

# NOVO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

ANÁLISE DA LEI Nº 13.303/2016 SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Benjamin Zymler • André Pachioni Baeta  
André Vilanova da Silva • Daniel Miranda Barros Moreira  
Fernanda Schreiber Bispo • Francisco Sérgio Maia Alves  
Karine Lílían de Sousa Costa Machado • Laureano Canabarro Dios



Benjamin Zymler  
André Pachioni Baeta  
André Vilanova da Silva  
Daniel Miranda Barros Moreira  
Fernanda Schreiber Bispo  
Francisco Sérgio Maia Alves  
Karine Lílían de Sousa Costa Machado  
Laureano Canabarro Dios

## NOVO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

### Análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União

É indiscutível e legítimo o desejo da sociedade brasileira por uma administração pública que, além de buscar aperfeiçoar-se continuamente, vise atender, com eficiência, o interesse coletivo.

A Lei nº 13.303/2016, ao estabelecer o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica ou prestem serviços públicos, delinea a moldura jurídica necessária para que essas empresas exerçam suas funções institucionais de modo transparente, eficaz e com foco na obtenção de resultados.

A presente obra dedica-se ao estudo da nova lei, em especial dos dispositivos atinentes a licitações e contratos, oferecendo aos gestores, estudiosos e operadores do Direito uma visão prática e teórica sobre o assunto. Por meio de uma abordagem comparativa com as normas anteriores que tratam do tema e valendo-se da ótica de quem atua no exercício do controle externo da administração pública, com farta indicação de jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca da matéria, o livro revela-se uma importante e oportuna contribuição para a reflexão acerca dos significativos aprimoramentos trazidos pela Lei das Estatais.

#### Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO

#### Áreas afins

CONTROLE EXTERNO  
E DIREITO EMPRESARIAL

#### Público-alvo/consumidores

PROFESSORES; ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO, PÓS-GRADUAÇÃO E CURSOS DE ESPECIALIZAÇÃO. ADVOGADOS. SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS ENCARRREGADOS DE FISCALIZAR, CONTROLAR E PRATICAR ATOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS (GESTORES E FISCAIS DE CONTRATOS, MEMBROS DE COMISSÃO DE LICITAÇÃO, ASSESSORES, GERENTES, ADVOGADOS INTEGRANTES DE ASSESSORIA JURÍDICA E DIRIGENTES).

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm  
CÓDIGO: 10001437

|  |   |  |
|--|---|--|
| N945<br><br><br><br><br><br><br><br><br><br>2018-422 | <p data-bbox="271 100 1489 224">Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União / Benjamin Zymler ... [et al.]. - Belo Horizonte : Fórum, 2018.</p> <p data-bbox="271 246 718 336">446 p. ; 14,5cm x 21,5cm.<br/>ISBN: 978-85-450-0526-1</p> <p data-bbox="271 358 1489 537">1. Direito. 2. Novo Regime Jurídico. 3. Licitações. 4. Contratos. 5. Empresas Estatais. I. Zymler, Benjamin. II. Baeta, André Pachioni. III. Silva, André Vilanova da. IV. Moreira, Daniel Miranda Barros. V. Bispo, Fernanda Schreiber. VI. Alves, Francisco Sérgio Maia. VII. Machado, Karine Lílian de Sousa Costa. VIII. Dios, Laureano Canabarro. IX. Título.</p> | <p data-bbox="1053 604 1276 694">CDD: 342.8106<br/>CDU:342.951</p> |
|--|---|--|

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

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

**Benjamin Zymler** é Ministro no Tribunal de Contas da União desde 2001. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Autor e coautor das obras *Lei anticorrupção: Lei nº 12.846/2013 – uma visão do controle externo*; *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*; *Direito administrativo e controle*; *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*; *Processo administrativo no Tribunal de Contas da União*; *Terceirização – legislação, doutrina e jurisprudência*; *Direito administrativo*; e *Política e direito: uma visão autopoietica*. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia (IME).

