

Dawison Barcelos
Ronny Charles Lopes de Torres

LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS EMPRESAS ESTATAIS

**Regime licitatório e
contratual da Lei 13.303/2016**

2026

5^ª revista
atualizada
edição ampliada

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

15

DAS NORMAS ESPECÍFICAS PARA ALIENAÇÃO DE BENS

Por expressa previsão constitucional contida no art. 173, §1º, inc. III¹, apesar de as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuírem personalidade jurídica de direito privado, como regra, a alienação de seus bens deve ser antecedida de procedimento licitatório.

O art. 49 da Lei nº 13.303/2016 reitera o referido comando e acrescenta a prévia avaliação formal do bem contemplado como requisito geral para alienação de bens pertencentes às estatais. Assim, uma nova conformação das regras foi estabelecida, diferenciando-se do regime clássico de licitações e de entendimentos jurisprudenciais firmados sobre o tema.

A definição do regime jurídico dos bens das empresas estatais é um tema que tradicionalmente provocou divergências na doutrina e jurisprudência².

-
1. Constituição Federal. Art. 173. (...) § 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
 2. Sobre o assunto, Rafael Véras de Freitas apresenta interessante análise acerca do regime jurídico dos bens de empresas estatais no artigo: FREITAS, Rafael Véras de. A alienação de bens das empresas estatais e sua afetação. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, p. 213-240, set. 2016/fev. 2017.

Havia autores que sinalizavam a um disciplinamento privado, utilizando-se um critério subjetivo fundado no fato de que as estatais, titulares dos bens, são qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado³. Noutra via, parcela da jurisprudência e alguns doutrinadores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, se valeram da diferenciação entre “prestadora de serviço público” e “exploradoras de atividade econômica” para indicar o regime jurídico incidente sobre as empresas estatais.

Conforme já salientado, o Tribunal de Contas da União, embora compreendendo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista se submetiam ao regime da Lei nº 8.666/1993, consagrou o entendimento de ser possível afastar o cumprimento do regime tradicional de licitação quando as estatais, exploradoras de atividade econômica, atuassem em sua atividade-fim e a submissão a esse regime se mostrasse prejudicial às suas atividades negociais⁵.

Na prática, todavia, a aplicação desse critério não se mostrava inequívoco, tendo em vista que a classificação como atividade-fim ou atividade-meio é de difícil enquadramento. É plenamente possível que, mesmo em atividades-meio, a submissão integral ao regime licitatório seja prejudicial ao negócio da estatal.

Sobre o assunto, Floriano de Azevedo Marques e Juliana Bonacorsi indagam se “faria sentido uma leitura positiva da legalidade, de modo que a empresa estatal esteja apenas autorizada a fazer aquilo que a lei expressamente determinar, e nos exatos termos dessa determinação legal”. Segundo os autores,

[e]ssas situações limítrofes ensejadas pela aproximação do regime de direito privado e do regime de direito administrativo mínimo, que informam o regime das empresas estatais, não são simples e tranquilas⁶.

3. Nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto. SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.
4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 194. In: FREITAS, Rafael Vêras de. A alienação de bens das empresas estatais e sua afetação. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 6, p. 213–240, set. 2016/fev. 2017. “Se a entidades for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, salvo alguma exceção adiante anotada, serão sempre regidas integralmente pelo direito privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos.”
5. TCU. Acórdão nº 1390/2004. Plenário.
6. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Licitação nas empresas estatais – Os desafios do novo regime das licitações na Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*.

Felizmente, a nosso juízo, a Lei nº 13.303/2016 reconheceu a inadequação dos critérios acima referidos e estabeleceu regime jurídico-licitatório único, que, embora flexível, possui aplicação a todas as empresas estatais, sejam elas "prestadoras de serviços públicos", sejam "exploradoras de atividades econômicas". Além disso, o Estatuto optou por não tomar o abstruso atalho da diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim.

E isso não significa que o legislador fechou os olhos às peculiaridades das relações negociais das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Se assim tivesse agido, certamente o regime imposto não seria adequado e se mostraria demasiadamente rigoroso ou insuficiente, a depender do objeto em causa.

Entre as consequências dessa nova dinâmica, verificamos que a Lei nº 13.303/2016 criou a figura da "não observância" das regras licitatórias, bem como procedeu a significativa simplificação das normas para alienação de bens das empresas estatais.

