

## OS CRITÉRIOS DE DESEMPATE NAS LICITAÇÕES DAS ESTATAIS E A REVOGAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993: ultratividade normativa?

**Anderson Sant'Ana Pedra<sup>1</sup>**  
**Ronny Charles L. de Torres<sup>2</sup>**

A disciplina dos critérios de desempate nas licitações públicas é elemento essencial para garantir a eficiência, a isonomia, a segurança jurídica e a busca do melhor resultado para a Administração. Nas contratações realizadas por empresas estatais a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) consagrou um *regime jurídico próprio e autônomo*, com regras específicas voltadas à realidade dessas entidades que atuam sob regime híbrido, conjugando o regime jurídico publicista com os princípios da atividade empresarial.

É sob a ótica deste regime jurídico próprio e autônomo, o qual busca atender as peculiaridades das estatais, que seus dispositivos devem ser interpretados e suas diretrizes devem ser observadas, dentre elas as de padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas e a busca de maior vantagem competitiva prevista, respectivamente, nos incs. I e II do art. 32 da Lei nº 13.303/2016, estabelecendo, assim,

---

<sup>1</sup> Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDV/ES. Autor e Palestrante. (<http://andersonpedra.adv.br>; @andersonspedra).

<sup>2</sup> Advogado. Consultor Jurídico. Parecerista. Doutor em Direito do Estado. Mestre em Direito Econômico. Pós-graduado em Direito tributário. Pós-graduado em Ciências Jurídicas. Coordenador da pós-graduação em Licitações e contratos, da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Já atuou, pela AGU, como Consultor Jurídico Adjunto da Consultoria Jurídica da União perante o Ministério do Trabalho e Emprego e Coordenador da Câmara Nacional de Licitações e Contratos. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (15ª Edição. Ed. JusPodivm); Licitações e contratos nas empresas estatais (3ª edição. Coautor. Ed. Jus Podivm). Comentários à Lei de Improbidade administrativa (2ª edição. Coautor. Ed. Jus Podivm). Análise Econômica das licitações e contratos (2ª edição. Coautor. Ed. Fórum).

um *microsistema normativo das contratações para as empresas estatais* de acordo com o que prescreve o art. 173, § 1º, inc. III da Constituição brasileira de 1988<sup>3</sup>.

Pois bem, a partir dessa perspectiva e dos critérios de desempate trazidos pelo art. 55 da Lei das Estatais, notadamente com a revogação da Lei nº 8.666/1993, uma reflexão hermenêutica começou a exigir a atenção do operador do direito naquilo que concerne à solução em caso de empate nos certames licitatórios realizados pelas estatais.

O art. 55 da Lei nº 13.303/2016 definiu diferentes critérios, de aplicação sucessiva, na hipótese de empate entre as propostas<sup>4</sup>. De acordo com o referido dispositivo, nessa situação (de empate), devem ser utilizados os seguintes critérios de desempate: *i*) disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento; *ii*) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído; *iii*) os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248/1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993; e, *iv*) sorteio.

O citado dispositivo da Lei nº 8.666/93 normati(za)va que, em igualdade de condições, como critério de desempate, ser(i)á assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: *i*) produzidos no País; *ii*) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; *iii*) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; e, *iv*) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Contudo, a superveniência da Lei nº 14.133/2021, com a revogação da Lei nº 8.666/1993, tem trazido dúvidas quanto à subsistência de determinadas remissões

---

<sup>3</sup> “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.

§ 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;” (Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998).

<sup>4</sup> BARCELOS, Dawison. TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*. 4. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2024. p. 418.

contidas em enunciados normativos, como é o caso do inc. III do art. 55 da Lei das Estatais, que faz referência expressa ao § 2º do art. 3º da revogada Lei nº 8.666/1993.

A controvérsia interpretativa gira em torno de saber como deve ser interpretada essa remissão aos citados dispositivos da Lei nº 8.666/1993, considerando a sua revogação.

Relevante pontuar que o art. 189<sup>5</sup> da atual Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) prevê que ela se aplica às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666/1993.