**André Pachioni Baeta** é Engenheiro graduado pela Universidade de Brasília. Desde 2004, exerce o cargo de Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, atuando na fiscalização e controle de obras públicas. Atualmente, exerce a função de Assessor de Ministro do TCU. Também exerce a presidência do Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP). Autor dos livros *Orçamento e controle de preços de obras públicas* e *Regime diferenciado de contratações públicas – aplicado às licitações e contratos de obras públicas*, publicados pela Editora Pini. Palestrante.

**André Vilanova da Silva** é Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito e em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.

**Daniel Miranda Barros Moreira** é Especialista em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília e em Engenharia Civil Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica. Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.

**Fernanda Schreiber Bispo** é Pós-graduada em Direito, Estado e Constituição pela Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Atualmente, exerce a função de assessora do Ministro Benjamin Zymler, no Tribunal de Contas da União.

**Francisco Sérgio Maia Alves** é Mestre em Direito e Políticas públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e em Engenharia Civil Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Coautor da obra *Contratação internacional: algumas espécies de contratos mercantis*.

**Karine Lílian de Sousa Costa Machado** é Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União desde 2004. Coautora dos livros *Licitações & contratos – orientações básicas* (editado pelo TCU) e *Terceirização – legislação, doutrina e jurisprudência* (editora Fórum). MBA em Gestão da Administração Pública. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Palestrante.

**Laureano Canabarro Dios** é Especialista em Direito Público e Controle Externo pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Engenharia Elétrica pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Coautor das obras *Lei anticorrupção: Lei nº 12.846/2013 – uma visão do controle externo*; *Regime diferenciado de contratação – RDC*; e *Sociedade democrática, direito público e controle externo*.

## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| APRESENTAÇÃO .....  | 13  |
| ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS<br>INTRODUÇÃO.....  | 15  |
| CAPÍTULO 1<br>DISPOSIÇÕES PRELIMINARES .....  | 23  |
| CAPÍTULO 2<br>LICITAÇÕES E HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA .....  | 37  |
| Da exigência de licitação e dos casos de dispensa e de<br>inexigibilidade.....  | 37  |
| Licitação dispensável.....  | 43  |
| Valor da contratação: incisos I e II do art. 29 da<br>Lei nº 13.303/2016.....   | 44  |
| Licitação deserta: inciso III do art. 29 da Lei nº 13.303/2016 .....  | 47  |
| Propostas com valores excessivos: inciso IV do art. 29 da Lei<br>nº 13.303/2016 .....   | 49  |
| Compra ou locação de imóvel: inciso V do art. 29 da Lei<br>nº 13.303/2016.....  | 51  |
| Contratação remanescente: inciso VI do art. 29 da Lei<br>nº 13.303/2016.....  | 52  |
| Contratação com instituição sem fins lucrativos: inciso VII do<br>art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....  | 54  |
| Contratação para manutenção da garantia: inciso VIII do art. 29<br>da Lei nº 13.303/2016.....   | 56  |
| Contratação de associação de portadores de deficiências:<br>inciso IX do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....   | 58  |
| Contratação de energia elétrica e gás: inciso X do art. 29 da Lei<br>nº 13.303/2016.....  | 59  |
| Contratação entre empresas públicas, sociedades de economia<br>mista e subsidiárias: inciso XI do art. 29 da Lei nº 13.303/2016 .....   | 60  |
| Contratação de coleta de material reciclável: inciso XII do<br>art. 29 da Lei nº 13.303/2016.....   | 62  |
| Fornecimento de objeto de alta complexidade e importante<br>para a defesa nacional: inciso XIII do art. 29 da Lei<br>nº 13.303/2016.....  | 63  |
| Fomento do desenvolvimento científico e tecnológico: inciso XIV<br>do art. 29 da Lei nº 13.303/2016 .....   | 64  |
| Contratação em situação de emergência: inciso XV do art. 29<br>da Lei nº 13.303/2016 .....  | 67  |
| Transferência de bens para a administração pública, doação<br>de bens móveis para fins de interesse social e compra e venda<br>de ações e títulos: incisos XVI a XVIII do art. 29 da<br>Lei nº 13.303/2016..... | 70  |
| Licitação inexigível .....  | 74  |
| Fornecedor exclusivo: inciso I do art. 30 da Lei nº 13.303/2016.....  | 75  |
| Serviços técnicos especializados: inciso II do art. 30 da Lei<br>nº 13.303/2016.....  | 79  |
| CAPÍTULO 3<br>PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E DIRETRIZES.....   | 83  |
| Princípios e objetivos.....   | 83  |
| Diretrizes das licitações e contratos.....  | 91  |
| Padronização do procedimento .....  | 91  |
| Manifestação da assessoria jurídica.....  | 92  |
| Busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública<br>ou sociedade de economia mista .....  | 93  |
| Tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno<br>porte e empresas nacionais.....  | 96  |
| Proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos.....   | 98  |
| Parcelamento do objeto .....  | 99  |
| Adoção preferencial da modalidade pregão.....   | 100 |
| Preferência pela forma eletrônica.....  | 102 |
| Observação de política de integridade.....  | 103 |