Ao contrário do que ocorria no âmbito da Lei nº 8.666/1993, não há diferenciação no procedimento em razão de o bem a ser alienado ser móvel ou imóvel e, em qualquer hipótese, a transação prescinde de autorização legislativa⁷.

Eis que o art. 49 da Lei das estatais apresenta apenas dois requisitos para alienação de bens: "I – avaliação formal do bem contemplado, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos XVI a XVIII do art. 29; e II – licitação, ressalvado o previsto no § 3º do art. 28".

15.1. AVALIAÇÃO FORMAL

O primeiro requisito imposto pelo art. 49, I, se refere à avaliação formal do bem contemplado. Trata-se de importante mecanismo que visa a proteger o

In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 246-247.

7. Edgar Guimarães e Anacleto Abduch observam, com propriedade, que "em face da Lei de Criação e, até mesmo, de alguns estatutos de empresas públicas ou sociedades de economia mista, para a alienação de bens imóveis se faz necessária, por exemplo, a prévia autorização do Conselho de Administração, exigência esta não prevista no dispositivo sob análise, o que não afasta sua observância no caso concreto. (GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 169).

interesse e o patrimônio público, na medida em que o valor obtido poderá servir de parâmetro, como preço mínimo, a ser utilizado no procedimento licitatório.

Dessa maneira, impõe-se que a delimitação patrimonial e financeira do bem a ser alienado seja procedida de maneira específica, com a utilização de critérios idôneos de avaliação, respeito às normas técnicas pertinentes e, na medida do possível, em data próxima à realização do certame, a fim de resguardar a atualidade da análise com os preços efetivamente praticados no mercado.

A depender do objeto em questão e das normas técnicas e jurídicas a ele incidentes, a avaliação poderá ser realizada pela própria estatal, caso possua em seu quadro agentes formal e materialmente habilitados, ou por terceiros contratados. Vale observar que a própria lei, em seu art. 30, II, b, sinaliza para a possibilidade de contratação direta de avaliações em geral junto a profissionais ou empresas de notória especialização, na hipótese de a competição se mostrar inviável.

Ademais, a Lei não estabelece a forma de avaliação, tampouco se haveria a necessidade de realização de diferentes verificações. Esses são temas que, respeitadas a superioridade e a especificidade de outras normas, podem ser regidos pelo Regulamento Interno de Licitações e Contratos da estatal.

A Lei nº 13.303/2016 também ressalva casos de dispensa de licitação em que a alienação poderá ser efetivada sem a avaliação formal do bem: na transferência de bens a órgãos e entidades da Administração Pública; na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social; e na compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem⁸. No entanto, ainda que as referidas transações estejam excepcionadas da formalidade do requisito, a necessidade de fundamentação da decisão do gestor pode demandar a avaliação do bem, máxime em situações de transferência de bens por permuta com órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 29, XVI⁹) ou até mesmo no bojo da avaliação socioeconômica requerida no art. 29, XVII¹⁰, da norma.

8. Lei nº 13.303/2016. Art. 29, XVI e XVII.

9. Lei nº 13.303/2016. Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) XVI – na transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta.

10. Lei nº 13.303/2016. Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) XVII – na doação de bens móveis para fins e usos de interesse

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA¹¹

- ▶ A possibilidade do Estatuto disciplinar em contrário a competência para autorizar atos de disposição e oneração de bens, atribuição inicialmente do Conselho de Administração, deve, necessariamente, atentar ao regime jurídico de direito público, marcado por um regramento peculiar e caracterizado principalmente pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, além daqueles talhados no art. 37 da CF/88. 03 – Em atenção as disposições legais supratranscritas, seja as proveniente da lei 8.666/99, seja as da lei 13.303/2016, verifica-se que a Companhia de Saneamento de Alagoas, enquanto entidade integrante da administração pública, prestadora de relevante serviço público, não comporta, quanto à alienação de bens, sujeição aos princípios da licitação comercial, muito menos mediante regulamentação própria. (TJAL. Processo 0008143–61.2011.8.02.0001; Foro de Maceió; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; j.: 21/11/2018)

Avaliação. Bens imóveis. Custo Unitário Básico (CUB).

- ▶ O Custo Unitário Básico (CUB) é um indicador útil para determinar o custo de empreendimentos novos, bem como a evolução desse custo, mas não é adequado para avaliar ou atualizar o preço de mercado de imóveis antigos. (TCU. Acórdão 2.811/2014-Plenário)

Avaliação. Bens imóveis. Competência. Agentes avaliadores.