Ocorre que, quando trata sobre desempate, a Lei nº 14.133/2021, em seu art. 60, define os seguintes critérios: *i*) disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação; *ii*) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei; *iii*) desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; e, *iv*) desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Em sequência imediata, o § 1º do art. 60 define que, em igualdade de condições, se ainda não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por: empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize; empresas brasileiras; empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187/2009.

A partir deste “Estado da Arte”, qual a solução para o operador do direito de uma estatal diante de um certame licitatório na qual o empate não foi resolvido com a

---

<sup>5</sup> Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

aplicação dos incs. I e II do art. 55 da Lei das Estatais ou com os critérios estabelecidos pelo art. 3º da Lei nº 8.248/1991<sup>6</sup>?

Devem ser aplicados os critérios definidos pelo art. 60 da Lei nº 14.133/2021, por aplicação da regra geral definida pelo seu art. 189, ou devem ser aplicados os critérios definidos expressamente pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, mesmo ela já tendo sido revogada?

A regra do art. 189 da Lei nº 14.133/2021, ao dispor que ela se aplica às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666/1993, exige certas cautelas em sua aplicação.

Conforme se extrai da redação do art. 1º da Lei nº 14.133/2021 – que fixa o *alcance subjetivo*<sup>7</sup> de suas normas, elas estão direcionadas para o exercício da *função administrativa* pelas Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Obedecendo ao comando trazido pelo art. 173, § 3º, inc. III da Constituição brasileira de 1988, seu modal deôntico não alcança, e nem pode alcançar, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, que são regidas pela Lei nº 13.303/2016, ressalvados os aspectos criminais. Isso porque o art. 178 da Lei nº 14.133/2021 consignou a aplicação dos tipos penais por ela inseridos no Código Penal, também para as condutas que eventualmente venham a ocorrer no âmbito do processo de contratação das empresas estatais.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> “Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991.”

<sup>7</sup> PEDRA, Anderson Sant’Ana. Comentários aos arts. 1º ao 5º. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. (Coords.) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei nº 14.133/2021*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. I. p. 41.

<sup>8</sup> Registra-se que é possível, e mesmo recomendável, que os regulamentos das estatais sejam revisitados para incorporar as boas práticas e os novos institutos trazidos pela Lei nº 14.133/2021, desde que respeitadas as normas contidas na Lei nº 13.303/2016.

Cabe ainda ponderar que a aplicação irrefletida do art. 189, com substituição dos critérios do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 pelos critérios do art. 60 da Lei nº 14.133/2021, geraria, basicamente, um retorno aos critérios do inciso I e II do art. 55 da Lei das Estatais, que justamente não serviram à resolução do empate.

Importa observar que o art. 55 da Lei nº 13.303/2016 foi elaborado em momento anterior à edição da Lei nº 14.133/2021, tendo feito referência, de forma inequívoca, a um conjunto de critérios específicos definidos e plasmados no enunciado normativo trazido pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Esses critérios compreendem a seguinte ordem de preferência: *i*) bens e serviços produzidos no País; *ii*) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; *iii*) por empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no Brasil; e, *iv*) por empresas que comprovem a reserva legal de cargos para pessoas com deficiência ou reabilitados.

Ainda que tais critérios não tenham sido reproduzidos literalmente no texto normativo da Lei das Estatais, inquestionável que a opção legislativa originária (*mens legis*) da Lei das Estatais os acolheu de forma deliberada e expressa. Deve-se reconhecer que o art. 55 da Lei nº 13.303/2016 recepcionou, de modo autônomo, o conteúdo semântico e normativo do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 como critério de desempate nas licitações das estatais.

Cumprir consignar que a Lei das Estatais ao disciplinar os critérios para solução em caso de empate, poderia ter utilizado de uma redação que fizesse menção genérica à legislação geral das licitações ou até mesmo que sugerisse disciplina em regulamento da respectiva empresa estatal; porém, ela optou, legitimamente, e aqui sem fazer juízo de escolha, pelos específicos *enunciados normativos* elencados no inc. III do art. 55, com suas respectivas *normas jurídicas*. Tem-se assim uma escolha deliberada e específica pelas *normas jurídicas* trazidas, inclusive, pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Dito isso, tem-se que para a compreensão do *microsistema normativo das contratações das empresas estatais*, Lei nº 13.303/2016, é imprescindível que a empreitada se inicie a partir do entendimento de *norma jurídica*, a qual constitui parte essencial da Ciência do Direito e das contratações das estatais.