|  |     |
|--|-----|
| CAPÍTULO 4   |     |
| PROCEDIMENTOS AUXILIARES .....   | 107 |
| Considerações iniciais .....   | 107 |
| Regulamento .....  | 108 |
| Cadastramento .....  | 108 |
| Catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços<br>e obras .....                  | 110 |
| Pré-qualificação permanente .....  | 112 |
| Pré-qualificação subjetiva .....   | 114 |
| Pré-qualificação objetiva .....  | 115 |
| Diferença da pré-qualificação prevista na Lei nº 8.666/1993 .....                          | 115 |
| Diferença entre pré-qualificação subjetiva e cadastramento .....                           | 116 |
| Validade .....   | 116 |
| Licitação restrita aos pré-qualificados .....  | 118 |
| Registro de preços .....   | 119 |
| Regulamento .....  | 120 |
| Aplicabilidade .....   | 121 |
| Participação de outras empresas estatais .....   | 123 |
| Licitação e instrumento convocatório .....   | 124 |
| Ata de registro de preços .....  | 125 |
| Contratos .....  | 126 |
| Adesão à ata de registro de preços .....   | 126 |
| Limites quantitativos .....  | 128 |
| Limites subjetivos .....   | 129 |
|  |     |
| CAPÍTULO 5   |     |
| DISPOSIÇÕES DE CARÁTER GERAL .....   | 131 |
| Caracterização do objeto .....   | 131 |
| Contratação simultânea do mesmo objeto .....   | 132 |
| Publicidade do procedimento .....  | 135 |
| Divulgação do orçamento .....  | 136 |
| Momento da divulgação do orçamento .....   | 138 |
| Considerações gerais .....   | 138 |
| Órgãos de controle .....   | 139 |
| Divulgação do procedimento .....   | 140 |
| Alterações do instrumento convocatório .....   | 141 |
| Empresas com restrições para participar de licitações ou serem<br>contratadas .....        | 143 |
| Sanção de inidoneidade .....   | 143 |
| Grupo societário .....   | 144 |
| Administrador ou empregado da empresa pública contratante .....                            | 145 |
| Relações de parentesco .....   | 146 |
| Vedações constitucionais .....   | 148 |
| Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) .....                           | 148 |
| Sanções de natureza penal .....  | 151 |
|  |     |
| CAPÍTULO 6   |     |
| PROJETOS .....   | 153 |
| Cessão de direitos autorais e patrimoniais dos projetos .....                              | 155 |
| Anteprojetos de engenharia .....   | 156 |
| Obrigações de fim e obrigações de meio .....   | 157 |
| Dragagem portuária .....   | 159 |
| Ponte .....  | 160 |
| Restrições aos autores dos projetos .....  | 160 |
| Procedimento de manifestação de interesse privado .....                                    | 162 |
| O PMI como alternativa à contratação ou ao desenvolvimento orgânico<br>de projetos .....   | 166 |
| Principais problemas identificados nos procedimentos de manifestação<br>de interesse ..... | 167 |
|  |     |
| CAPÍTULO 7   |     |
| FASE INTERNA DO PROCEDIMENTO   |     |
| LICITATÓRIO .....  | 173 |
| Da fase preparatória .....   | 174 |
| Definição do objeto .....  | 175 |
| Obras e serviços em geral .....  | 176 |
| Aquisição de bens .....  | 177 |
| Alienação de bens .....  | 178 |
| Exigências técnicas .....  | 179 |
| Especificação de garantias .....   | 180 |