- ▶ Na avaliação de imóvel para fins de valor de mercado, tanto a Caixa Econômica Federal – CEF como o Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE possuem respaldo para a definição das características do mercado imobiliário. (TCU. Acórdão 3.728/2009 – Plenário)

Avaliação. Princípio da Impessoalidade. Princípio da Moralidade.

- ▶ Fere princípio da impessoalidade e da moralidade admitir a participação de servidores em processos de alienação de bens do próprio órgão. A alienação de bens deve ser precedida de adequada avaliação. (TCU. Acórdão nº 887/2011 – Plenário)

Avaliação. Preço de mercado. Contemporaneidade.

- ▶ Qualquer processo de alienação de bens da União considerados inservíveis deverá ser precedido de avaliação, em data próxima à venda, fixação de preço mínimo e ampla divulgação da licitação, incluída nessa divulgação o preço mínimo de alienação, visando assegurar que o preço de venda equipare-se ao valor de mercado, em consonância com o art. 37, *caput*, da Constituição Federal c/c os arts. 3º, *caput*, 17, inciso II, e 53, §§ 1º e 4º, todos da Lei 8.666/1993. (TCU. Acórdão nº 887/2011 – Plenário)

social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação;

11. Vide nota de rodapé nº 38.

15.2. LICITAÇÃO

O art. 49, II, por sua vez, indica a necessidade de que as alienações de bens por empresas públicas e por sociedades de economia mista sejam precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses em que essas, por força do §3º do art. 28, estejam dispensadas de observar as normas de licitações e contratos apresentadas na Lei nº 13.303/2016, quais sejam: "I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; e II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo".

Em realidade, trata-se de requisito que repete não apenas o comando constitucional do art. 173, §1º, inc. III¹², mas também a prescrição do *caput* do art. 28 da própria lei das estatais que assinala a obrigação de que os contratos com terceiros destinados à alienação de bens e ativos integrantes do patrimônio das empresas públicas e das sociedades de economia mista sejam precedidos por licitação¹³.

Além disso, é oportuno observar que, a despeito de a norma expressamente indicar apenas as situações acima descritas como exceções, existem outras hipóteses em que se permite às estatais alienar bens sem a prévia realização de certame licitatório, v. g.:

-
12. Constituição Federal. Art. 173. (...) § 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
 13. Sobre o tema, a 7ª Turma Cível do TJDFT já se manifestou no seguinte sentido: "Na Lei nº 13.303/16, há previsão dos requisitos próprios para o afastamento das regras licitatórias, bem como hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Dentre os requisitos da licitação, há disposição de que a alienação de bens por empresas públicas e sociedades de economia mista será precedida de licitação, ressalvadas situações bem específicas ou aquelas relacionadas ao desempenho da atividade-fim da empresa. 2. No caso vertente, a contratação dos serviços foi submetida a procedimento licitatório, consubstanciando-se em ato administrativo sujeito às normas de direito público, sendo, portanto, ato de império, que permite a impetração de mandado de segurança contra eventual ilegalidade do Administrado Público." (Acórdão 1166437, 07085296520188070001, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 24/4/2019)

- alienações de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez – (art. 29, II);
- alienações de bens entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias – (art. 29, XI);
- alienações destinadas a órgãos e entidades da Administração Pública – (art. 29, XVI);
- doação de bens móveis para fins e usos de interesse social – (art. 29, XVII); e
- compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem (art. 29, XVIII).

Considerando que a Lei não apresenta fórmulas categorizadas em modalidades tipificadas, caberá ao gestor conformar o procedimento licitatório de acordo com as características do bem a ser alienado, interesses visados pela empresa estatal e as normas dispostas nos artigos 51 a 61 da Lei nº 13.303/2016.

Quanto aos critérios de julgamento, para além da opção que se mostra mais fácil e direta, em que a empresa pública ou a sociedade de economia mista adjudica o objeto ao licitante que apresentar a maior oferta de preço, é importante destacar o permissivo legal que possibilita a seleção do adquirente em razão da destinação a ser dada aos bens alienados¹⁴.

Da mesma maneira que a Lei nº 13.303/2016 pretende romper o arraigado paradigma de que a vantajosidade das contratações se relaciona com o menor preço, a possibilidade de que as estatais utilizem o critério da melhor destinação dos bens no julgamento dos certames destinados à alienação, prestigia a busca da proposta mais vantajosa como finalidade expressamente destinada às licitações.

