

Licitações e contratos na nova lei das estatais

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Pós-graduado em Administração Pública

Pós-graduado em Direito Constitucional

Pós-graduado em Direito Tributário

Graduado em Ciências Econômicas

Lilise Barroso Benevides de Magalhães

Advogada no Ceará

Pós-graduanda em Ciências Criminais

RESUMO

A Lei n.º 13.303/2016 significou importante normatização das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias quanto à governança corporativa, aspectos societários, controle, eficiência e também sobre as licitações e contratos, estes últimos antes regulados pela Lei n.º 8.666/93, norma geral dos certames na Administração Pública. A nova legislação busca atender de forma mais efetiva às necessidades das empresas estatais, considerando-se sua condição de prestadora de serviços públicos e de atividades econômicas no campo do direito privado. Abordam-se temas como modalidades de licitação, dispensa e inexigibilidade, procedimentos de contratação, aplicação de sanções, recursos, autocomposição, arbitragem e algumas especificidades, como o predomínio da consensualidade, matriz de riscos, sigilo do orçamento, responsabilidade civil, previsão de regulamento interno, entre outras, de destaque no âmbito da atuação econômica do Estado.

Palavra-chave: Lei n.º 13.303/2016. Empresas Estatais. Licitação e contratos. Consensualidade.

ABSTRACT

Law 13.303/16 meant important regulation of public companies, mixed-capital companies and their subsidiaries regarding corporate governance, corporate aspects, control, efficiency and also regarding the bidding and contracts, the latter previously regulated by Law 8.666/93, general rule which regulated them in the Public Administration. The new legislation seeks to meet more effectively the needs of state-owned enterprises, considering their status as provider of public services

and economic activities in the field of private law. Topics such as bidding, waiver and unenforceability procedures, contracting procedures, application of sanctions, appeals, autocomposition, arbitration and certain specificities, such as the predominance of consensuality, risk matrix, budget secrecy, civil responsibility, internal regulations, among others, outstanding in the ambit of the economic performance of the State.

Keywords: Law 13.303/2016. State-owned companies. Bidding and Contracts. Consensuality.

Introdução

Havia a previsão constitucional da edição de um estatuto jurídico próprio das empresas públicas e sociedades de economia mista, distinto da Lei geral de licitações (Lei n.º 8.666/1993). A Reforma Administrativa realizada pela emenda constitucional n.º 19/1998 iniciou essa transição, que culminou com a promulgação da Lei n.º 13.303/2016.

Dispõe basicamente sobre regime societário, governança corporativa, controle e licitações e contratos. Amplia os meios de fiscalização e inova na parte de certames, tornando-os mais simplificados e céleres, de forma a competir com as demais empresas na esfera do direito privado, porém sem deixar de se ater para a eficiência, moralidade, impessoalidade e transparência.

Neste trabalho, aborda-se a atuação do Estado na economia, a Lei n.º 8.666/1993 como norma geral até a transição para a nova lei das estatais, pregão e o regime diferenciado de contratação, contratação semi-integrada, dispensa e inexistência de licitação, contratos, aplicação de sanções, recursos e meios alternativos de resolução de conflitos, além de inovações e polêmicas.

Busca-se, assim, analisar especificamente alguns tópicos das licitações e dos contratos administrativos, como valores de dispensa, critérios de desempate, consensualidade, conciliação, mediação, arbitragem e outras questões controvertidas, como a questão do sigilo do orçamento, em comparativo com as regras anteriores e demonstrando a relevância do assunto na atuação das estatais, empresas de fundamental importância na atuação do Estado no âmbito econômico, político e social.

1 A Lei das Estatais

A Lei das Estatais (13.303/2016) 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, mesclando institutos do direito privado e de direito público.

Inicialmente, é de se destacar que não há mais distinção entre estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos, que antes eram objeto de discussão doutrinária.

O fundamento da outrora distinção era que as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica atuavam no mercado em regime de concorrência com as demais empresas privadas e, assim, precisavam de regras mais flexíveis sobre licitações e contratos, a fim de ter competitividade, sem desobedecer aos princípios de Direito Administrativo. E, de outro lado, as estatais prestadoras de serviços públicos não atuavam em regime de concorrência.

A Lei n.º 13.303/2016 (LE) equipara e dá o mesmo tratamento para todos os tipos de empresas públicas e sociedades de economia mista, até mesmo por englobar questões sobre governança e direito societário. Porém, lhes garante a competitividade, por exemplo, dispensando de licitação produtos, serviços e obras relacionados à sua atuação no mercado (art. 28, §3º). Como dispõem Pereira e Faria:

O mais adequado é o entendimento de que o art. 1º da Lei n. 13.303/2016 abrange toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista, inclusive as que prestam serviços públicos. Parece que, ao se incluir no âmbito de aplicação da lei até mesmo as empresas estatais que atuam em regime de monopólio, não se pretendeu restringir sua aplicação àquelas que atuam apenas em ambiente competitivo. Ademais, ao optar por uma sociedade empresarial para a prestação de serviços públicos, a Administração Pública pretendeu, com amparo nas finalidades que se desejou alcançar ao constituí-la, sujeitá-la a regime jurídico semelhante ao do setor privado (2017, p. 6).

A norma está estruturada em duas partes: um conjunto de normas sobre governança corporativa, refletindo princípios constitucionais da eficiência, da transparência, do controle, da moralidade e da impessoalidade; regime societário; gestão de riscos e proteção de acionistas minoritários; e sobre licitações e contratos.

Há de se ressaltar que os processos licitatórios iniciados e os contratos celebrados antes da entrada da lei em vigor serão regidos pelo antigo regime. Os contratos celebrados posteriormen-

te, com base em processo licitatório iniciado antes da entrada da norma em vigor, se regem pela norma antiga, podendo ser aplicada a nova lei no que não conflitar com o disposto no edital das licitações que lhes deram origem.

Além disso, as empresas estatais tiveram 24 meses para se adequar às disposições da nova legislação, entre as quais a confecção de um regulamento interno sobre licitações e contratos.

2 Da atuação do Estado na economia

Como afirma Bilac Pinto, no Brasil a atuação do Estado no domínio econômico não se operou mediante planejamento prévio, “foi se operando em diversas situações de oportunidade e necessidade prática no curso das vicissitudes de uma longa história” (1991, p. 257).

O regime jurídico das estatais encontra-se em um campo entre o direito público e o privado e tem como influência o cenário econômico:

O Poder Público, invejando a eficiência das sociedades comerciais, tomou de empréstimo os figurinos do direito privado e passou a adotar-lhe os processos de ação, constituindo pessoas modeladas à semelhança delas para prestação dos mais variados serviços. Quer para a prestação de serviços públicos propriamente ditos, quer para o desempenho de atividades de exploração econômica em setores onde se fazia necessária sua atuação supletiva ou, até mesmo, monopolística, o Estado acolheu o sistema próprio do direito privado. A isto foi impelido tanto pelo objetivo de ganhar mais eficiência quanto, em certos casos, pela natureza peculiar da atividade que, por assim dizer, não se compatibilizaria com outro meio de ação. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 77).

Na mesma linha, PIETRO:

A distinção ganha relevo em matéria de interpretação das leis. Quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no art. 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio da norma publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derogado por norma expressa, de interpretação estrita. Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. (2012, p. 516-517)

A partir do momento em que no Brasil se passou a intensificar as privatizações, houve a necessidade de “uma maior carga de contratualização de serviços públicos por parte da Administração, que passou cada vez mais ao modelo de delegação” (NOHARA, 2018a). Passou-se a estimular a concorrência no âmbito da prestação de serviços públicos, caminhando-se da Lei n.º 8.666/1993, de aspecto publicista, passando pelas parcerias público-privadas (Lei n.º 11.079/2004) e chegando à Lei das Estatais, com ênfase no Direito Privado.

Assim, se a empresa estatal compete com o particular na prestação do mesmo serviço público, deve fazê-lo na maior condição de igualdade possível: não pode ter prerrogativas que a privilegiem frente ao particular, nem ser sujeita a restrições que a prejudiquem:

Há uma reserva constitucional de direito privado, como afirma Paulo Otero, na atividade empresarial do Estado no desempenho de atividades econômicas em sentido estrito. Entretanto, a dicotomia serviço público e atividade econômica não é mais suficiente para abranger a atuação das estatais, pois há atividades que não se enquadram nos aludidos conceitos estritos, e também a situação de desempenho cumulativo das duas atividades (MOTTA, 2016, p. 2).

Portanto, a Lei n.º 13.303/2016 inovou ao submeter às suas regras as empresas públicas, sociedades de economia mista e 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. Além disso, houve ampliação do campo de incidência previsto no art. 173, §1º CF/88 para as empresas estatais que exploram diretamente atividade econômica (MOTTA, 2016, p. 2).