|   |     |
|---|-----|
| Estimativa do valor da contratação .....  | 180 |
| Definição do procedimento da Licitação .....  | 181 |
| Modos de disputa .....  | 182 |
| Lances intermediários .....   | 183 |
| Intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances .....                      | 186 |
| Intervalo mínimo de tempo entre os lances .....                                     | 187 |
| Critérios de julgamento .....   | 188 |
| Julgamento pelo menor preço .....   | 192 |
| Julgamento pelo maior desconto .....  | 194 |
| Julgamento pela melhor combinação de técnica e preço .....                          | 197 |
| Uso do critério de julgamento “técnica e preço” para serviços<br>intelectuais ..... | 198 |
| <i>Critérios de ponderação para as notas de preço e de técnica</i> .....            | 199 |
| <i>O processamento das licitações de técnica e preço na Lei das Estatais</i> .....  | 200 |
| <i>Avaliação da proposta de preço</i> .....   | 202 |
| <i>Avaliação da proposta técnica</i> .....  | 204 |
| Julgamento pelo maior retorno econômico.....  | 206 |
| Julgamento pela maior oferta.....   | 207 |
| Julgamento pela melhor técnica.....   | 208 |
| <i>Contrata-se o melhor projeto e não a melhor empresa</i> .....                    | 212 |
| <i>A administração sabe qual é o projeto que está comprando</i> .....               | 212 |
| <i>Há isonomia e impessoalidade na seleção do melhor projeto</i> .....              | 214 |
| Julgamento pelo melhor conteúdo artístico .....                                     | 214 |
| Licitações restritas.....   | 215 |
| Inversão das fases de habilitação e julgamento.....                                 | 216 |

## CAPÍTULO 8

### FASE EXTERNA DO PROCEDIMENTO

|   |     |
|---|-----|
| LICITATÓRIO .....   | 219 |
| Divulgação .....  | 219 |
| Publicação dos atos.....  | 220 |
| Portal específico na internet .....   | 220 |
| Diários oficiais .....  | 221 |
| Prazos mínimos para apresentação das propostas .....                        | 221 |
| Pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento<br>convocatório..... | 226 |
| Apresentação de lances/propostas .....                                      | 227 |
| Modo de disputa aberto.....   | 228 |
| Modo de disputa fechado .....   | 228 |
| Combinação dos modos de disputa .....                                       | 229 |
| Julgamento .....  | 230 |
| Realização de diligências .....   | 231 |
| Empate entre propostas .....  | 232 |
| Habilitação .....   | 232 |
| Parâmetros estabelecidos pela lei .....                                     | 233 |
| Fixação dos parâmetros.....   | 236 |
| <i>Definição das exigências</i> .....                                       | 237 |
| Consórcios.....   | 242 |
| <i>Número de integrantes de cada consórcio</i> .....                        | 245 |
| <i>Substituição de consorciado</i> .....                                    | 246 |
| <i>Preenchimento dos requisitos de habilitação</i> .....                    | 246 |
| <i>Certificados emitidos por participação em consórcio</i> .....            | 247 |
| Habilitação posterior ao julgamento das propostas .....                     | 248 |
| <i>Aumento da competitividade</i> .....                                     | 248 |
| Recursos .....  | 250 |
| Contrarrazões recursais.....  | 251 |
| Efeito suspensivo .....   | 252 |
| Consequências do acolhimento dos recursos .....                             | 252 |
| Encerramento.....   | 252 |

