



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

SINVAL COSTA FILHO

LICITAÇÕES NO REGIME DA LEI 13.303/2016 – LEI DAS ESTATAIS:
AS FASES DA LICITAÇÃO

RECIFE

2018

SINVAL COSTA FILHO

**LICITAÇÕES NO REGIME DA LEI 13.303/2016 – LEI DAS ESTATAIS:
AS FASES DA LICITAÇÃO**

Monografia apresentada como
Trabalho de Conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco.

Orientador:

Prof. Manoel de Oliveira Erhardt

RECIFE

2018

*“A mente que se abre a uma nova
ideia jamais voltará ao seu tamanho
inicial”.*

Albert Einstein

RESUMO

COSTA FILHO, Sinval. **LICITAÇÕES NO REGIME DA LEI 13.303/2016 – LEI DAS ESTATAIS: AS FASES DA LICITAÇÃO**. 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

Com o advento da Lei nº 13.303/2016, chamada Lei da Estatais, um novo regime de licitações e contratos passou a reger as novas licitações e contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista. Como qualquer legislação que trate de assunto tão relevante e complexo como o em tela, a Lei da Estatais trouxe muitas inovações e, com elas, dúvidas e dificuldades na sua implementação. Desta forma, diversos autores tratam do tema com o lançamento de obras doutrinárias acerca do assunto e, nesta esteira, é importante que o mundo acadêmico também invista no conhecimento e discussão do assunto, pois as licitações são os mecanismos utilizados na busca do interesse público que deve ser perseguido não apenas pela Administração Pública, mas por toda a sociedade.

Palavras-chave: Licitações, Lei das Estatais, Lei nº 13.303/2016.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. PANORAMA GERAL	7
2. SEQUÊNCIA DE ATOS DA LICITAÇÃO	13
2.1. A PREPARAÇÃO	11
2.2. A DIVULGAÇÃO	17
2.3. FASE DE LANCES	18
2.4. JULGAMENTO	20
2.5. VERIFICAÇÃO DE EFETIVIDADE DOS LANCES OU PROPOSTAS	23
2.6. FASE DE NEGOCIAÇÃO	25
2.7. FASE DE HABILITAÇÃO	26
2.8. FASE DE RECURSOS	26
2.8. ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO	27
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS	29

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.303/16 (Lei das Estatais), sancionada em 30/06/2016, surgiu mais um marco no campo das licitações públicas no Brasil. A citada Lei estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, trata de regras de transparência e *compliance* e elenca normas sobre licitações e contratos (artigos 27 ao 85).

No presente trabalho, trataremos do tema das licitações públicas, tema de forte aplicação cotidiana pelo agente público e enseja sempre discussões doutrinárias quanto à interpretação da legislação sobre o assunto.

1. PANORAMA GERAL

O tema Licitações, além de trazer no seu bojo importantes princípios constitucionais, forma um capítulo do Direito Administrativo que é trabalhado diariamente pela administração pública. Meirelles ¹ realça a vantajosidade para a Administração Pública e igualdade de oportunidade aos interessados, na conceituação:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”

A matéria, outrora regulamentada pelo Decreto-Lei nº 2.300/67, que foi recepcionado pela Carta de 1988 e teve assim seu vício de inconstitucionalidade afastado, passou para a égide, em 1993, da Lei nº 8.666, que na busca de probidade administrativa e transparência trouxe um conjunto de normas geradoras de excessiva burocracia e detalhismo, impondo forte grau de complexidade para o agente público. Apesar desse caráter e mesmo convivendo com a Lei do Pregão e a das Estatais, tal diploma legal ainda tem vigência e, além de estabelecer as normas gerais de licitação, regulamenta as modalidades ditas “tradicional” na administração pública direta, entre outros.

Licitar é a regra quando a administração pública quer contratar. Nesse ponto, trazemos à baila o mandamento legal previsto no art. 1º da Lei 8.666/93, no qual observa-se que até as entidades controladas indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão sujeitos a tal obrigação:

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

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

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2018.

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

Quanto ao universo das empresas públicas e sociedades de economia mista, sempre se buscou uma solução na área de contratação que permitisse a esses organismos uma desenvoltura que se aproximasse das empresas privadas em razão de existirem e atuarem em um mercado concorrencial na maioria dos casos. Nesse fito, a Emenda Constitucional nº 19 em 1998 foi promulgada buscando agilizar e simplificar as licitações e contratação da administração pública indireta. Pereira Júnior ², ressalta que, mesmo com a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 19, o dever de licitar continua sendo regra:

“A restrição do art. 173, § 1º, não se há de sobrepor à especialização dos arts. 22, XXVII, e 37, XXI, que a essas empresas estendem o dever de licitar sem discriminar as que fomentam a economia””

Com a Emenda Constitucional nº 19, passou a ter, o legislador brasileiro, a missão de regulamentar o tema, conforme previsão do inciso III do § 1º:

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

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

...