Quanto a princípios, o art. 31 menciona, por exemplo, os da impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, sustentabilidade, já previstos na Lei n.º 8.666/1993, mas não aduz ao Princípio da Legalidade, talvez por serem as estatais pessoas jurídicas de direito privado e os contratos serem regidos por regras em que prevalecem o Princípio da Licidade e a autonomia da vontade.

Procura-se a maior eficiência para a estatal, seja pelos custos de manutenção, impactos ambientais, descarte de bens e resíduos e depreciação econômica. Sobre impactos ambientais, explicita a necessidade de disposições acerca de resíduos sólidos gerados; mitigação de danos, inclusive por compensações ambientais; utilização de produtos que reduzam o consumo de energia e re-

cursos naturais; e também avaliação dos impactos de vizinhança; proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial; e acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida (art. 32, LE).

Destacam-se as inovações relativas ao regime jurídico licitatório e contratual das estatais.

3 Da norma geral de licitação para a Lei das Estatais

A redação original da Constituição Federal de 1988 não fazia ressalva quanto a regras diferenciadas de licitações e contratos administrativos para empresas públicas e sociedades de economia mista.

Segundo Justen Filho (2016, p. 284), “toda a atividade contratual da Administração Pública, inclusive da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, subordinava-se à regra do art. 37, XXI, da CF/1988”. Por isso mesmo, a Lei n.º 8.666/1993, no art. 1º, parágrafo único, dispôs que as empresas públicas e sociedades de economia mista subordinavam-se às suas normas.

Mesmo antes do advento da Lei das Estatais, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) já havia se consolidado no sentido de que as empresas estatais não se submetiam necessariamente às regras de licitação no exercício de suas atividades-fim:

A discussão surgiu até mesmo antes da EC 19/1998, tendo em vista o manual de contratações adotado pela Petrobras na época. No Acórdão n.º 121/1998, o Plenário do TCU afirmou a desnecessidade de realização de licitação para as atividades-fim das empresas estatais que exploram atividade econômica. O caso foi decidido ainda à luz da redação original do art. 173. Reputou-se que a agilidade nessas contratações seria necessária nos casos relativos a ‘procedimentos usuais de mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal’: (PEREIRA, 2016, p. 334).

A Lei n.º 13.303/2016 consolidou esse entendimento no art. 28, § 3º, inciso I, ao dispensar as empresas estatais de licitar quando se tratar de “comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais” (BRASIL, 2016).

No exercício das atividades-fim, as contratações se realizam quase que exclusivamente no campo do Direito Privado, com

pouquíssima influência de normas de Direito Público. Contudo, quando as contratações se concretizam no exercício das chamadas atividades-meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, prevalecem as normas de Direito Público.

Conforme ZYMLER (2017, p. 1), a Lei n.º 8.666/1993 revelou-se importante instrumento para a fixação da cultura geral acerca da necessidade de realização de licitações e de cumprimento ao princípio constitucional da impessoalidade. Mas essa mesma lei foi sendo considerada burocrática, havendo queixas sobre dificuldades nos procedimentos.

Assim, a mudança da realidade mercadológica, as necessidades da gestão e inovações de tecnologias levaram à edição de diversas normas infralegais visando a complementar/atualizar a Lei n.º 8.666/1993: Decretos n.º 2271/1997 (contratação de serviços continuados), n.º 7.174/2010 (bens e serviços de informática), n.º 7983/2013 (sistema de registro de preços) e n.º 7983/2013 (orçamento de obras e serviços de engenharia) (ZYMLER, 2017, p. 16).

Com a emenda 19/1998, a qual tratou da reforma administrativa, foram introduzidas novas regras em relação às contratações, modificando em especial os artigos 22, XXVII e 173, § 1º da Constituição Federal, estabelecendo bases para a edição de um estatuto jurídico aplicável às empresas estatais e outro à Administração Direta, autárquica e fundacional, além de uma revisão do regime de atuação das empresas estatais. “A Lei n.º 13.303/2016 foi influenciada pela jurisprudência do TCU. O grande desafio reside em interpretar e aplicar os dispositivos segundo uma principiologia autônoma” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 288).

A Lei n.º 8.666/1993 era considerada norma geral. Entretanto, a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004) já delimitara de forma expressa tais normais. A Lei das Estatais excluiu o regime tradicional de licitações direcionado para a Administração Pública em geral, baseado na Lei n.º 8.666/1993, na Lei n.º 10.520/2002 (modalidade pregão) e na Lei n.º 12.462/2012 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC).

Por força do art. 41, foram mantidas as disposições de Direito Penal previstas nos artigos 89 a 99 da Lei n.º 8.666/1993. A lei também revogou o art. 67 da Lei n.º 9.478/1997 e o Decreto 2.745/1998, que instituíam regimes próprios de licitações e contratos, já tendo o Tribunal de Contas da União considerado inconstitucionais tais normativos.

Ressaltem-se as sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013, em que há “uma mudança de perspectiva no combate à corrupção, porque acresce ao Direito Penal o Direito Administrativo Sancio-

nador, indo ao enalço da pessoa jurídica, permitindo punições administrativas e civis a uma empresa considerada corruptora, obrigando-a, na prática, a indenizar os cofres públicos, além de autorizar, em casos extremos, a sua extinção por ordem judicial" (BITTENCOURT, 2017, p. 359).

4 Do pregão e do RDC

Quanto às modalidades de licitação, a Lei n.º 13.303/2016 (art. 32) indica preferencialmente a adoção do Pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, e nas demais o Regime Diferenciado de Contratação, não mais se utilizando das modalidades constantes no art. 22, Lei n.º 8.666/1993.

A Lei n.º 10520/2002, a qual instituiu o pregão, foi um importante avanço no sentido de modernizar os procedimentos de contratação, com as vantagens de redução do prazo de divulgação, inversão de fases de habilitação e julgamento, possibilidade de formulação de lances, etc., mas restou limitado à aquisição de bens comuns. Conforme Justen Filho:

Num pregão, o licitante vai alterando a consistência de sua proposta à medida que reduz o preço. A redução da oferta é refletida na diminuição do custo do particular. Então, o objeto ofertado pelo licitante ao final do pregão não é o mesmo que ele cogitara ao apresentar a proposta. Portanto, a Administração convive com prestações destituídas da qualidade necessária porque o preço obtido é inferior ao necessário a assegurar uma prestação adequada. Esse é o motivo da restrição do uso do pregão para objetos comuns. A sistemática do pregão é adequada para contratação em que o padrão de qualidade do objeto licitado é padronizado, insuscetível de variação, em virtude das circunstâncias do próprio mercado. Em tais hipóteses, não se verificam os riscos da seleção adversa (2018, p. 6).

O RDC – Regime Diferenciado de Contratação (Lei n.º 12.462/11) priorizou o caráter finalístico do procedimento, com ênfase nos resultados (ZYMLER, 2017, p. 2), tendo foco na busca da proposta mais vantajosa. O gestor deve fazer análises técnicas, de razoabilidade e motivação, para contratações que melhor atendam ao interesse público, com maior transparência (voto condutor do Acórdão n.º 306/2013 – Plenário).

Foi um modelo bastante utilizado nas obras para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíada de 2016, visando a dar celeridade às contratações. Suas principais características são: inversão das

fases (primeiro julgamento e depois habilitação), etapa de lances (com modos de disputa aberto e fechado), orçamento sigiloso e contratação integrada. De acordo com Joel Nieburh, já houvera também a tentativa de adoção do regime para outras licitações:

As três primeiras características já constavam da modalidade do pregão. E todas as cinco estão presentes na Lei n.º 13.303/2016, ainda que com algum temperamento, além de outras características do RDC (...), podendo-se afirmar que as "licitações da Lei n.º 13.303/2016 são as licitações do Regime Diferenciado de Contratações – RDC com alguns avanços. (...)". O RDC foi inserido na Medida Provisória n.º 678/2015, cujo teor tratava da adoção do regime no âmbito da segurança pública e em estabelecimentos penais, dispositivo prevendo sua adoção para obras e serviços de engenharia relacionados à mobilidade urbana ou à ampliação de infraestrutura logística. A Medida Provisória foi convertida na Lei n.º 13.190/2015. Todavia o Supremo Tribunal Federal suspendeu o dispositivo da Lei sob fundamento de que se tratava de matéria estranha aos termos da MP (2016, p. 4).

