

Tribunal de Contas da União

Instituto Serzedello Corrêa

Diálogo Público

A Nova Lei das Estatais: Interpretação e aplicação do art. 28 da Lei 13.303/2016

Marçal Justen Filho

5.6.2018

Justen, Pereira
Oliveira & Talamini
advogados 

1) Ainda as "inovações" da EC 19/1998

1.1) A regra do art. 37, inc. XXI

"... ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, ..."

1.2) A previsão do art. 22, inc. XXVII

“... normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

1.3) A disciplina do art. 173, § 1º, inc. III

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

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os **princípios da administração pública;**”
(original sem negrito)

2) A extensão da distinção

2.1) Ainda a questão da organização empresarial: a superação da distinção entre prestação de serviço público e exploração de atividade econômica

2.2) Ainda a distinção entre princípio e regra

3) A Lei 13.303 e suas características

3.1) Ainda a apropriação dos mecanismos empresariais privados

3.1.1) A inviabilidade de exploração empresarial sob regime de direito público

3.1.2) Os controles internos: "compliance" e "freios e contrapesos empresariais"

3.1.3) A redução (não eliminação) dos mecanismos de controle burocrático

3.2) A disciplinada contratação sem licitação

3.2.1) O descabimento de interpretar a Lei 13.303 à luz da Lei 8.666

3.2.2) A necessidade de construção de categorias autônomas

4) O “descabimento” da licitação da Lei 13.303

4.1) Ainda as categorias da Lei 8.666 e a figura da Lei 13.303

4.1.1) Dispensa

4.1.2) Inexigibilidade

4.1.3) O descabimento do art. 28, § 3º, da Lei 13.303: a ausência do cumprimento das formalidades próprias da inexigibilidade

4.2) As hipóteses do art. 28, § 3º: descabimento

4.2.1) As atividades inerentes ao mercado

4.2.2) A escolha de parceiro de negócio

4.3) A hipótese do art. 28, § 3º, inc. II: contrato organizacional

4.3.1) A parceria negocial

4.3.2) O relacionamento contínuo

4.3.3) A ausência de vínculo bilateral comutativo

4.3.4) Contratos organizacionais

4.3.5) Os contratos em mercado de valores

4.4) Caracterização da inviabilidade de procedimento seletivo

4.4.1) A necessidade de rapidez

4.4.2) A necessidade de sigilo

4.4.3) A necessidade de confiança

4.4.4) Síntese: incompatibilidade entre um procedimento norteado pela publicidade e fundado em critérios de julgamento puramente objetivos

4.5) A eventual obrigatoriedade da adoção de procedimento seletivo

4.5.1) A ausência de uma licitação típica

4.5.2) A adoção de procedimentos competitivos especiais

5) Conclusão

5.1) A vedação a contratações desastrosas e ruinosas

5.2) A comprovação objetiva da adoção das cautelas cabíveis

5.3) O controle de eficiência e suas implicações: a obrigação de resultado

5.4) Ainda a derradeira chance das empresas estatais

contato@justenfilho.com.br

Justen, Pereira Oliveira & Talamini

advogados



j u s t e n . c o m . b r