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

Após longo período, a Lei 13.303/16 tenta trazer avanço no que se refere à governança das empresas estatais, pois traz oportunas inovações no intuito de dotá-las de maior agilidade

2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

e eficiência. No campo das contratações, por exemplo, as estatais, de um modo geral, seguiam os ditames da Lei 8.666/93. Essa Lei prestigiou o apuro dos controles nos procedimentos de licitação e contratação públicas, mas sempre é lembrada como um conjunto de amarras à gestão pública e por vezes utilizada como desculpa do não atendimento a alguma necessidade pública da sociedade.

Sobre o assunto Jessé Torres Pereira Júnior ³, na obra “Comentário às Lei das Empresas Estatais” discorre:

“Dezoito anos após a publicação da EC nº 19/98 sobreveio a Lei nº 13.303/16 por aquela prometida, dispondo sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, impulsionada pelos escândalos de corrupção envolvendo licitações e contratações realizadas por algumas dessas entidades”.

É evidente que, ao se incluir itens de controle no processo de contratação, tem-se como consequência um processo com mais morosidade. São duas características difíceis de conciliar nesse tipo de processo, de um lado, agilidade, de outro, segurança (controle).

Nesse diapasão, a novel lei trouxe algumas inovações, na busca de dar maior agilidade aos processos de contratação das empresas públicas e sociedades de economia mista. entretanto ainda é cedo para tirarmos conclusões tomando-se por base a aplicação da mesma. Isto ocorre porque a aplicação da lei de forma obrigatória teve início no presente exercício e a maior parte das empresas públicas deixaram para implantar os novos procedimentos no fim do prazo fatal.

Podemos também adicionarmos o fato de que grande parte do agir dos agentes públicos ficará a cargo das normas internas de cada ente estatal (os regulamentos), conforme preceitua a própria lei e, acreditamos haverá a tendência da elaboração de regulamentos internos com detalhamento suficiente para amarrar de forma excessiva as rotinas de contratação. Além disso, os conceitos e princípios da Lei 8.666/93 estão fortemente arraigados e é natural que haja uma influência de tais ideias na formulação e, principalmente, na interpretação dos já citados regulamentos internos, o que não deveria ocorrer.

³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres et al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

Acerca da edição dos regulamentos, Carvalho Filho ⁴ indica a necessidade de tais normativos se adequarem ao ordenamento superior:

“Além de todo esse conjunto, a lei autoriza empresas pública e sociedades de economia mista a publicar e atualizar regulamento interno de licitações e contratos, que, como não pode deixar de ser, precisa ser amoldado às regras de superior hierarquia. Nele devem figurar cadastros, minutas padronizadas, trâmite do procedimento, formalização dos contratos e de recursos e, enfim, todo um quadro de atuação uniforme dentro da entidade (art. 40)”.

De qualquer modo, há, com a expedição da nova Lei, dois regimes, sendo um para a Administração Pública em geral e outro para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Observe-se que há empresas públicas que atuam tanto no segmento concorrencial, quanto no segmento do monopólio, a exemplo dos Correios que disponibilizam o serviço de carta (monopólio) e o serviço de encomenda (concorrencial) entre tantos outros e, ainda assim, atuará, nas licitações e contratações, sob a égide da nova lei. Além disso, a regulação do Pregão e a Lei da Micro e Pequena Empresa continuam a reger o tema para a Administração Pública direta e indireta.

Os contratos oriundos das licitações que foram realizadas pela Lei 8.666/93 continuam, na sua vigência e possíveis prorrogações, a serem regidos por essa lei.

Para o caso de o objeto a ser licitado relacionar-se à atividade-fim da empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos do artigo 28, parágrafo 3º, não haverá a obrigatoriedade de licitar.

Com esses dois regimes convivendo na atualidade, ficará mais árdua a tarefa dos agentes públicos pois, até então, com um único regime eram compartilhadas informações, treinamentos se aplicavam aos dois públicos de modo quase indistinto, plataformas computacionais de cadastro de órgãos e realizações de licitações e contratações eram utilizadas em compartilhamento. Também os operadores de Direito passam a ter uma legislação mais complexa a ser estudada e utilizada. Órgãos de controle também deverão

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2018.

envidar esforço extra para execução de suas atribuições. Portanto, espera-se que o novo ordenamento traga realmente agilidade às empresas estatais e sociedades de economia mista a fim de compensar tantas mudanças e respectivo esforço e investimento na adequação dessa nova realidade. O receio é que a Lei que trata de um tema que já está fragmentado possa ficar ainda mais confuso e não consiga atingir os objetivos almejados.