Há autorização legal para o lançamento de licitações sem projeto básico em uma das espécies de empreitada, chamada contratação integrada, utilizada para objetos inovadores, com tecnologia de domínio restrito ou com possibilidade de execução por meio de diferentes metodologias, o que necessita de um acompanhamento específico dos órgãos de controle, a fim de não desvirtuar a sua finalidade, com a necessária transparência, sendo objeto de críticas pela doutrina:

Na contratação integrada o vencedor da licitação realizada apenas com anteprojeto, fica encarregado dos projetos e da execução da obra ou do serviço. O mote da contratação integrada é o insucesso recorrente da Administração Pública com os projetos, que geram aditivos em excesso na fase de execução do contrato. (...) A vantagem é que, se aparecem erros de projeto durante a fase de execução do contrato, o contratado não faz jus a aditivos. É que o erro, nessa situação, foi causado pelo próprio contratado, porque o projeto é dele. (...). Diante disso, o Tribunal de Contas da União impôs restrições ao uso da contratação integrada, exigindo justificativas técnica e econômica rigorosas (NIEBURH, 2016, p. 5).

A LE inovou instituindo, também, a contratação semi-integrada para obras de engenharia. Semi-integrada porque o pro-

jeto básico existe, mas pode ser alterado, desde que seja demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento de qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.

5 A contratação semi-integrada

O texto legal prevê a possibilidade de contratação semi-integrada, meio termo entre a contratação integrada do RDC (em que a contratada é responsável pelos projetos básico e executivo e pela obra), e a tradicional da Lei n.º 8.666/93 (quando os projetos já fazem parte do edital de licitação).

Nessa nova modalidade, a estatal elabora o projeto básico antes da licitação, ficando a cargo da contratada a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo.

Na contratação integrada, o vencedor da licitação, realizada apenas com anteprojeto, fica encarregado dos projetos e da execução da obra ou do serviço. Para Marçal, a licitação sem projeto é, para falar o mínimo, estranha, porque os licitantes apresentam as suas propostas sem terem uma base de informações comuns suficientes, o que pode comprometer a isonomia e a objetividade no julgamento das propostas (JUSTEN FILHO, 2016, p. 4).

Segundo Joel Nieburh, a Administração já tentou lançar licitação sob o regime de contratação integrada mesmo dispondo de projeto, no caso de projeto executivo. No entanto, o Tribunal de Contas da União decidiu que se a Administração dispõe do projeto executivo, não cabe a contratação integrada (TCU, Acórdão n. 2209/2011, Plenário) [2017, p. 5].

Destarte, a contratação semi-integrada deve ser a regra nas contratações de obras e serviços de engenharia, só não sendo utilizada com as devidas justificativas (art. 42, §4º). Mas não se permite aos licitantes oferecer propostas que alterem o projeto básico. As estatais terão competência para definir, no edital de licitação, uma única metodologia e tecnologia para a execução de suas obras e serviços de engenharia, hipótese que serve de justificativa para o afastamento da contratação semi-integrada.

As empresas públicas e sociedades de economia mista deverão estabelecer os critérios para a avaliação nos editais, que deverão ser objetivos. O licitante pode propor tecnologia considerada melhor, porém pode ser mais cara. A contratação semi-integrada pode até ser positiva, contudo pode não ser compatível com a realidade das estatais brasileiras, ampliando o espaço da discricionariedade (TORRES, 2017, p. 3).

Sobre aditivos, o art. 42, § dispõe que os problemas decorrentes da execução do contrato devem ser incluídos na matriz de risco como responsabilidade da contratante. Entretanto, quando o problema não for decorrente do projeto básico elaborado pela estatal, e sim de falhas resultantes da solução proposta pelo contratado considerando-se o projeto básico, a responsabilidade seria do contratado, a não ser caso demonstre “que a nova solução proposta por ele não afeta a parte do projeto básico que durante o contrato revelou-se defeituosa” (NIEBURH, 2016, p. 5).

6 Da dispensa e da inexigibilidade

Quanto à dispensa e inexigibilidade de licitação, foi o regime de direito privado que levou o Poder Público a criar essas exceções, visto que pode ensejar concorrência desleal e impactar a atividade da empresa estatal. No entanto, o fato de as empresas estatais sujeitarem-se ao regime próprio das empresas privadas não significa que possam existir afastadas do interesse público:

A melhor forma de atender ao interesse público, assim, era conceder liberdade de atuação de uma empresa privada, mas um meio específico de atuação para satisfação das finalidades estatais: flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência não são para tais empresas apenas qualidades desejáveis, mas requisitos vitais para que possam cumprir o seu papel, que se ligam de forma direta à razão de existência dessas entidades e ao interesse público que devem realizar. (COSTA, BAUMANN e SANTOS, 2018)

A LE trouxe novos requisitos para o afastamento da licitação, em que resta afastada a obrigatoriedade do procedimento para a celebração de contratos relacionados à atividade finalística das empresas estatais, entre os quais a escolha de parceria estratégica mediante identificação de oportunidade de negócio (art. 28, § 3º, II).

São consideradas oportunidades de negócio a formação e extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias e contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente (Lei n.º 13.303, art. 28, §4º). Sobre o tema, JUSTEN FILHO afirma:

A seleção de parceiros em relação de cooperação – a segunda hipótese de inaplicabilidade da licitação se refere aos casos de seleção de parceiro para empreendimentos associativos, nas hipóteses em que atributos pessoais apresentem relevância. (...) A associação de recursos e de capacitações: a obtenção de um resultado de sucesso, nas hipóteses de parcerias com terceiros, depende, nesses casos, da escolha de parceiro adequado. Isso envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao objeto a ser executado em conjunto. Em muitos casos, o sucesso da associação pressupõe níveis comuns de experiência, práticas empresariais similares, situações de mercado específicas. (...). As parcerias: o dispositivo alude à formação e à extinção de parcerias e outras formas associativas. A expressão “parceria” deve ser interpretada de modo amplo, para abarcar as soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária (2016, p. 4)

Assim, a escolha de parceria estaria vinculada a uma oportunidade única de negócios, cabendo ao gestor, em sua discricionariedade, motivar as razões da escolha e a oportunidade de negócio envolvida.

São expostas as hipóteses específicas de licitação dispensada (art. 28, §3º), dispensável (art. 29) e inexigível (art. 30) e os princípios a serem observados (art. 31).

Como hipótese de licitação dispensável, ficam estabelecidos limites de R\$ 100 mil para obras e serviços de engenharia e de R\$ 50 mil para as demais compras e serviços. A lei ainda permite que esses limites de dispensa sejam alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

Segundo Marçal Justen, essa prerrogativa da entidade pública é inovador e deve ser decidido fundamentadamente, a fim de não infringir as regras licitatórias, sob o acompanhamento dos controles internos e externos e do Judiciário. Os valores parecem excessivos. Até então, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme parágrafo único do artigo 24 da Lei n.º 8.666/1993, eram de R\$ 30 mil e R\$ 16 mil:

Não é adequado ampliar assim os casos de dispensa de licitação, sobretudo diante dos avanços do pregão eletrônico, por meio do qual as licitações ganharam agilidade e tornaram-se menos onerosas para a Administração Pública. Com o novo dimensionamento

das dispensas de licitação, a Lei n.º 13.303/2016 caminha na direção de maximizar a discricionariedade das estatais para escolherem seus contratados (JUSTEN, 2016, p.3).

Bittencourt dispõe que, para que se possa alterar os valores de forma legítima, a motivação deverá estar “lastreada em suficientes justificativas econômico-financeiras”, destacando que cada uma das empresas estatais pode estabelecer alterações e ajustes “para manter os valores-limite atualizados no tempo e em face do mercado específico do objeto da contratação” e de forma mais restrita, “essa atualização deverá ocorrer somente para fazer frente à perda inflacionária do período” (2017, p. 75).

É um rompimento com a tradição, cujo modelo vigente na Lei n.º 8.666/1993 possui tendência regulatória e padronizadora.

A LE também aduz sobre variação de custos, sem estabelecer regras rígidas e rigorosas. Foi fixado um valor limite máximo no momento inicial, a ser observado pelas empresas estatais. Esse valor nominal pode ser elevado, seja em virtude da inflação geral, seja em vista de circunstâncias diferenciais específicas. Mas pode haver revisão do valor, nos casos de variações imprevisíveis e específicas, de cunho extraordinário.

7 Algumas questões polêmicas nas regras de licitações

A parte de licitações e contratos talvez possa ser caracterizada como a mais polêmica da Lei das Estatais. Seguiu-se a orientação no sentido de que as estatais não precisariam licitar atividades-fim, sendo, em geral, dispensadas da observância da licitação em caso de comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com sua atividade.

Nos termos do art. 51, promove importante mudança visando a dar celeridade ao certame. Inverte as fases de habilitação e julgamento. Do mesmo jeito que o candidato a concurso público não está obrigado a demonstrar os requisitos para a posse no cargo público (Súmula 266, STJ), o licitante só demonstrará seus requisitos quando da contratação. A disputa iniciava-se com a habilitação, o que dispndia muito tempo, e a maioria dos disputantes obviamente não chegava às fases seguintes.