*Enunciado normativo* (ou *texto normativo*) e *norma jurídica* não se identificam. A *norma jurídica* (ou *modal deôntico*) é o *comando normativo*, a *interpretação* que se extrai do *enunciado normativo*.

O *enunciado normativo* corresponde ao conjunto de palavras, ou seja, aos signos linguísticos que, devidamente concatenados, formam um dispositivo legal (normativo). Já a *norma jurídica* corresponde à conduta que estará dando solução a um caso concreto, disciplinando-o.

Compreendida essa distinção, o que se tem é que os *enunciados normativos* da Lei nº 8.666/1993 é que foram revogados, mas as *normas jurídicas* que são extraídas do texto contido no art. 3º, § 2º, não, na medida em que ainda está vigente o art. 55 da Lei das Estatais e que na sua intenção originária incorporou em seu manancial normativo, de forma autônoma e expressa, as *normas jurídicas* contidas no citado *enunciado normativo* da legislação revogada, preservando assim suas normas em decorrência da *ultratividade normativa*.

Tem-se assim que interpretação mais adequada, portanto, é aquela que considera que a remissão feita pela Lei das Estatais à antiga Lei nº 8.666/1993 teve o objetivo de incorporar as *normas jurídicas* contidas nos critérios ali fixados, e não de manter uma remissão meramente textual a um diploma sujeito a substituição futura. Trata-se de remissão de natureza conteudística da *norma jurídica*, o que autoriza a sua aplicação mesmo após a revogação dos *enunciados normativos* da Lei nº 8.666/1993.

Ademais, a adoção automática dos critérios de desempate previstos na Lei nº 14.133/2021, especialmente os do art. 60, *caput* e § 1º e do art. 189, implicaria uma indevida sobreposição normativa, gerando duplicidade de critérios e comprometendo a coerência necessária no *microssistema normativo das contratações das empresas estatais*. A Lei nº 13.303/2016 é autossuficiente e estruturada de forma própria, dispondo sobre regras específicas para seu âmbito de aplicação, nos termos preconizados pelo art. 173, § 1º, inc. III da Constituição brasileira de 1988.

Diante de uma interpretação que prestigie o elemento teleológico que se observa no *microssistema normativo das contratações das empresas estatais*, deve prevalecer a interpretação segundo a qual os critérios de desempate das licitações das empresas estatais permanecem disciplinados pelo art. 55 da Lei nº 13.303/2016, inclusive quanto aos parâmetros normativos constantes do § 2º do art. 3º da revogada Lei nº 8.666/1993. Essa compreensão preserva a intencionalidade do legislador, evita conflitos normativos e assegura maior estabilidade e segurança jurídica às contratações das estatais.

Adotar automaticamente os critérios da Lei nº 14.133/2021 implicaria ignorar a autonomia e estrutura normativa própria da Lei das Estatais e comprometer a lógica de governança pública que o legislador buscou imprimir a esse modelo institucional. Além disso, a substituição dos critérios de desempate consagrados pela Lei nº 13.303/2016 por outros de redação e conteúdo distintos — e, em alguns casos, até repetitivos — poderia dar ensejo a entendimentos contraditórios por órgãos de controle, com prejuízo à segurança jurídica e à eficiência (boa administração).

Tem-se assim que a solução mais adequada e compatível com o *microsistema normativo das contratações das empresas estatais* é a de que a referência ao § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 feita pelo inc. III do art. 55 da Lei das Estatais ainda deve ser observada e produzir os efeitos de acordo com as *normas jurídicas* que são extraídas do revogado *enunciado normativo* (art. 3º, § 2º). A remissão deve ser interpretada como sendo de natureza *conteudística (norma jurídica)*, estabelecendo, assim, uma *ultratividade* das normas contidas nos dispositivos revogados, garantindo a preservação da vontade legislativa (*mens legis*) contida na Lei das Estatais e assegurando maior estabilidade interpretativa na aplicação do regime licitatório das empresas estatais.