Um aspecto interessante com o advento da Lei 13.303/16 é que acaba a controvérsia quanto à constitucionalidade e aplicabilidade do Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. Durante muitos anos, a estatal conviveu com insegurança jurídica face posicionamentos diferentes, tanto por parte da doutrina, quanto por parte do STF versus TCU, pois enquanto a jurisprudência do TCU foi pacífica em declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, o STF, sempre em sede de provimento cautelar, veio admitindo a utilização do Regulamento Licitatório Simplificado. Atualmente a estatal utiliza o Regulamento de Licitações e Contratos que é aderente à novel Lei.

Essa questão dos regulamentos é antiga, conforme lembra Pereira Júnior ⁵, pois o Decreto-lei 2.300/1986 já trazia a previsão da edição dos mesmos face a peculiaridade das empresas estatais e sociedades de economia mista:

Art. 86. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, e pelas entidades referidas no artigo anterior, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, inclusive as vedações contidas no parágrafo único do artigo 85, ficarão sujeitas às disposições deste decreto-lei. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.360, de 1987)

Um dos grandes desafios do legislador brasileiro sempre foi dosar a segurança versus eficiência no campo das contratações e licitações públicas. Sempre se reclamou das “amarras” que a Lei 8.666/93 impunha às empresas estatais e sociedades de economias mista. Um setor cobrado pela sociedade a atuar de modo eficiente na persecução do interesse público, comparativamente ao setor privado, lidou com grandes obstáculos. A estrutura criada para

⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres et al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

gerir as contratações normalmente demanda mais empregados capacitados a atuar no ramo do que no privado. O procedimento de contratações muito mais complexo, demandando muito mais tempo. Tudo isso estabelecia uma grande desvantagem competitiva para as empresas estatais e sociedades de economia mista.

Se de um lado, havia a necessidade de se prezar pela segurança, por outro seria mister fornecer elementos para que essa parcela do setor público pudesse atuar com mais desenvoltura no campo das contratações. E nesse contexto, surge a Lei 13.303/16, que editada passou a atender o comando constitucional delineando as normas específicas de licitações e contratações a serem aplicadas pelas empresas estatais e sociedades de economia mista.

Um dos aspectos da Lei das Estatais que objetiva uma atuação ágil por parte do ente público é a padronização. Tratada como um princípio, aplica-se a editais e contratos racionalizando a atuação do agente público. O objeto a ser contratado deve também atender a essa diretriz através do catálogo eletrônico de padronização, é o que normatiza o Art. 63 da Lei das Estatais:

Art. 63. São procedimentos auxiliares das licitações regidas por esta Lei:

...

IV - catálogo eletrônico de padronização.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

Além facilitar e agilizar a confecção de minutas de editais e contratos administrativos por parte dos agentes públicos, a padronização enseja ganho de tempo na fase de chancela jurídica do edital e seus anexos, pois tendo tais documentos o caráter de padronização, implica em análise prévia dos modelos e com isso não será necessária a remessa ao corpo jurídico do ente estatal a cada vez que se licitar aquele mesmo objeto. Esse posicionamento é adotado por Pereira Júnior ⁶ citando inclusive jurisprudência do TCU:

⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres et al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

É efeito da diretriz de padronização de instrumentos convocatórios e contratos, prevista em seu art. 32, I. Existindo minuta padronizada, não há motivo para sua remessa à assessoria jurídica para reanálise, a cada caso concreto, desde que este, por óbvio, caiba, adequadamente, no figurino padronizado.⁷

2. SEQUÊNCIA DE ATOS DA LICITAÇÃO

A sequência estabelecida pela Lei das Estatais, para os procedimentos de licitação, estão elencados no artigo 51, *in verbis*:

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

I - preparação;

II - divulgação;

III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;

IV - julgamento;

V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;

VI - negociação;

VII - habilitação;

VIII - interposição de recursos;

IX - adjudicação do objeto;

X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.

Portanto, a Lei das Estatais adotou a lógica do Pregão em primeiro se analisar as propostas e só depois proceder a habilitação do licitante que apresentou a melhor oferta, entretanto o parágrafo primeiro do supracitado artigo permite que a fase de habilitação possa ser antecipada para os casos em que se justifique tal prática. Em ocorrendo tal antecipação, tem-se que realizar a habilitação de todas as licitantes o que, sem dúvida, dará menos celeridade ao processo. A ampla aceitação da modalidade do Pregão, entre outras coisas, foi devido à inversão de fases da licitação preconizada pela Lei 8.666/93, pois demanda menor esforço por parte do gestor público na análise de documentos e diminui a quantidade de recursos administrativos que são interpostos, fatos que impõem maior celeridade ao processo licitatório.