## CAPÍTULO 9

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

## CAPÍTULO 10

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| REGIMES DE EXECUÇÃO CONTRATUAL..... | 267 |
|-------------------------------------|-----|

|   |     |
|---|-----|
| Empreitada por preço global.....  | 269 |
| Empreitada por preço unitário.....  | 272 |
| Empreitada integral.....  | 274 |
| Contratação integrada.....  | 277 |
| Aditamento na contratação integrada em virtude de falhas,<br>erros ou omissões no anteprojeto.....  | 282 |
| Objetos que podem ser licitados pela contratação integrada.....   | 286 |
| Critérios de julgamento na contratação integrada.....   | 287 |
| Como fundamentar o uso da contratação integrada.....  | 289 |
| A contratação semi-integrada.....   | 292 |
| A alocação de riscos na contratação integrada e semi-integrada.....   | 296 |
| Como realizar a alocação de riscos?.....  | 298 |
| O conflito de interesses nas contratações integrada e<br>semi-integrada.....  | 298 |
| Seguros e garantias nas contratações integradas e<br>semi-integradas.....   | 300 |
| CAPÍTULO 11   |     |
| FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E PELA SOCIEDADE.....  | 303 |
| Controle interno e externo.....   | 303 |
| Fiscalização pela sociedade.....  | 322 |
| Tutela ou supervisão ministerial.....   | 324 |
| Limites ao acionista controlador na direção superior das<br>empresas estatais.....  | 333 |
| CAPÍTULO 12   |     |
| SOBREPREÇO E SUPERFATURAMENTO.....  | 343 |
| CAPÍTULO 13   |     |
| CONTRATOS. NATUREZA JURÍDICA E<br>ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS.....  | 359 |
| Natureza jurídica do contrato da Lei nº 13.303/2016.....  | 361 |
| Critérios de distinção entre contratos administrativos e contratos<br>privados da administração nos países de cultura jurídica francesa.<br>Evolução no curso do desenvolvimento da teoria do contrato<br>administrativo..... | 361 |
| Critérios de distinção entre contratos administrativos e contratos<br>privados da administração segundo a doutrina brasileira.....  | 370 |
| Conclusões parciais: a busca de um critério de distinção entre contratos<br>administrativos e contratos privados da administração compatível com<br>as disposições do ordenamento jurídico brasileiro.....                    | 379 |
| Natureza jurídica do contrato da Lei nº 13.303/2016.....  | 385 |
| Disciplina normativa do contrato da Lei nº 13.303/2016.....   | 389 |
| Formalização dos contratos.....   | 392 |
| Cláusulas não são obrigatórias.....   | 393 |
| Cláusulas obrigatórias.....   | 395 |
| Garantias contratuais.....  | 400 |
| Duração dos contratos.....  | 401 |
| Formalidades.....   | 401 |
| Convocação do contratado.....   | 404 |
| Responsabilidades do contratado.....  | 406 |
| Fiscalização dos contratos.....   | 411 |
| Alteração dos contratos.....  | 412 |
| Sanções contratuais.....  | 419 |
| Poder de anulação dos contratos.....  | 425 |
| Fiscalização dos contratos pelos tribunais de contas.....   | 427 |
| CAPÍTULO 14   |     |
| DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS.....  | 429 |
| Vigência e aplicação da lei.....  | 429 |
| Demais disposições.....   | 439 |
| REFERÊNCIAS.....  | 443 |