O artigo 58 da LE confere margem de discricionariedade para eleger os documentos de habilitação. Não há exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, como na norma geral (art. 27, Lei n.º 8.666/1993). Sundfled (p. 122) defende que pode ser exigida:

Não vemos inconstitucionalidade na indicação da regularidade fiscal como condição de habilitação. Não se deve dar ao art. 37 XXI da CF interpretação literal, concluindo que, pelo fato de não haver sido mencionada, ela é insuscetível de exame. Se tal compreensão fosse legítima, seria impossível, p.ex., evitar a participação em licitação de empresa declarada inidônea em decorrência da prática de ato ilícito visando a frustrar os objetivos da licitação; ter-se-ia apenas de verificar sua capacitação técnica e econômica, jamais sua idoneidade em sentido amplo.

Seguindo, pois, entendimento de Sundfeld e de Bittencourt (2017, p. 267), o atendimento deste requisito já se encontra implícito no próprio art. 58, pois aduz a condições de contrair obrigações e à capacidade financeira da empresa.

Portanto, com fulcro no art. 195 da Constituição Federal, deverá ser exigida prova de regularidade para a seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e de regularidade trabalhista, instituída pela Lei n.º 12.440/2011. “Não há previsão na Lei das Estatais de comprovação de regularidade quanto à Fazenda, motivo pelo qual não deverá ser exigida” (BITTENCOURT, 2017, p. 287).

O artigo 56 da LE permite a correção de defeitos das propostas, e a desclassificação somente deve acontecer diante de defeitos insanáveis.

Acrescenta também os modos de disputa aberto e fechado e também a negociação com o vencedor do pregão acerca de condições mais vantajosas para o contratante (art. 57), visando a adequar a proposta aos termos do mercado para aquela contratação específica e a preferência pela oferta de lances via eletrônica. Além disso, há previsão para lances intermediários no modo de disputa aberto e, também, o reinício da disputa após a definição do melhor lance para definir as demais colocações quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente (BITTENCOURT, p. 246).

Incorpora nos seus princípios, entre outros, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, referindo-se à observância do ciclo de vida do objeto, ou seja, a sustentabilidade em todo o processo de contratação, desde o seu planejamento até a destinação adequada dos resíduos/rejeitos decorrentes da atividade.

Tem como objetivo expresso evitar o sobrepreço - quando os preços orçados na licitação forem expressivamente superiores aos valores de mercado, unitário ou global; superfaturamento, quando houver dano ao patrimônio da estatal - quantidades

superiores às efetivamente executadas ou fornecidas, deficiência na execução de obras e serviços de engenharia, alterações no orçamento que provoquem desequilíbrio econômico-financeiro a favor do contratado; e outras alterações de cláusulas financeiras que gerem custos adicionais ou reajuste irregular de preço, vedando-se também, conforme o art. 32, o fracionamento de despesa como forma de fugir à prática da licitação.

Novidade para a licitação das estatais é a autorização legal para o uso de procedimento de manifestação de interesse privado (PMI), expediente normalmente empregado em concessões ou permissões de serviços públicos, bem como em parcerias público-privadas, que permite a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, para subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos.

O art. 38 da lei estabelece inúmeros impedimentos de participação de licitação por empresa, como administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social da licitante, seja diretor ou empregado da estatal, sócio ou administrador de empresa suspensa ou impedida; ou mesmo se tiver nos seus quadros de diretoria pessoa que participou de empresa declarada inidônea. Sobre o tema, aduz NOHARA:

Veja-se que estender a penalidade aplicada a uma empresa para outra que participe da licitação em fraude, para encobrir a empresa penalizada, é uma coisa. Outra coisa, com implicações totalmente diferentes, é estender a penalidade, sem comprovação de fraude, à empresa apenas porque tem sócio comum com outra empresa anteriormente penalizada. O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, opõe-se ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, entabulado no inciso XLV do artigo 5.º da Constituição Federal (2018b).

Há uma diretriz no sentido da observação da política de integridade nas transações com as partes interessadas, ou seja, os programas de *compliance*, como também a desconsideração da personalidade jurídica, proibindo-se a participação nas licitações de sócios, diretores ou administradores de empresas suspensas, impedidas ou declaradas inidôneas.

Ademais, assim como nas parcerias público-privadas se visa à repartição objetiva de riscos, na licitação da lei das estatais há, no art. 42, X, a obrigatoriedade da previsão de uma matriz de riscos, em que se estabelecem regras referentes aos ônus financeiros decorrentes de fatos supervenientes à contratação. É uma

ferramenta de gestão que estipula responsabilidades na execução do pactuado, a fim de assegurar o equilíbrio e o cumprimento do contrato. Entretanto, tal matriz não deve obstaculizar o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Se o fizer, estará violando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Prevê-se, para as aquisições de bens, a indicação de marcas, desde que com as devidas justificativas, exigindo-se certificação de qualidade, a ser fornecida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro). Da mesma forma, a lei busca a padronização do objeto da contratação, como diretriz da norma.

Os critérios de julgamento são: 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).

A norma amplia os critérios da Lei n.º 8.666/1993, incluindo fatores como melhor conteúdo artístico, maior retorno econômico e melhor destinação de bens alienados, o que pode trazer mais vantagens para a atividade das estatais. O melhor conteúdo artístico é baseado em critérios objetivos definidos no instrumento convocatório, e o maior retorno econômico refere-se à eficiência na prestação do serviço para os fins de proporcionar economia à estatal, “na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada” (BITTENCOURT, 2017, p. 253).

No caso de empate, a Lei n.º 8.666/1993 previa a preferência a bens e produtos produzidos no Brasil ou por empresas brasileiras, e sorteio (art. 45, §2º). A Lei das Estatais indica como critérios de desempate entre duas propostas, respectivamente, a apresentação de nova proposta fechada; avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes - se houver sistema de avaliação instituído; empresas nacionais ou produtos produzidos no Brasil; e para bens e serviços de informática e automação, os produtos com tecnologia desenvolvida no país; e, finalmente, sorteio (art. 55).

8 Dos contratos

Na Lei das Estatais, os contratos regulam-se pela norma e pelos preceitos de direito privado. Saliente-se que os contratos da Lei n.º 8.666/1993 regulam-se pelos preceitos de direito público, apenas supletivamente aplicando-se as disposições de di-

reito privado, com admissão de algumas cláusulas exorbitantes, como a possibilidade de rescisão contratual em caso de atraso justificado (art. 82, §1º), possibilidade de aplicação de sanções (art. 82 e 83), por exemplo, quando do atraso injustificado na execução do contrato ou inexecução total ou parcial da avença, concedendo maior autonomia para as estatais.

A sua maior autonomia de atuação pode ser evidenciada pela liberdade, por exemplo, no artigo 69, de definir tipificações de infrações, casos de rescisão de contrato e mecanismos para alteração de seus termos e a distribuição dos riscos da contratação, mediante matriz de riscos; e liberdade para eleição do foro competente, não sendo prevista a obrigatoriedade de definição do foro da sede da Administração (art. 55, §2º, Lei n.º 8.666/1993).

Estipula a garantia de 5% do valor do contrato, podendo chegar a 10% no caso de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, com duração, em regra, de cinco anos, permitindo prazos mais longos, por exemplo, quando seja prática rotineira no mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere a realização do negócio.

Há o sistema de pré-qualificação, mecanismo que antecede a licitação, prevista no art. 64 da Lei n.º 13.303/2016, podendo ser utilizada no sentido de identificar fornecedores com condições de habilitação exigidas, relativos a obras, serviços e fornecimento de bens com prazos, locais e condições previamente estabelecidos. E o registro de preços, pelo qual se convocam fornecedores interessados que, selecionados mediante licitação, dentro das necessidades, conveniência e natureza do objeto, fornecem bens pelo preço classificado durante o prazo de validade do registro, geralmente utilizado para compras de material (art. 15), com celeridade, sob risco de prejudicar as atividades da estatal.

Permitem-se contratos verbais, no caso de pequenas despesas de pronta entrega, mas com registro contábil e recibo, para fins de controle e transparência. Admite-se também contratação simultânea de mais de uma empresa para a execução do serviço de mesma natureza, quando possa ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado, mantido um controle individualizado da execução do objeto contratual relativo a cada um dos contratados.