⁷ Acórdão nº 2.674/2014 – Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, Processo nº 004.757/2014-9

Também, nessa questão da sequência das fases, é importante ressaltar a indicação, em separado, das fases de negociação e verificação da efetividade dos lances ou propostas que a Lei estabeleceu.

A Lei, ao estabelecer tal sequência, firmou as etapas mínimas para que as empresas estatais e sociedades de economia mista realizem ao licitar e se aproximou do modus operandi do Pregão como a exemplo do momento único para recurso. Caso haja a antecipação da habilitação prevista no parágrafo primeiro do artigo 51, teremos dois momentos para recurso o que ocorre com a Lei 8.666/93. A respeito do assunto, o registro normativo do Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás praticamente reproduz o teor da Lei da Estatais expresso no artigo 59 e parágrafos, aplicando uma redação um pouco diferente:

Art. 109. A fase recursal é única, após o término da habilitação, salvo em caso de inversão de fases.

Parágrafo único. No caso da inversão de fases prevista no § 1º do Art. 51 da Lei nº 13.303, os Licitantes poderão apresentar recursos após a habilitação e após a verificação de efetividade, neste caso abrangendo os atos decorrentes das fases de verificação de efetividade e de julgamento.

Art. 110. Os recursos deverão ser apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da divulgação do encerramento da fase.

2.1. A PREPARAÇÃO

A Lei das Estatais não elencou em um rol, como assim o fez a Lei 8.666/93, as modalidades de licitação. Enquanto a Lei Geral das Licitações relacionou uma por uma modalidade, as chamadas tradicionais (Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Leilão e Concurso), a Lei das Estatais de forma direta estabeleceu a preferência, para bens e serviços comuns, pelo Pregão e, nos demais casos, forma indireta, critérios e ferramentas para, de acordo com o objeto, serem utilizados por quem vai planejar e dirigir a licitação, que poderá antecipar as fases, utilizar o modo de disputa fechado e julgar pela melhor combinação de técnica e preço, por exemplo. O importante é que o conhecimento do mercado do objeto da licitação seja bastante conhecido pelo planejador no sentido de definir as características da licitação de modo a obter uma saudável disputa entre os licitantes e a proposta mais vantajosa.

Todos os atos que o ente estatal pratica em busca de realizar a contratação, desde o planejamento até a publicação que é o início da fase seguinte, a da divulgação da licitação, devem ser públicos. Entretanto, tem caráter sigiloso o valor estimado da licitação na maioria dos casos.

Na preparação, o planejamento da solução a ser adotada é fundamental para o pleno atendimento aos ditames da Lei das Estatais. Vejamos o que dispõe o artigo 32 no seu parágrafo primeiro:

§ 1º: As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Assim, na fase de preparação é fundamental que o planejamento seja realizado por especialistas de modo a conciliar o atendimento às necessidades do ente público, a igualdade de oportunidades aos licitantes, os ditames da legislação de licitações e contratações públicas

e todo o rol de implicações carreadas pela legislação extravagante além do expressamente normatizado pelo supracitado artigo e seu parágrafo primeiro.

O levantamento do valor estimado para a contratação deverá ser realizado nessa fase. Nesse ponto, a Lei da Estatais inova em relação à Lei 8.66/93, pois por força do artigo 34 da Lei da Estatais esse valor será sigiloso. Portanto, entende-se que, do mesmo modo que as propostas no Pregão são sigilosas até o momento da sua abertura, quer seja na seção presencial, quer na eletrônica, o valor balizador da licitação não poderá ter divulgação a fim de intensificar a disputa e, por consequência, a obtenção de melhores propostas por parte da Administração Pública. Normalmente, quando há a divulgação do valor estimado, há uma forte tendência de os licitantes realizarem suas propostas com valores próximos ao estimado. Nesse ponto, o administrador público deverá agir com bastante cautela no sentido de apenas terem acesso a tal valor os agentes que lidarem diretamente com o processo, não obstante a utilização de sistemas eletrônicos para formação dos processos e de plataformas próprias para a realização das licitações. De modo prático, além de outros cuidados, o edital de licitação não trará em seu bojo o valor estimado da licitação e, ao invés disso, deverá mencionar o artigo 34 ou descrever o comando legal.

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e

interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado.