Nos casos em que a empresa pública ou a sociedade de economia mista pretenderem implementar o critério da melhor destinação dos bens alienados, deverá o gestor apresentar as razões de sua opção, bem como considerar a repercussão, no meio social, do propósito a ser atendido pelo futuro adquirente.

14. Vide incisos VI e VIII do art. 54 da Lei.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA¹⁵**Fixação de preço mínimo para venda.**

- ▶ A fixação de preço mínimo para venda com base em apenas uma avaliação do preço de mercado não atende ao princípio da razoabilidade. (TCU. Acórdão nº 398/2013 – Plenário)

Alienação de imóveis. Autorização. Sociedade de economia mista.

- ▶ Ementa: "1. A sociedade de economia mista tem como órgão soberano a Assembleia-Geral que administra a sociedade, podendo autorizar a alienação de seus bens. 2. O Poder Público como acionista, despe-se do seu *jus imperii*, igualando-se aos demais acionistas. 3. Alienação que, autorizada pela Assembleia-Geral, não sofre o crivo político do Legislativo. 4. Recurso provido, segurança concedida".

Certame destinado à alienação de bens (leilão). Benefícios da LC no 123/2006.

- ▶ A decisão envolveu representação que indicava possíveis irregularidades em leilão realizado pela Receita Federal do Brasil. Dentre diversos pontos, alegou-se que o instrumento convocatório não previu o tratamento especial às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na Lei Complementar 123, de 14/12/2006, art. 42 e seguintes". A análise da equipe técnica manifestou-se no seguinte sentido:

"8.6. O inciso IX, artigo 170 e 179 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deve observar o princípio do "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".

8.7. Com base nessa previsão constitucional foi editada a Lei Complementar 123, de 14/12/2006, que instituiu o "Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte", criando um conjunto de normas gerais voltadas ao tratamento diferenciado e favorecido para as atividades empresariais de pequeno porte, com o fim de facilitar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte ao mercado.

8.8. Com a finalidade de regulamentar o tratamento favorecido a estas empresas, o estatuto estabeleceu privilégios na participação de licitações públicas para a aquisição de bens e serviços, a exemplo do previsto nos art. 42 a 44, sem que estendesse tal tratamento à licitação para alienação de bens.

8.9. A Constituição prevê o princípio do "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte", mas também tem no princípio da isonomia

15. Vide nota de rodapé nº 38.

um dos pilares da licitação. Assim, se mediante a LC 123/2006 o legislador regulamentou os benefícios – e em quais situações – deveriam ser concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte, a concessão de qualquer outro benefício, por analogia, estaria ferindo indevidamente o princípio da isonomia, por prejudicar os demais licitantes”.

Por fim, o voto do Min. Relator indicou que “não é apropriado a extensão, por analogia, do tratamento diferenciado às microempresas e empresa de pequeno porte no leilão, considerando que, nesse caso, deve-se fazer interpretação restritiva da Lei Complementar que regulamentou esse benefício”. (TCU. Acórdão nº 788/2016 – Plenário)

15.3. ATRIBUIÇÃO DE ÔNUS REAL

Nas hipóteses em que as estatais ansiarem atribuir ônus real a bens integrantes de seu patrimônio – seja por meio de licitação, dispensa ou inexigibilidade –, de acordo com o art. 50 da Lei nº 13.303/2016, serão aplicáveis as normas relativas à alienação de bens.

Segundo Maria Helena Diniz, “os ônus reais (*Reallasten*) são obrigações que limitam a fruição e a disposição da propriedade¹⁶”. Classificam-se como direitos reais sobre a coisa alheia, elencados nos artigos 1.225 e seguintes do Código Civil, tais como: usufruto, uso, hipoteca, enfiteuse, servidão predial, concessão de direito real de uso e laje¹⁷.

Vale notar que, nesse aspecto, a Lei das estatais apresenta regime mais abrangente do que dispunha a Lei nº 8.666/1993 que tratava apenas sobre a concessão de direito real de uso em seus artigos 17 e 45, §1º, IV.

16. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2- volume: teoria geral obrigações – 22. ed. rev. e atual, de acordo com a Reforma do CPC – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 15.

17. A propósito, a laje foi recentemente positivada como direito real por meio da Lei nº 13.465/2017, que converteu a Medida Provisória nº 759/2016 e incluiu os artigos 1.510-A a 1.510-E do Código Civil Brasileiro.

