.303/2016	389
Formalização dos contratos	392
Cláusulas não são obrigatórias	393
Cláusulas obrigatórias.....	395
Garantias contratuais.....	400

Duração dos contratos.....	401
Formalidades	401
Convocação do contratado	404
Responsabilidades do contratado.....	406
Fiscalização dos contratos.....	411
Alteração dos contratos.....	412
Sanções contratuais.....	419
Poder de anulação dos contratos	425
Fiscalização dos contratos pelos tribunais de contas.....	427
CAPÍTULO 14	
DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS	429
Vigência e aplicação da lei	429
Demais disposições.....	439
REFERÊNCIAS	443