Não foi estabelecida sanção para a recusa do licitante em assinar o contrato, podendo convocar os remanescentes ou revogar a licitação, não havendo prazo para a assinatura, como na Lei n.º 8.666/1993, que era de 60 dias. Porém, conforme Bittencourt:

O adjudicatário faltoso não apenas decai do direito de contratar, pois também são cabíveis e necessárias penalizações por esse ato, ainda que a LE tenha silenciado a respeito. (...). É uma responsabilidade pré-contratual, passível de sanção por descumprimento. (2017, p. 333).

A subcontratação pode ser realizada até o limite admitido no edital e desde que o subcontratado tenha a mesma qualificação técnica do contratado e não tenha participado do certame direta ou indiretamente.

Nos contratos de eficiência, o critério de julgamento é o maior retorno proporcionado à Administração, estabelecendo-se sanções pelo não atingimento do resultado previsto.

No art. 45, a LE prevê a possibilidade de ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega, o que já constava expressa na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004).

Em contratos de projetos ou serviços técnicos especializados, os direitos patrimoniais e autorais passam a ser de propriedade da empresa estatal contratante, sem prejuízo da preservação da identificação dos autores e de sua responsabilidade técnica.

Flexibiliza o procedimento licitatório, aproximando-o das práticas de contratações adotadas no âmbito da iniciativa privada. Nesse sentido, abrandou o rigor das regras de licitação contidas na Lei n.º 8.666/1993. Justen Filho (2016) defende essa disciplina mais flexível nos seguintes termos:

A disciplina das licitações e contratações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica deve ser compatível com as práticas de mercado. Mesmo aquelas relações jurídicas não relacionadas diretamente com a atividade central da empresa, que configura o seu objeto social, deve ser subordinada a regime jurídico menos formalista. Assim, suponha-se o exemplo de contratações relacionadas com o desenvolvimento de novos produtos, com programas de comunicação social e com a obtenção de insumos para produtos e serviços, as quais devem ser compatíveis com as práticas adotadas de modo genérico pelas demais empresas que atuam no mesmo setor. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 287).

O art. 71 da LE permite a celebração de contratos por prazo superior a cinco anos, nos casos de projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa ou em que a

pactuação por prazo superior seja prática rotineira de mercado, e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio e por prazo indeterminado, quando ajustados com concessionárias de serviços públicos, desde que prestados por um único fornecedor.

Ressalte-se, ainda, o art. 72, o qual estipula que “os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes” (BRASIL, 2016). É mais uma inovação e difere do disposto no art. 65, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993, que prevê a hipótese de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública contratante. Assim, estabelece-se uma relação de horizontalidade entre a empresa estatal e o particular, retirando daquela uma prerrogativa conferida pela lei geral à Administração Pública (PEREIRA, 2016, p. 3).

Em sentido oposto, porém, muitas vezes a LE pende para um regime mais publicista e menos privatista. É o caso, por exemplo, da adoção de regime mais benéfico conferido às micro e pequenas empresas, estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 (BRASIL, 2006), alterada pela Lei Complementar 147/2014 (BRASIL, 2014), estendido ao microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar e sociedades cooperativas, conforme art. 28, § 1º, da Lei n.º 13.303/2016. A preferência estabelecida pela LC 123/2006 às estatais é alvo de críticas feitas por Justen Filho (2016,), que, após admitir a utilização do instituto como decorrente de um juízo político para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, diz que não é adequado aplicá-lo às estatais, pois:

Compromete a exigência de eficiência, eis que a empresa estatal é constrangida a pagar valores superiores aos que poderia obter no mercado pelos mesmos produtos e serviços. Isso se traduzirá em redução de sua capacidade competitiva. Assim se passará porque os seus competidores não se subordinarão a idêntico regime e poderão contratar bens e serviços pelo menor preço possível. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 296).

No entanto, o incentivo às micro e pequenas empresas é relevante, tendo em vista a sua importância no âmbito econômico, como geradoras de empregos e renda.

A lei se aproximou do sistema de Direito Público ao atribuir responsabilidade objetiva ao contratado pelos danos que causar a terceiros ou à empresa contratante na execução do contrato, conforme prescreve o art. 76. É de ressaltar que a Lei n.º 8.666/1993, de caráter eminentemente público e que impõe nítida re-

lação de verticalidade entre a Administração Pública e o particular, estabelece, no art. 70, “relação mais paritária quanto à responsabilidade do contratado, que somente responderá pelos danos que causar se agir com culpa ou dolo” (PEREIRA, 2016, p. 6).

Ora, se o art. 68 da LE determina que os contratos celebrados pelas empresas estatais se regulam pelos preceitos de Direito Privado, cuja regra é a da responsabilidade subjetiva, e não se tratando de relação de consumo, o único fundamento que se vislumbra para a responsabilidade objetiva do particular pelos danos que causar durante a execução do contrato é a prevalência do interesse público, representado pela empresa estatal, sobre o privado, representado pelo contratado. Nesse caso específico, a Lei n.º 13.303/2016 afasta-se do regime próprio de Direito Privado e se aproxima do Direito Público, situando-se excepcionalmente em posição de verticalidade em relação ao particular que com ela contrata.

Outro dispositivo legal de natureza eminentemente pública é o art. 77, § 1º, que repete o art. 71 da Lei n.º 8.666/1993, no sentido de que a empresa pública e as sociedades de economia mista não respondem pela inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais por ele assumidos.

9 A aplicação das sanções administrativas e recurso

Com o advento da Lei das Estatais, discute-se acerca do direito a recurso na esfera administrativa, vez que as demais disposições processuais, com a exceção às inovações pontuais (v.g., o prazo para defesa prévia), permanecem no geral inalteradas.

A Lei Geral de Licitações (8.666/1993) rege, em seu Capítulo IV, as sanções administrativas, compreendidas entre os artigos 86 e 88. Nesses dispositivos, constam quatro tipos, quais sejam: a) advertência; b) multa; c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Na mesma linha, a Lei n.º 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, prescreve em seu art. 7º a sanção administrativa de impedimento de licitar e contratar por um período de até cinco anos. Tal penalidade é aplicável, entre outras situações, aos casos em que a contratada retarda a execução de seu objeto.

A Lei n.º 3.303/2016 estabelece a prerrogativa das empresas estatais de punir os contratados com advertência, multa e sus-

pensão temporária do direito de licitar e de contratar com a entidade sancionadora, sanções essas previstas no art. 83, podendo ser aplicadas cumulativamente. Mas não prevê a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública prevista na Lei n.º 8.666/1993.

O direito de punir da Administração decorre exatamente da condição de prevalência do interesse público em relação ao privado. Conforme ensina Pereira:

A possibilidade de imposição de penalidades contratuais pela Administração Pública é uma característica típica dos contratos administrativos (cf. art. 58, IV, da Lei n.º 8.666/1993). O contratante público vale-se de suas competências próprias para apurar infrações e aplicar as sanções cabíveis. (PEREIRA, 2016, p. 529).

Como já asseverado, a Lei das Estatais não prevê a possibilidade de reavaliação, pela própria Administração, a partir da interposição de recurso administrativo pela contratada, como na Lei n.º 8.666/93, em que eram previstos a representação e o pedido de reconsideração (art. 109, I, II e III). Esse recurso único (art. 59, Lei n.º 13.303/16) se consubstancia em um dos pontos mais polêmicos em matéria de sanção administrativa na nova legislação.

Comenta Bittencourt (2017, p. 288) que, com a mesma sistemática da Lei do Pregão, a fase recursal se caracteriza pela unicidade, “a não ser quando houver inversão de fases, quando poderá ser interposto após a fase de habilitação e a de julgamento” (2017, p. 288). Assim, a unicidade se caracteriza pela oportunidade de recurso em relação ao julgamento de todas as questões, sem suspender o procedimento entre as fases:

Os recursos deverão ser apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação (ou seja, da intimação da decisão ou da lavratura da ata) e contemplação, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência das fases de julgamento e de verificação de efetividade dos lances ou propostas. (2017, p. 290).

A possibilidade de recurso tem respaldo nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, quando asseguram o direito de petição e ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa, e também na Lei n.º 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo e prevê tramitação de recursos no máximo por

três instâncias (art. 56, §3º). Entretanto, pode-se arguir que a LE é específica e mais recente, prevalecendo, então, sobre a lei do processo administrativo.

10 O sigilo do orçamento

O orçamento, em regra, deve ser sigiloso, podendo ser divulgado mediante justificativa ou quando o julgamento for por maior desconto (art. 34). É mais uma inovação referente à Lei n.º 8.666/1993, que assegura a sua divulgação no edital. Visa a garantir a competitividade e a isonomia entre os licitantes. Discute-se se esse sigilo não seria prejudicial para as negociações com os disputantes, porém manter o sigilo do orçamento pode significar resguardar valores dentro do planejamento de despesas da entidade.