16

DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO

A constatação de que as atividades exercidas pelas estatais demandam tratamento específico que não as submetam a procedimentos excessivamente rígidos e burocráticos não é recente. Há muito se presencia o debate na doutrina, na prática e na jurisprudência acerca dos obstáculos que o regime tradicional impunha aos objetivos das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Somente no final da década de 90 do século passado, o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu essa necessidade ao modificar normas de competência legislativa e incluir a previsão de estatuto jurídico próprio das empresas estatais. Até então, o comando constitucional atribuía competência privativa à União para legislar sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle". Com a Emenda Constitucional nº 19/1998, o tratamento único cedeu lugar para redação que claramente aponta a existência de dois campos de atuação legislativa sobre normas gerais de licitação e contratação: de um lado, as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; de outro, as empresas públicas e sociedades de economia mista¹.

1. CF. art. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas,

Quanto ao regime jurídico aplicável às estatais, o §1º do art. 173, que ditava a sujeição das estatais exploradoras de atividade econômica ao regime das empresas privadas, foi modificado para prever o estabelecimento de estatuto jurídico próprio, que a despeito de manter a vinculação ao regime privatístico em seu inciso II, destacou a necessidade de que fosse prevista licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

Apesar do objetivo de aproximação do modelo praticado no mercado, é preciso reconhecer que a obrigatoriedade de respeito aos princípios da Administração Pública, e a submissão ao disposto no art. 37, XXI, da Constituição, não permitem equiparar por completo o regime licitatório-contratual das estatais com o das empresas privadas.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Palma destacam a existência de um regime administrativo mínimo das estatais e elencam riscos que a imposição de um regime demasiadamente próximo do regime de direito público poderia ocasionar:

aumento dos custos e do formalismo na prestação de serviços públicos ou no desenvolvimento de atividades econômicas, ineficiência na satisfação das finalidades de interesse público, estabelecimento de desvantagem competitiva com relação às empresas privadas e, por fim, pura e simples equiparação das empresas estatais às autarquias, com diminuta autonomia de gestão empreendedora e suscetível a comandos políticos do Governo central².

Passados alguns anos, a Lei nº 13.303/2016 foi editada e, em atendimento ao comando constitucional, definiu normas específicas de licitação e contratação, incluindo as bases do procedimento a ser respeitado pelas estatais na seleção de seus contratantes, cujas particularidades serão a seguir examinadas.

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

2. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Licitação nas empresas estatais – Os desafios do novo regime das licitações na Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 247.

16.1. DA ORDEM SEQUENCIAL DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Uma breve análise dos artigos 51 a 62 da Lei nº 13.303/2016, que dispõem sobre as normas procedimentais dos certames licitatórios das estatais, evidencia o aproveitamento de diversas fórmulas e instrumentos já conhecidos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC – e que, por vezes, destoavam do tradicional rito da Lei nº 8.666/1993.

À partida, alguns pontos merecem destaque: a indicação, em separado, das fases de negociação e verificação da efetividade dos lances ou propostas; a permissão para o uso do critério de julgamento “melhor destinação dos bens alienados”; e o aproveitamento de características amplamente experimentadas na modalidade pregão, como a inversão de fases; o estabelecimento de fase recursal única; a possibilidade de negociação de condições mais vantajosas, dentre outras.

O legislador optou por definir parâmetros procedimentais mínimos, definindo as fases e a sequência que devem ser observadas nos certames, mas sem descrever ou restringir a totalidade dos atos praticáveis nas licitações. Essa sistemática possibilita que as empresas públicas e as sociedades de economia mista possam adequar os procedimentos às suas finalidades e características, respeitadas as diretrizes estabelecidas no Estatuto.

Essa constatação não representa apenas uma liberdade de atuação concedida às estatais, mas, conforme estabelece o art. 40 do Estatuto, um dever das empresas em publicar e manter atualizado regulamento interno que trate, dentre outros fatores, de procedimentos de licitação.

De acordo com *caput* do art. 51, esta é sequência-padrão de fases dos procedimentos licitatórios das estatais:

- preparação;
- divulgação;
- apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;
- julgamento;
- verificação de efetividade dos lances ou propostas;
- negociação;

- habilitação;
- interposição de recursos (fase única);
- adjudicação do objeto;
- homologação do resultado ou revogação do procedimento.

Nota-se, portanto, que a Lei nº 13.303/2016 adotou a lógica de que as estatais devem, primeiramente, analisar as propostas e proceder a habilitação apenas do licitante que apresentou a melhor oferta, de acordo com o critério de julgamento previsto no edital. Trata-se de sistemática largamente experimentada no âmbito dos pregões e que, como regra, torna o procedimento mais célere e descomplicado.