A regra do sigilo não é absoluta, pois a lei faculta à entidade contratante publicar o valor estimado da licitação, desde que devidamente justificada:

Assim, via de regra, a estimativa de custos (ou orçamento da licitação) não será publicizada aos licitantes, embora possa sê-lo, mediante decisão devidamente justificada pela autoridade competente.⁸

2.2. A DIVULGAÇÃO

Com o advento do pregão eletrônico, muitos dos custos envolvidos na licitação, tanto para a administração pública, quanto para as empresas licitantes, foram reduzidos. Contratação de representantes, viagem para participar de reuniões, despesas postais e cartorárias, e, principalmente tempo. Não há dúvida acerca da facilidade que os meios eletrônicos incorporam aos processos de um modo geral e especificamente aos de contratação. Para a administração pública, trouxe além da simplificação do processo a obtenção de disputas mais acirradas ao tempo em que empresas de todos os estados participam de determinada licitação com menores custos.

A lei da Estatais tratou disso no parágrafo segundo do artigo 51:

§ 2º Os atos e procedimentos decorrentes das fases enumeradas no caput praticados por empresas públicas, por sociedades de economia mista e por licitantes serão efetivados preferencialmente por meio eletrônico, nos termos definidos pelo instrumento convocatório, devendo os avisos contendo os resumos dos editais das licitações e contratos abrangidos por esta Lei ser previamente publicados no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município e na internet.

Na primeira parte do supracitado parágrafo, pela simples leitura da norma, chega-se a conclusão de que não apenas a publicação ou algumas fases seguintes devem ocorrer de forma

⁸ BARCELOS, Dawison & TORRES, Ronny Charles Lopes de Torres.

eletrônica, pois à medida em que o texto expressa que “os atos e procedimentos decorrentes das fases enumeradas...” impõe ao administrador público a adoção de medidas para que todas as fases estejam inseridas no mundo virtual. Assim, a fase de preparação, de negociação e de homologação também devem seguir o mesmo caminho de serem desenvolvidas com uso da informática.

O aviso de licitação com o resumo do instrumento convocatório devem ser previamente publicados no Diário Oficial e na internet. O Diário deve ser o correspondente à esfera de governo que estiver dirigindo a licitação. Neste ponto podemos observar uma diferença quanto ao regido pela Lei 8.666/93, pois enquanto essa prevê publicação em jornal, a Lei das Estatais não faz tal obrigação. Entendemos esse nível de exigência como sendo o mínimo, não excluindo a possibilidade de os regulamentos das empresas estatais e sociedades de economias mista ampliarem o rol de meio para divulgação de suas licitações. Nesse ponto, o Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás seguiu à risca a Lei:

Art. 65. A publicidade do Edital, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos potenciais interessados, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do Edital no Diário Oficial da União; e

II - divulgação do Edital em portal eletrônico.

2.3. A FASE DE LANCES

A Lei das Estatais, estabelece dois modos de disputa: o aberto e o fechado e, em determinados casos, pode a administração combinar os modos de disputa quando o objeto da contratação puder ser parcelado. Não se trata de uma ideia nova vez que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011) já assim o estabelecia:

Art. 16. Nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento.

O modo fechado é aquele em que as propostas das empresas licitantes são sigilosas até o momento determinado para a sua abertura. O momento é determinado pelo edital de

licitação que estabelece o dia e a hora de abertura e, quando ocorre de modo eletrônico, todas as propostas são abertas ao mesmo tempo. No caso de inversão de fases, estando a habilitação antes da abertura das propostas econômicas, a abertura das propostas só ocorre após a análise de toda a documentação dos licitantes uma vez que só são abertas as propostas das empresas habilitadas. No modo aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. Essa escolha de modo deve ocorrer visando ao interesse público e, desta forma, vai se buscar a proposta mais vantajosa de acordo com as peculiaridades do mercado.

Em que pese o exposto, o artigo 32 da Lei das Estatais traz como uma diretriz a ser observada a adoção preferencial do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns. Nesse ponto, o legislador não ensejou dúvidas ao citar expressamente a Lei 10.520/2002 e, desta forma, para aqueles bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos, deve o agente público enquadrar a licitação nesta modalidade. O pregão tem seu modelo contando com a disputa aberta e se, por diretriz, deve ser a modalidade preferencial, teremos por consequência que, sempre que o agente público caminhar no sentido de trabalhar com a disputa fechada, deverá dentro do bojo de justificativas, caracterizar o objeto como um bem ou serviço que não seja comum.

O artigo 53 da Lei das Estatais, indica par ao modo de disputa aberto, duas possibilidades, que constam do RDC, de obtenção de propostas mais vantajosas: os lances intermediários e a reabertura de disputa. Na primeira, temos a possibilidade de o licitante, mesmo não sendo o de melhor proposta, poder melhorar o último lance ofertado e, desta forma, posicionar-se entre as primeiras posições, prática que, em eventual mudança de cenário, possa ser declarado vencedor. No segundo, já estando encerrada a competição entre os licitantes e já estando definido o primeiro colocado, os demais são instados a ofertarem novos lances desde que não se afaste aquela proposta mais vantajosa já definida e que exista diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente. Caso ocorra igualdade de preços, vale o critério cronológico onde propostas iguais serão classificadas pela ordem de proposição. O Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás, nos artigos 72 e 73, repete os dois mecanismos previstos na Lei.