A publicidade do orçamento pode resultar em que os licitantes formulem suas propostas tendo como referência o valor disponível para aquela contratação, acarretando prejuízo à Administração Pública.

A Lei n.º 12.462/11, que regula o RDC, e a Lei n.º 13.303/16 preveem o sigilo do orçamento estimado do contrato. Para Marçal Justen Filho, havendo competição satisfatória, é irrelevante o conhecimento do valor do orçamento:

Quem conhecer o valor do orçamento adquire uma vantagem indevida na competição. Há um segundo problema, que envolve hipóteses em que o orçamento apresenta defeitos, que o tornam inexecutável. A ausência de divulgação torna impossível a revelação dos defeitos. Enfim, existe uma outra questão, que é surreal: se a melhor oferta for superior ao valor do orçamento, inicia-se uma negociação para redução do seu valor sem divulgação do referido valor. (2018, p. 7)

Pela Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/11), qualquer interessado pode ter acesso aos termos do contrato e cópia autenticada do inteiro teor ou partes, ressarcindo os custos, salvo exceções, como as informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado ou em face do interesse público, classificadas como reservadas, secretas e ultrassecretas (art. 24).

A Lei das Estatais, em seu artigo 86, §4º, garante o sigilo de informações revestidas de sigilo bancário, estratégico, comercial e industrial. Como ressalta Bittencourt (2017, p. 376), as estatais deverão atribuir o grau de confidencialidade dos documentos e informações sigilosas ao fornecer documentos aos órgãos de controle, os quais se tornarão corresponsáveis pela manutenção sigilosa.

Portanto, a discussão, por exemplo, sobre a possibilidade ou não de sigilo do orçamento prevista na LE não teria fundamento legal, eis que a restrição é plenamente garantida tanto pela Lei das Estatais como pela Lei n.º 12. 527/11, haja vista o interesse da Administração Pública.

Entretanto, há garantia constitucional da publicidade. E, de outro lado, as estatais são pessoas jurídicas de direito privado, portanto, atuam sob as regras de mercado. Contudo, o Tribunal de Contas da União, em julgamento recente, decidiu pela publicidade dos orçamentos:

Licitação. Empresa estatal. Edital de licitação. Orçamento estimativo. Divulgação. Princípio da publicidade. Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento. (Acórdão 1.502/2018).

Acerca do momento de ser tornado público o orçamento, há casos em que deverá ser divulgado já no edital, da mesma forma que não pode ser alterado durante o certame, a não ser quando houver falha, passível de ser retificado. Assim, evita-se revogar a licitação, por economicidade, salientando que deverá ser disponibilizado a qualquer momento aos órgãos de controle interno e externo, como se dispõe:

Será facultado à estatal conferir publicidade ao valor estimado mediante justificativa (sendo essa a exceção). No caso da licitação adotar o critério de julgamento maior desconto, o orçamento deverá vir expresso no edital. Caso seja adotado melhor técnico, o valor do prêmio ou remuneração deverá ser incluído expressamente no instrumento convocatório. A Lei das Estatais não possui previsão de quando o orçamento deve se tornar público, como por exemplo ocorre na legislação do RDC, prevendo que o orçamento é divulgado no encerramento d licitação. Observe que, mesmo o orçamento sendo sigiloso, é obrigatório que ele tenha sido confeccionado e finalizado na etapa interna da licitação, antes da divulgação do instrumento convocatório. (...) assim, uma vez definido o orçamento, não pode ser alterado na fase externa sob a alegação de que é sigiloso. Contudo, sendo encontrado defeito no orçamento na fase da licitação (externa), o Professor Cesar A. Guimarães Pereira en-

tende que o defeito poderia ser convalidado pela correção do orçamento na fase externa mesmo, por ser solução mais econômica e eficiente do que efetuar novo certame pela revogação do primeiro. (VIANNA CONSULTORES, 2018, p. 1).

Além disso, é importante que o edital defina quando cessará o sigilo, para que os licitantes tenham acesso a fim de, se necessário, apresentar recurso administrativo. Sobre o tema, vale transcrever Rossetti (2018, p. 2):

Uma análise sistêmica sobre o disposto no caput do art. 31, no caput do art. 34, do inciso IV e do parágrafo 4º do artigo 56, além do parágrafo 1º e 3º do artigo 57, todos da Lei Federal 13.303/2016, torna possível identificar uma opção pelo legislador pelo orçamento sigiloso como regra (...). Mas conjugar a sistemática legal – que equipara o valor estimado ao máximo que se pretende contratar – à orientação do TCU, levaria à grave consequência de que em todas as licitações da estatal, seria necessário divulgar o orçamento no ato convocatório. Ainda que a estatal adotasse o orçamento como um critério ‘estimativo’, invariavelmente compreenderia subsídio para avaliar a ‘aceitabilidade das propostas’ na licitação, o que redundaria no mesmo reflexo. Do contrário, o julgamento seria subjetivo, o que não se admite. Por essa razão, tendo em vista a teleologia do regime jurídico presente na Lei n.º 13.303/2016 – que institui o sigilo do orçamento como regra geral -, tem-se orientado às estatais preverem nos atos convocatórios que o orçamento será divulgado quando do julgamento das propostas.

A questão, portanto, é que, embora sigiloso o orçamento, cabe à estatal divulgar o orçamento pelo menos quando do julgamento das propostas, a fim de tornar transparente o processo e dar oportunidade de recurso. Dessa forma, atende-se às exigências do mercado, da competitividade e aos princípios da publicidade, transparência e isonomia.

11 Outros aspectos e o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional

No tocante à disposição das cláusulas necessárias, percebe-se uma ampliação naquelas que deverão tipificar infrações, casos de rescisão e mecanismos para alteração. Toda matéria normativa relacionada com casos de alteração contratual fica agora condicionada à dinâmica do regime de consensualidade.

Conforme JUSTEN, o sistema de licitações e contratações públicas vigente no Brasil, previsto nos diversos diplomas, é basicamente ineficiente e tem se mostrado inadequado ao longo de décadas. Para o autor, o Estado brasileiro é extremamente intervencionista e assistencialista, o que acarreta uma enorme quantidade de contratações públicas – todas precedidas, em princípio, de licitação:

O primeiro aspecto a ser reformado no direito brasileiro é definição clara e precisa da natureza instrumental da licitação: a licitação é um meio para atingir certos resultados. O segundo aspecto essencial é a definição mais precisa dos fins a serem atingidos. O terceiro é assegurar a mais ampla participação possível dos interessados. E o quarto é reduzir a assimetria de conhecimento, que conduz a Administração a contratar aquilo que não necessita ou comprar extremamente mal, mesmo quando paga pouco. Em todos os países do mundo, existem mecanismos de adaptação contínua nos processos licitatórios, visando realizar esses objetivos. Esses mecanismos se traduzem na redução do autoritarismo dos procedimentos e na utilização mais intensa possível dos mecanismos de mercado para benefício dos interesses a serem satisfeitos pela Administração Pública (2018, p. 3).

Ressalte-se que se as normas da Lei n.º 13.303/2016 são consideradas melhores, mais flexíveis e não contrariam o regime jurídico administrativo, pode-se estendê-las à Administração Pública em geral, substituindo a Lei n.º 8.666/1993 (NIEBURH, 2016, p. 1).

O Decreto 8945/2016, que regulamenta a lei no âmbito federal, remete, em seu art. 71, parte das regras aos regulamentos internos a serem elaborados pelas estatais, especialmente quanto aos procedimentos auxiliares das licitações (Lei n.º 13.303/16, art. 63 a 67); procedimento de manifestação de interesse privado (art. 31, §4º), lances eletrônicos (art. 32, §4º), matriz de riscos (art. 42, X), a política de integridade nas transações com partes interessadas (art. 32, V) e disponibilização na internet.

Cabe, pois, a cada estatal, seguindo os ditames da legislação, dentro da margem de discricionariedade autorizada, pormenorizar seus procedimentos e também os demais tópicos previstos na lei e no Decreto - quando for empresa pública e sociedade de economia mista federal -, dispondo-se também que as decisões sejam preferencialmente de forma colegiada (art. 71, §1º).

Marçal Justen Filho dispõe sobre algumas formas de se efetivar contratações com mais eficiência: a primeira exigência seria a padronização de entendimentos; a segunda é a estabilidade

dos entendimentos; a compreensão do contexto em que se encontra o administrador, necessidades e as limitações existentes; e a quarta exigência, a alocação de recursos materiais e humanos adequados (2018, p. 8). Além disso, faz-se necessário o controle, a transparência em busca da eficiência nas contratações, tão importantes na atuação das empresas estatais.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 6.814/2017, já aprovado no Senado Federal sob n.º 559/13, visando a estender a legislação a toda a Administração Pública, inclusive com a inclusão da modalidade do diálogo competitivo, já usada em países da Europa, em que a Administração Pública desenvolve com os licitantes previamente selecionados alternativas para atender diretamente às suas necessidades, principalmente em casos de inovação tecnológica ou de tecnologias de domínio restrito no mercado (CONJUR, 2016, p. 2).