16.1.1. Habilitação antecipada

O Estatuto prevê, no §1º de seu art. 51, que a fase de habilitação poderá anteceder a apresentação de lances ou propostas; julgamento; verificação da efetividade das ofertas; e negociação. Por expressa disposição legal, essa antecipação ocorrerá apenas em situações excepcionais, com a devida motivação das razões que demandam a mudança, e a necessária previsão no instrumento convocatório.

O caráter excepcional da habilitação antecipada justifica-se, pois, como regra, sua utilização não possui vantagens evidentes e pode atrair riscos como o desperdício de tempo na análise de documentos habilitatórios de licitantes muito distantes de alcançar a melhor proposta apresentada; a morosidade quanto ao tempo dispendido na necessária fase recursal pós-habilitação, dentre outros³.

A despeito de a lei não indicar qual seria o gestor responsável por justificar a realização de certames com a habilitação antecipada, compreendemos razoável que o encargo se direcione à autoridade competente para a autorização, homologação e revogação das licitações, que poderá fazê-lo direta ou indiretamente, por ocasião da chancela das razões do setor técnico demandante ou especializado.

3. 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. 314.

Dessa maneira, a ordem sequencial dos certames com habilitação antecipada restaria assim configurada:

- preparação;
- divulgação;
- habilitação;
- interposição de recursos (1º prazo);
- apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;
- julgamento;
- verificação de efetividade dos lances ou propostas;
- interposição de recursos (2º prazo);
- negociação;
- adjudicação do objeto;
- homologação do resultado ou revogação do procedimento.

É importante perceber que a Lei das estatais oferece cenário que representa a "reversão da inversão" ou o "avesso do avesso" sobre a classificação tradicional. Em outros termos, no momento em que a Lei tornou exceção o que antes era a regra, adotando, como padrão, a habilitação posterior ao julgamento das propostas, a inversão das fases na Lei nº 13.303/2016 revela situação oposta ao que se verificava na relação entre a Lei nº 8.666/1993 e a Lei do pregão. Desse modo, com o objetivo evitar quaisquer dificuldades, propomos o uso da expressão *habilitação antecipada* para a excepcional hipótese disposta no art. 51, §1º, da Lei das estatais⁴.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA⁵

- ▶ No mérito, analisou a alegação do licitante de que as declarações requeridas pela Administração constituem "documentos necessários para a análise das condições para habilitação, os quais seriam exigíveis apenas na segunda fase do certame. Sustenta que a exigência antecipada representa excesso de formalismo". O relator

4. A despeito de a lei nº 13.303/2016 não indicar.

5. Vide nota de rodapé nº 38.

analisou que, "nos termos do art. 51, § 1º, da Lei nº 13.303/2016, a habilitação pode, excepcionalmente, anteceder outras fases do certame, havendo previsão expressa no instrumento convocatório". Apontou também que do edital "constou, expressamente, que o envio das declarações era condição para participação do certame" e, sendo assim, "não é possível afirmar, prima facie, ilegalidade da desclassificação da agravante". (...) Diante disso, o tribunal julgou que, conforme o "art. 51, § 1º, da Lei nº 13.303/2016, a habilitação pode, excepcionalmente, anteceder outras fases do certame, havendo previsão expressa no instrumento convocatório, como no caso". (Grifamos) (TJ/RS, Agravo Interno nº 70081007353)

16.1.2. Das fases

Para além da ordem sequencial tratada no tópico anterior, é oportuno indicar que a Lei das estatais não utiliza a tradicional divisão entre fase interna e externa dos procedimentos licitatórios. Preferiu o legislador elencar dez diferentes fases, apresentando uma espécie de roteiro mínimo a ser seguido, desde o surgimento da necessidade até o término da fase pré-contratual, com a homologação do resultado, anulação ou revogação do certame.

Conforme orienta o art. 51 da Lei nº 13.303/2016, estas são as fases que devem ser observadas nas licitações promovidas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista: 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.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA⁶

- ▶ Os atos de aprovar o termo de referência e de autorizar a contratação funcionam como etapas de controle e de vinculação de responsabilidade em relação aos procedimentos previamente adotados no processo de licitação, não representando mera formalidade. (TCU. Acórdão nº 3881/2017 – Primeira Câmara)

6. Vide nota de rodapé nº 38.