2.4. O JULGAMENTO

Os critérios de julgamento estão elencados no artigo 54:

Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I – menor preço;

II – maior desconto;

III - melhor combinação de técnica e preço;

IV - melhor técnica;

V - melhor conteúdo artístico;

VI - maior oferta de preço;

VII - maior retorno econômico;

VIII - melhor destinação de bens alienados.

O critério de julgamento deve obrigatoriamente estar previsto expressamente no instrumento convocatório da licitação, pois, caso contrário, não haveria nenhuma segurança na formulação das propostas por parte dos licitantes. O parágrafo primeiro do supracitado artigo ainda estabelece que os critérios podem ser combinados a depender do parcelamento do objeto da licitação.

Se observamos o conjunto das licitações realizadas no Brasil, veremos que o critério mais utilizado é de menor preço. Ele é um dos caminhos a serem seguidos na obtenção da proposta mais vantajosa que às vezes não é a de menor preço. Na utilização desse critério, deve o planejamento da contratação ter sido realizado com apuro, pois deve-se estabelecer o padrão mínimo que atenda à necessidade da estatal. Caso o planejamento não ocorra de modo satisfatório, em nada ajuda, o julgamento pelo menor preço que pode resultar em sérios prejuízos à Administração Pública.

Apesar de exigir que o objeto seja definido de forma clara e objetiva, a Lei das Estatais permite a exigência de amostra na fase de julgamento das propostas, desde que haja a justificativa para tanto. A exigência em tela deve ser utilizada com cautela pelo agente público

uma vez que desacelera o trâmite licitatório e encarece a participação do licitante que deve incluir, de forma indireta, no preço de sua proposta, o valor da amostra, transporte, seguros entre outros custos. Por outro, normalmente tal exigência afasta licitantes mal intencionados ou amadores que não atendem ao requerido e muitas vezes atrapalham o bom andamento dos trabalhos da equipe responsável pela licitação.

O critério de maior desconto não deixa de ser uma ramificação do critério do menor preço. Nesse ponto, cuidou a lei em tornar tal certame isento da obrigatoriedade do sigilo do valor estimado por uma razão lógica. Se o valor estimado é sempre o mesmo e o que vai variar é o desconto ofertado pelos licitantes, é de se esperar que tal valor não seja sigiloso. A fim de viabilizar a licitação e a formulação das propostas, tal valor deve vir expressamente no instrumento convocatório e é a partir dele que os licitantes poderão construir suas propostas.

No critério da melhor combinação de técnica e preço, o vencedor será determinado pela aplicação de média ponderada entre as notas dos aspectos de técnica e preço. O planejamento deve proceder com muito cuidado no sentido de dotar os pesos e os respectivos critérios técnicos dentro da realidade atual do mercado, sob pena de adquirir bens obsoletos e contratar serviços que não atendem às suas reais necessidades.

Para o critério da melhor técnica, a Lei das Estatais foi parcimoniosa quanto a sua regulamentação, indicando no parágrafo segundo o julgamento das propostas será efetivado mediante o emprego de parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, destinados a limitar a subjetividade do julgamento. Pesquisando no Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás, podemos citar o artigo 80 e parágrafos:

Art. 80. O critério de julgamento pela melhor técnica poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica, incluídos os projetos arquitetônicos e excluídos os projetos de engenharia.

§ 2º O Edital definirá o prêmio ou a remuneração que será atribuída ao vencedor.

§ 3º Poderão ser utilizados parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas nas licitações.

Na falta de detalhamento da Lei das Estatais, os regulamentos internos devem regulamentar de forma mais detalhada o assunto de modo a dar mais segurança tanto aos agentes públicos, quanto às empresas licitantes.

O mesmo ocorre com o critério de melhor conteúdo artístico, que não foi definido de forma exaustiva pela Lei das Estatais. Os regulamentos na ausência de uma regulamentação mais detalhada, procuram preencher as lacunas e naturalmente se aproximam da modalidade do concurso previsto na Lei 8.666/93. O Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás, por exemplo, prevê que “a Comissão de Licitação poderá ser auxiliada por Comissão Especial integrada por, no mínimo, três pessoas de reputação ilibada e notório conhecimento da matéria em exame”.