12 Dos meios alternativos de resolução de conflitos

A questão do recurso único previsto na lei (art. 59) remete à possibilidade de utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos – MARC pelas estatais.

São utilizados em vários países, como Estados Unidos, Canadá, Espanha, França, Argentina e desde os anos 1990 vem se desenvolvendo no Brasil.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.º 125, a qual dispõe sobre meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação. Foi uma mudança de paradigma no Brasil, seguindo-se a Lei n.º 13.140/2015, marco legal da mediação no Brasil, que prevê, entre outros, a criação de câmaras de solução administrativa dos conflitos envolvendo a Administração Pública. O Código de Processo Civil de 2015 consagrou a tendência conciliatória visando a prevenir e reduzir as demandas do Poder Judiciário.

Os mecanismos podem ser autocompositivos, como a conciliação e a mediação, em que as próprias partes buscam o consenso entre si; e heterocompositivos, como a arbitragem, em que um terceiro escolhido pelos litigantes, o árbitro, decide a questão.

Geralmente, a conciliação é utilizada para solucionar um litígio mais objetivo, superficial. A mediação é usada em conflitos mais subjetivos, visando também a preservar a relação, seja familiar, contratual, corporativa. Mas nada impede que a conciliação se converta em mediação, e vice-versa. Sobre a distinção, vale transcrever DIAS e FARIA:

Tanto na mediação quanto na conciliação, tem-se a figura de um terceiro, imparcial, com a função de auxiliar os envolvidos, a quem não cabe resolver o problema, mas exercer um papel de incentivador da solução do conflito. O conciliador tem um papel mais ativo, pois além de conduzir o diálogo, apresenta propostas e sugestões para a solução do conflito. Já o mediador tem uma atuação mais reservada, abstenendo-se de propostas ou sugestões, porém, através do seu conhecimento técnico, acompanha o diálogo e atua no sentido de esclarecer aspectos inerentes às questões litigiosas que podem colaborar para que as partes alcancem um consenso. (2016, p. 27).

Quanto à mediação, ressalte-se a opinião de Serpa:

Processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como o agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalizador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas (1997, p. 105).

São formas de resolver litígios com celeridade e aplicável também na Administração Pública Direta e Indireta. O Tribunal de Contas da União, inicialmente, vedava a utilização dos MARCs, fundamentado na supremacia do interesse público, mas alterou seu entendimento, da mesma forma a jurisprudência sobre a matéria:

O Tribunal de Contas da União inicialmente era contrário à arbitragem nos contratos administrativos, por afronta aos princípios do direito público, conforme acórdãos 537/2006 e 1.099/2006. Entretanto, a orientação foi modificada, como se vê no acórdão 2145/2013, Rel. Benjamin Zymler, no qual se especificou que “há a possibilidade de cláusula arbitral, desde que justificada técnica e economicamente”. Do ponto de vista jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aceitou que a Administração participasse de disputa arbitral se houvesse *interesse patrimonial disponível*, conforme decisão datada de 2005 (AR no MS 11.308), na qual se menciona artigo de Arnaldo Wald, Gusmão Carneiro, Alencar e Dourado, em que os autores defendem que: “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo

uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para defesa do interesse público". (NOHARA, 2018^a, p. 3).

Os procedimentos encontram-se respaldados, por exemplo, na Lei n.º 13.140/2015, que dispõe sobre mediação, inclusive quando forem partes empresas estatais, na via judicial e extrajudicial (art. 38); e na Lei n.º 13.129/2015, a qual alterou a lei de arbitragem, instituindo esse método de heterocomposição na Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, "que deve ser de direito [e não de equidade] e respeitar ao princípio da publicidade" (art. 1º, §3º, Lei n.º 9.307/1996). Conforme Bacellar Filho:

"A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda". (2007, p. 193).

Ressalta NOHARA (2018b) que a Lei n.º 11.079/2004 (parcerias público-privadas), em seu art. 11, previu, em caráter facultativo, a arbitragem; a Lei n.º 11.196/2005 incluiu o artigo 23-A na Lei Geral de Concessões (Lei n.º 8.987/1995), prevendo os meios alternativos de resolução de conflitos nas concessões de serviços públicos em geral, o que foi seguido por outras legislações, como a Lei n.º 10.233/2001, a qual disciplina a ANTT e a ANTAQ (NOHARA, 2018b), a Lei n.º 10.848/2004, que instituiu a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, e a Lei n.º 12.815/2013, que trata da exploração de instalações portuárias pela União.

Segundo Corralo e Desordi (2018, p. 8-9), no âmbito federal, a Advocacia Geral da União antecipou-se, instituindo, através do Ato Regimental n.º 5, de 27 de setembro de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, para os fins de reduzir os litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Em nível estadual, o Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Lei n.º 14.794, instituiu o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação. O Estado foi o pioneiro na instalação de um

centro de conciliação e mediação, no mês de dezembro de 2016 (GERGS, p. 1).

O Município de São Paulo promulgou, em fevereiro de 2018, a Lei n.º 16.873, regulamentando a instalação de comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos celebrados pela Administração Direta e Indireta daquela municipalidade (SÃO PAULO, 2018).

A própria Lei das Estatais, na parte concernente ao direito societário, em seu artigo 12, parágrafo único, dispõe que a sociedade de economia mista pode solucionar, mediante arbitragem, divergências entre acionistas e sociedade, conforme seu estatuto social.

O PLS n.º 993/2013, aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, em tramitação na Câmara dos Deputados sob n.º 6.814/2017, que trata da nova lei geral de licitações e contratos públicos, também apresenta em seu texto dispositivos sobre o tema, por exemplo, para resolver litígios acerca de equilíbrio econômico-financeiro.

Da mesma forma, os certames licitatórios, os quais podem se tornar demorados por discussões judiciais, dentro do âmbito da disponibilidade podem ter uma solução entre as próprias partes, mediante consenso e com celeridade, assegurando-se a supremacia do interesse público.

Conclusão

A Lei n.º 13.303/2016 é uma norma que regula disposições aplicáveis às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, destacando-se da norma geral que, anteriormente, regulava as licitações e os contratos administrativos da Administração Pública Direta e Indireta, incluindo outras disposições, como governança corporativa e regime societário.

Pode-se ressaltar a obrigação das estatais de elaborarem um regulamento interno de licitações e contratos, permitindo que estas ajustem as normas legais às peculiaridades inerentes a cada uma delas, além de itens como regimes de execução por contratação integrada e por contratação semi-integrada, regime diferenciado de contratação, pregão, aumento dos limites para contratação direta em razão do valor do objeto, possibilidade de alteração desses valores pelo Conselho de Administração e novos critérios de julgamento das propostas, de desempate, sanções e procedimentos.

A norma busca ser atualizada e célere, por exemplo, em termos de mercado e de tecnologias, nos procedimentos de contra-

tação e reduz a questão dos recursos administrativos. Entretanto, a Constituição Federal garante a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, podendo resultar, pelo esgotamento da esfera administrativa, na busca ao Poder Judiciário.

Discutiram-se também aspectos das licitações e contratações, a inversão de fases entre julgamento e habilitação, o sigilo do orçamento, as sanções, os recursos, destacando-se a possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos como forma de levar celeridade aos certames licitatórios.

A LE se aproxima do regime de direito privado, por se referir a empresas que atuam diretamente no mercado, mas que realizam também atividades econômicas ou serviços de interesse e com recursos públicos, materializando a presença do Estado, razão pela qual também devem se aproximar do regime de direito público.

Assim, objetiva-se modernizar, ampliar o controle, a fiscalização, a eficiência e a transparência, para os fins de aumentar a solidez e a competitividade das estatais, inclusive discutindo-se estender pontos dessa legislação a toda a Administração Pública ainda regulada pela norma geral da Lei n.º 86.66/1993.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BILAC, Pinto. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas**. Revista de Direito Administrativo – seleção histórica, p. 257-270, Rio de Janeiro, 1991.

BITTENCOURT, Sidney. **A nova lei das estatais**. Belo Horizonte: Ed. Jhmizuno, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 6814/17**. Institui normas para licitações e contratos da Administração pública e dá outras providências. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 29 jan 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 dez 2018.

_____. **Decreto n.º 8.945, de 27 de dezembro de 2016**. Regulamenta, no âmbito da União, a lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das estatais. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 11 fev 2019.

_____. **Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio

de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 jun. 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 17 dez 2018.

