

PONDERAÇÕES SOBRE O REGIME LICITATÓRIO DA LEI Nº 13.303/2016

Ronny Charles L. de Torres¹

A promulgação da Lei nº 13.303/2016, em 1º de julho daquele ano, representou a chegada tardia de um marco normativo longamente aguardado desde a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que já previa a necessidade de uma legislação específica para disciplinar o regime jurídico das empresas estatais que atuassem na exploração de atividades econômicas.

Durante esse intervalo, em razão da demora legislativa, essas entidades conviveram com diversas dificuldades, especialmente com a inadequação do modelo licitatório tradicional da Lei nº 8.666/1993 às dinâmicas do setor competitivo em que muitas delas operavam.

Diante dessa dissonância, surgiram diversas teses jurídicas que sustentavam a inaplicabilidade da exigência de licitação às estatais, ao menos em situações específicas envolvendo atividades econômicas. Embora tais entendimentos não fossem pacíficos, evidenciaram uma tensão concreta entre os objetivos empresariais das estatais e o modelo jurídico-administrativo imposto até então.

Com o advento da Lei nº 13.303/2016, essa lacuna normativa passou a ser preenchida com maior clareza. O novo marco introduziu um regime licitatório mais adaptável e um modelo contratual mais equilibrado, rompendo com a rigidez da Lei nº

¹ 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).

8.666/93. Dentre as inovações contratuais, destacam-se institutos como a remuneração variável, a contratação simultânea e novos regimes de execução. Mais importante, contudo, foi a transição para um regime contratual menos verticalizado, reduzindo prerrogativas unilaterais da Administração e estabelecendo relações mais simétricas entre estatal e contratado.

Essa horizontalização da relação contratual elimina, por exemplo, o poder da Administração de promover alterações unilaterais ou rescindir o contrato de forma isolada. Embora traga ganhos em termos de previsibilidade e redução de custos transacionais, também exige das estatais maior planejamento, alocação precisa de riscos e adoção de regras contratuais compatíveis com a complexidade da execução.

Não obstante, a Lei nº 13.303/2016 preservou, ainda que de forma mitigada, alguns elementos do direito público, como o poder de aplicar sanções administrativas. Entretanto, a atuação sancionadora passou a ser mais restrita, limitada a advertência, multa e suspensão do direito de licitar e contratar, sem previsão da sanção de declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/93.

Quanto ao regime licitatório, a Lei nº 13.303/2016 aproximou-se do modelo consagrado no Regime Diferenciado de Contratações (RDC), estabelecendo um procedimento flexível e moldável conforme as peculiaridades do objeto a ser contratado. Rompe-se, assim, com a lógica das modalidades fixas, abrindo espaço para que a estatal desenhe o procedimento licitatório de modo a otimizar seus resultados — uma espécie de liberdade técnica² que permite maior personalização da seleção de fornecedores.

Nesse contexto, ganha relevância a teoria do desenho de mecanismos, abordada por Paul Milgrom, que trata da criação de regras capazes de maximizar os resultados conforme os objetivos institucionais³. A ideia é que a Administração Pública, ao atuar

². ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim; COELHO, Sylvio Kelsen. Empresas Estatais: Governança, Compliance, Integridade e Contratações os Impactos da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 66.

³ MILGROM, Paul. **Aplicando a Teoria dos Leilões**. Tradução Ligia Filgueiras. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023. p. 20.

como agente regulador do seu próprio mercado de contratações, construa procedimentos eficientes, que incentivem a boa participação dos licitantes e reduzam os custos e fricções inerentes às transações públicas.

O desenho de eficientes mecanismos de mercado mantém sob controle os custos de transação, reduzindo o tempo, o esforço e o dinheiro gasto no processo de fazer negócios, tanto os do comprador como os do vendedor⁴. O desenho do mercado licitatório, portanto, precisa considerar variáveis como tempo, complexidade e esforço envolvido nas negociações.

Para ser funcional, o procedimento deve minimizar os custos de transação — tanto para a Administração quanto para os interessados — e gerar confiança no processo, com regras claras e adaptadas ao contexto de cada contratação. O desenho de mercado se depara com o importante desafio de redução dos custos transacionais, pois “excessiva complexidade das regras de mercado pode desencorajar a participação⁵.

A teoria do desenho de mecanismo, conhecida como teoria dos jogos reversa, busca justamente examinar os mecanismos para se atingir o melhor resultado, podendo ser utilizada na licitação, um jogo onde se pretende maximizar os interesses da Administração pela escolha da proposta mais vantajosa — para a definição de regras que façam com que os licitantes divulguem informações estratégicas⁶.

A Lei nº 13.303/2016 permite, por exemplo, que a estatal inverta as fases do certame, realizando primeiro o julgamento das propostas e, depois, a habilitação, ou adotar o procedimento inverso. Também faculta a utilização da forma eletrônica ou, se justificado, da forma presencial. Além disso, autoriza a adoção de ferramentas como orçamento sigiloso, exigência de certificações, múltiplos modos de disputa e

4 MCMILLAN, John. **A reinvenção do bazar**: uma história dos mercados. Tradução Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. P. 15.

⁵ MILGROM, Paul. A descoberta dos preços (Trad. Jorge Lima). Braga. Ed. Actual, 2021. p. 45.

⁶ NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lopes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07

instrumentos auxiliares como a pré-qualificação e o PMI, tudo conforme avaliação discricionária do gestor público⁷.

Importa observar que o texto da Lei nº 13.303/2016 não adota o detalhamento típico da Lei nº 14.133/2021, nem a rigidez da Lei nº 8.666/93. Ao contrário, apresenta dispositivos mais abertos e permite amplo espaço para regulamentação interna pelas próprias estatais, conferindo-lhes autonomia técnica na modelagem do procedimento.

Dentre os aspectos mais relevantes do novo regime, destaca-se o tratamento dado às exceções à obrigatoriedade de licitação. Embora mantenha as hipóteses tradicionais de dispensa e inexigibilidade — aquelas em que há permissão expressa para não licitar e aquelas em que a competição é inviável —, a grande inovação reside no artigo 28, que prevê hipóteses em que as regras do capítulo licitatório simplesmente não se aplicam.

De maneira específica, o inciso I do §3º do artigo 28 autoriza que empresas públicas e sociedades de economia mista deixem de observar o regime licitatório da Lei para contratações diretamente ligadas à comercialização, execução ou prestação de serviços relacionados ao seu objeto social.

Em essência, a Lei das Estatais não apenas buscou disciplinar os procedimentos licitatórios dessas entidades, mas também reconheceu a necessidade de adequar tais procedimentos às exigências do ambiente concorrencial em que muitas delas atuam. A solução normativa proposta procurou equilibrar eficiência e controle, evitando tanto o engessamento administrativo quanto o afrouxamento dos princípios republicanos que regem a atuação estatal.

O grande desafio para as estatais reside na evolução da mentalidade, melhorando sua regulamentação e capacitando seus qualificados quadros, de maneira a bem explorar as potencialidades de sua Lei.

⁷ BARCELOS, Dawison. TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*. 4. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2024.