Quando o objeto da licitação resultar em receita para a estatal, deverá ser utilizado o critério de maior preço. Utilizando-se tal critério, estaremos nos aproximando da tradicional modalidade do Leilão. A administração Pública poderá estabelecer como critério de habilitação o recolhimento de certa quantia a título de adiantamento.

No critério de maior retorno econômico, o objetivo é devidamente expresso no parágrafo 6º do artigo 54:

§ 6º Quando for utilizado o critério referido no inciso VII do caput, os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada.

Finalmente, como último critério elencado no artigo 54, temos o da melhor destinação dos bens alienados. Esse critério é uma inovação da Lei das Estatais e nele está insculpida a preocupação com o meio ambiente e com o social, conforme preceitua o parágrafo 7º :

§ 7º Na implementação do critério previsto no inciso VIII do caput deste artigo, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente.

2.5. VERIFICAÇÃO DE EFETIVIDADE DOS LANCES OU PROPOSTAS

Nesta fase, o responsável por conduzir a licitação dever averiguar a idoneidade e o atendimento pleno aos requisitos exigidos no instrumento convocatório da proposta mais bem classificada. Caso ela seja rejeitada, passa-se a analisar a proposta seguinte. Deve ser verificada a efetividade da proposta no atendimento às exigências de especificações, entre outros.

É nessa fase que ocorre a comparação do valor ofertado pelo licitante melhor classificado e todas as propostas que estiverem com preços acima do valor estimado da contratação deverão ser desclassificadas após a fase de negociação, conforme se depreende do artigo 56, combinado com o artigo 57.

Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório;

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis;

IV - se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação de que trata o § 1º do art. 57, ressalvada a hipótese prevista no caput do art. 34 desta Lei;

V - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista;

VI - apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório, salvo se for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes.

A redação do inciso IV é confusa pois faz uma ressalva quanto à desclassificação das propostas com preços acima do valor estimado. Faz referência ao caput do artigo 34, como se no citado artigo houvesse algum caso que justificasse uma exceção. Ora, tal dispositivo legal trata do valor sigiloso e não tem relação direta com o assunto tratado pelo inciso IV. Ainda pode-se tentar buscar algum sentido na referência da referência, isto é, buscar alguma relação com a exceção do artigo 34 que é o inciso I do artigo 54 que trata de permitir a divulgação do valor estimado da contratação. Porém, mesmo ocorrendo o maior desconto, o valor da proposta deve ser menor que o valor estimado. Justamente o efeito do maior desconto é diminuir o valor a ser contratado. Tal dispositivo legal, portanto, deverá ser objeto de longas explicações da doutrina e quicá de uma alteração, que seria o mais recomendável a fim de dar agilidade e segurança às licitações. Vale salientar que o Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás não repetiu a mesma inconsistência ao tratar do tema.

Outro aspecto importante a ser observado nesta fase é a verificação de inexequibilidade de propostas. Uma proposta inexequível pode comprometer todo um trabalho de planejamento bem feito. Trará rescisões contratuais, descontinuidade de execução, eventuais contratações emergenciais e todo o início de um trabalho que, no andamento normal, deveria estar resultando em uma contratação sem surpresas desagradáveis. Isso tudo significa prejuízo para a Administração Pública e, por consequência, para o bolso do contribuinte. A fim de evitar tal situação, o agente público deve se valer dos critérios de aceitabilidade de preços e nos processos com objetos de engenharia balizar-se pelo cálculo legal. Trata, a Lei das Estatais, dos critérios, no artigo 54, parágrafos 3º e 4º:

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

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

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

§ 4º Para os demais objetos, para efeito de avaliação da exequibilidade ou de sobrepreço, deverão ser estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços que considerem o preço global, os quantitativos e os preços unitários, assim definidos no instrumento convocatório.

2.6. FASE DE NEGOCIAÇÃO

A Lei das Estatais trata da negociação no artigo 57:

Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou.

§ 1º A negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Se depois de adotada a providência referida no § 1º deste artigo não for obtido valor igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, será revogada a licitação.

Assim, após a fase de lances, deve o agente público instaurar a fase de negociação, provocando o licitante melhor classificado para que ele reduza seu preço. Esta fase pode, em alguns casos, “salvar” a licitação, pois estando todos os preços acima do valor estimado, pode o licitante convocado a melhorar sua proposta, tendo condições, reduzir o preço de modo a que ele fique abaixo do valor estimado da licitação. Nessa situação, se ele não reduzir o seu preço, pode o condutor da licitação negociar com os demais licitantes.