_____. **Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 dez 2018.

_____. **Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre arbitragem. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 25 jan 2019.

_____. **Lei Federal 12.462, de 04 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas RDC. Diário Oficial da União, Brasília, 5 ago. 2011. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 02 dez 2018.

_____. **Lei Federal n. 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. Diário Oficial da União, Brasília, 01 jul. 2016. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12 dez 2018.

_____. **Senado Federal. Projeto de lei 559/13.** Institui normas para licitações e contratos da Administração pública e dá outras

providências. Disponível em www25.senado.leg.br. Acesso em 22 jan 2019.

_____. **Tribunal de Contas da União.** Acórdão 1502/2018. Plenário. Em 04 jul 2018. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em www.contas.tcu.gov.br. Acesso em 09 fev 2019.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico. **Projeto que altera a lei de licitações é aprovado no Senado.** Ed. 14 dez 2016. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 20 jan 2019.

CORRALO, Giovani da Silva e DESORDI, Danubia. **Mediação na administração pública municipal: aplicação da lei 13.140/2015 às municipalidades.** Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Salvador, v. 4, n. 1, p. 1-17, Jan/Jun. 2018.

COSTA, Diego V; BAUMANN, Marcelo L; SANTOS, Isabel L. **Afastamento de regras sobre licitação efetiva função social das estatais.** Revista Consultor Jurídico, 17 maio 2018. In www.conjur.com.br. Acesso em 13 jan 2019.

DIAS, Luciano S.; FARIA, Kamila C. (2016). **A Mediação e a Conciliação no Contexto do Novo Código de Processo Civil de 2015.** Revista Constituição e Garantia de Direitos. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/9990/7083>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2012.

GERGS – Governo do Estado do Rio Grande do Sul (Portal Institucional). **RS é primeiro estado a ter centro de conciliação e mediação de conflitos**. Porto Alegre, 13 dez. 2016. Disponível em: <http://www.rs.gov.br/conteudo/251310/rs-e-primeiro-estado-a-ter-centro-de-conciliacao-e-mediacao-de-conflitos/termosbusca=*>. Acesso em: 17 fev. 2018.

IBGP. Instituto Brasileiro de Governança Pública. **Comparação entre leis de licitações e contratos**. Disponível em: www.forum.ibgp.net/br. Acesso em 20 jan 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A contratação sem licitação nas empresas estatais**. In: Estatuto jurídico das empresas estatais Lei n.º 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

_____. **A constitucionalidade da lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais empresárias e não empresárias**. In Revista eletrônica da PGE-RJ, v. 1, n.1, 2018. Disponível em: www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br. Acesso em 12 jan 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1979.

MOTTA, Fabrício. **Lei de licitações de estatais peca pelo excesso de regras**. Revista Consultor Jurídico, 21 jul 2016. In www.conjur.com.br. Acesso em 10 jan 2019.

NIEBURH, José de M. **Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das**

estatais. Em 8 jul 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 11 jan 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura e interesse patrimonial disponível: a fênix ou o cavalo de tróia**, 2018a. Disponível em www.genjuridico.com.br. Acesso em 26 jan 2019.

_____. **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos**. 2018b. Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em 14 jan 2019.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327-351.

PEREIRA, Gabriel Senra da C e FÁRIA, Edimur Ferreira. **O regime jurídico das empresas estatais sob a ótica da lei n.º 13.303/2016: aspectos gerais, específicos e polêmicos**. 30 dez 2017. Disponível em: www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/download/2280/pdf. Acesso em 23 jan 2019.

PIOVESAN, Filipe da Silva e CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A nova lei das estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a lei geral de licitações**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago 2017.

- ROSSETTI, Suzana. **O impacto do acórdão n.º 1.502/2018 – Plenário do TCU, sobre as licitações das estatais.** Em 29 ago 2018. Disponível em www.zenite.blog.br. **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** Acesso em 10 fev 2019.
- São Paulo. **Lei n.º 16873, de 22 de fevereiro de 2018.** Autoriza a instalação de Dispute Resolution Boards para solução de conflitos em contratos de construção feitos pelo município de São Paulo. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Disponível em www.conima.org.br. Acesso em 30 jan 2018.
- SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.
- SUNDFEL, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1995.
- TORRES, Ronny Charles L. **As licitações públicas na nova lei das estatais (Lei federal n.º 13.303/2016).** Revista Jus navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4974, 12 fev 2017. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 13 jan 2019.
- VASCONCELOS, Meggie L. **Lei das estatais – pontos interessantes e inovações da nova lei das estatais.** 2016. Disponível em: <https://meggielecioli.jusbrasil.com.br/artigos/360344232/lei-das-estatais-pontos-interessantes-e-inovacoes-da-nova-lei-das-estatais>. Acesso em 16 jan 2019.
- VIANNA CONSULTORES, 2018, p.1). Orçamento sigiloso nas licitações das estatais. 2018. Disponível em: www.viannaconsultores.com.br. Acesso em 10 fev 2019.
- ZYMLER, Benjamin. **Estatuto jurídico das empresas estatais.** Palestra realizada em 29 maio 2017. Disponível em: www.fgvprojetos.fgv.br. Acesso em 12 jan 2019.

Anexo I

Quadro comparativo entre Lei n.º 8.666/1993 e 13.303/2016

Tabela I - Sobre modalidades de licitação

Lei n.º 8.666/1993	Lei n.º 13.303/2016
<p>Art. 22. São modalidades de licitação:</p> <p>I - concorrência;</p> <p>II - tomada de preços;</p> <p>III - convite;</p> <p>IV - concurso;</p> <p>V - leilão.</p>	<p>Art. 32.</p> <p>(...)</p> <p>IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei n.º 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.</p>

Fonte: IBGP

Tabela II - Sobre as fases da Licitação

Lei n.º 8.666/1993	Lei n.º 13.303/2016
<p>Seção II - Da Habilitação</p> <p>Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:</p> <p>I - habilitação jurídica;</p> <p>II - qualificação técnica;</p> <p>III - qualificação econômico-financeira;</p> <p>IV - regularidade fiscal e trabalhista;</p> <p>V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.</p> <p>Seção III - Dos registros cadastrais</p> <p>Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.</p>	<p>Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:</p> <p>I - preparação;</p> <p>II - divulgação;</p> <p>III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;</p> <p>IV - julgamento;</p> <p>V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;</p> <p>VI - negociação;</p> <p>VII - habilitação;</p> <p>VIII - interposição de recursos;</p> <p>IX - adjudicação do objeto;</p> <p>X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.</p> <p>(...)</p>

Seção IV - Do procedimento e Julgamento

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

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

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

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

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

V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;

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

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

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

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

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

XI - outros comprovantes de publicações;

XII - demais documentos relativos à licitação.

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

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

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

III - capacidade econômica e financeira;

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

Fonte: IBGP

Tabela III - Contratos administrativos

<p>Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.</p>	<p>Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado</p>
<p>Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:[...] VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; [...]</p>	<p>Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:[...] VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas; VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos [...]</p>
<p>Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente [...] II - rescindi-los, unilateralmente [...] III - fiscalizar-lhes a execução [...]</p>	
<p>Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração; II - por acordo das partes: [...] §1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões [...]</p>	<p>Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes [...] Art. 81. Os contratos celebrados [...] contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: [...] §1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais , os acréscimos ou supressões [...]</p>
<p>Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.</p>	

<p>Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão [...]</p> <p>Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:</p> <p>Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:</p> <p>I - [...] ato unilateral e escrito da Administração [...]</p> <p>II - amigável, por acordo entre as partes [...]</p> <p>III - judicial, nos termos da legislação [...]</p>	
<p>Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. [...]</p>	<p>Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. [...]</p>
<p>Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:</p> <p>I - advertência;</p> <p>II - multa [...]</p> <p>III - suspensão temporária [...]</p> <p>IV - declaração de inidoneidade [...]</p> <p>§2º [...], facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.</p>	<p>Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:</p> <p>I - advertência;</p> <p>II - multa [...]</p> <p>III - suspensão temporária [...]</p> <p>§2º [...] devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.</p>
<p>Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:</p> <p>I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis [...] nos casos de:</p> <p>[...]</p> <p>e) rescisão do contrato [...]</p> <p>f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa [...]</p>	<p>Art. 59. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá fase recursal única.</p> <p>§ 1º Os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplarão, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei.</p> <p>§ 2º Na hipótese de inversão de fases, o prazo referido no § 1º será aberto após a habilitação e após o encerramento da fase prevista no inciso V do caput do art. 51, abrangendo o segundo prazo também atos decorrentes da fase referida no inciso IV do caput do art. 51 desta Lei.</p>

Fonte: PIOVENSAN e CRISTOVAM (2017, p. 239-240).