2.7. FASE DE HABILITAÇÃO

Trata a Lei das Estatais da habilitação no artigo 58, onde a utilização do advérbio “exclusivamente” dota o dispositivo legal de caráter exaustivo:

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

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

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

III - capacidade econômica e financeira;

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

A partir do teor do supracitado artigo e levando em consideração o objeto da licitação e as características de mercado, vai se buscar a solução mais adequada a atender o interesse público e confeccionar o instrumento convocatório, que elencará os documentos necessários à habilitação.

2.8. FASE DE RECURSOS

A fase de recursos poderá ser uma ou dupla. No caso de a habilitação preceder a abertura das propostas, teremos dois momentos para interposição de recursos, o primeiro quanto à decisão acerca da habilitação e outro após o julgamento das propostas, conforme o artigo 59 da Lei das Estatais.

Não ocorrendo a inversão de fases, haverá apenas um período para interposição do recurso, dispondo de 5 (cinco) dias úteis contados do resultado da habilitação, o licitante. No caso de algum licitante interpor recurso, esse suspenderá a licitação e os demais licitantes deverão ser avisados do fato no primeiro dia útil seguinte ao encerramento do citado prazo e terão também 5 (cinco) dias úteis para impugnar o recurso interposto.

2.9. ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

A adjudicação elencada como uma etapa prévia à homologação indica uma prática existente na Lei do Pregão, ao passo que a Lei 8.666/93 só admite a adjudicação após a homologação. Adjudicar é atribuir o objeto da licitação ao vencedor, é reconhecer a proposta adequada de uma empresa habilitada e a partir dela o vencedor passa a ter direito à contratação, caso ela ocorra. Em outras palavras, havendo contratação, esta ocorrerá com o licitante vencedor.

Na homologação há o encerramento da licitação desde que ela não possua vícios insanáveis. É o ato da autoridade competente em declarar a licitação como válida e permitir que a Administração Pública possa contratar efetivamente. No ato de homologação, teremos um controle de legalidade onde os atos da licitação são ratificados, como também o é a conveniência da contratação. O artigo 60 da Lei das Estatais, indica que a homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor. A lei ao reger o assunto inova pois o entendimento para os outros regimes era de que não se reconhecia o direito à contratação como efeito do ato homologatório, sendo tal direito existente a partir da convocação para contratar. Desta feita, temos um mandamento legal que não deixa dúvidas quanto ao assunto.

CONCLUSÃO

Verificou-se ao longo do trabalho que a nova Lei das Estatais, em relação ao tema Licitações e Contratações Públicas trouxe muito do regime da Lei nº 8.666/93, um tanto do RDC e inovou em alguns pontos. Tais inovações são bem-vindas neste momento em que a sociedade exige eficiência desse setor, entretanto ainda é cedo para sabermos se a desenvoltura das empresas estatais e sociedades de economia mista melhorou com a vigência da Lei.

Caberá aos Regulamentos de cada empresa estatal e sociedade de economia mista detalhar os procedimentos que não estejam já expressamente estabelecidos pela Lei das Estatais. Entretanto, muito ainda a aclarar para que o agente público que esteja com o encargo de licitar possa atuar com total segurança.

Pela análise das fases da licitação, principalmente no caso do Pregão, espera-se que, pelo menos, na questão da duração dos processos, tenhamos um melhora em relação à sistemática anteriormente utilizada.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana Carolina Torres Maia. **A Possibilidade Jurídica de Rescisão Unilateral por Razão de Interesse Público Superveniente nos Contratos Administrativos sob a égide da Lei 13.303/2016**. Rio Grande: Revista Âmbito Jurídico, 2018.

ANTUNES, Gustavo Amorim. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

AUGUSTO MESQUITA, Daniel, FRAZÃO, Ana e NORONHA, João Otávio de. **Estatuto Jurídico das Estatais – Análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARCELOS, Dawison e TORRES, Ronny Charles L. de. **Licitações e Contratos nas Empresas Estatais**. São Paulo: Juspodium, 2018.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva de. **Administração Pública e Planejamento no Estado Brasileiro: Qual a contribuição a ser feita pelo Direito Administrativo?** Curitiba: Revista Jurídica Unicuritiba, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão – Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 2018.

PINHO, Clovis Alberto Bertolini de Pinho e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Corrupção e Compliance nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista: Racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. São Paulo: Revista de Direito Administrativo Fundação Getúlio Vargas, 2018.

PINHO, Clovis Alberto Bertolini de Pinho e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A Nova Lei das Estatais e a Aplicação de Sanções nos Contratos Administrativos: Uma Análise Comparativa com a Lei Geral de Licitações**. São Paulo: Revista de Direito Administrativo Fundação Getúlio Vargas, 2018.

SILVA, Mauricélia Gonçalves. **Modalidades e Tipos de Licitação no Brasil**. Rio Grande: Revista Âmbito Jurídico, 2018.