A desk with a scale of justice, a pen, a stamp, and papers.

# Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

uma análise das recentes mudanças no regime  
licitatório brasileiro, com enfoque na modalidade  
diálogo competitivo

Sophia de Moura Leite



**AYA EDITORA**  
2023

Sophia de Moura Leite

**Nova Lei de Licitações e  
Contratos Administrativos:**  
uma análise das recentes  
mudanças no regime licitatório  
brasileiro, com enfoque na  
modalidade diálogo competitivo

Ponta Grossa  
2023

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Autora**

Sophia de Moura Leite

## **Capa**

AYA Editora©

## **Revisão**

A Autora

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Produção Editorial**

AYA Editora©

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicadas

# **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

*Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí*

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

*Instituto Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

*Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP*

Prof.º Dr. Clécio Danilo Dias da Silva

*Centro Universitário FACEX*

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

*Universidade do Estado de Minas Gerais*

Prof.ª Ma. Denise Pereira

*Faculdade Sudoeste – FASU*

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

*Universidade Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença*

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

*Faculdade Santa Helena*

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

*Universidade Federal de Roraima*

Prof.º Me. Jorge Soistak

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

*Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara*

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

*Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

*Faculdade Santana*

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

*Universidade Federal Rural de Pernambuco*

**Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues**

*Universidade Norte do Paraná*

**Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa**

*Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP*

**Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes**

*Universidade Estadual do Centro-Oeste*

**Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch**

*Faculdade Sagrada Família*

**Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda**

*Universidade Estadual de Ponta Grossa*

**Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes**

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus  
Parauapebas*

**Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani**

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

**Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira**

*Instituto Federal do Acre*

**Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail**

*Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

**Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens**

*Faculdade Sagrada Família*

**Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares**

*Universidade Federal do Piauí*

**Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros**

**Rodrigues**

*Faculdade Sagrada Família*

**Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia**

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

**Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda**

**Santos**

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

**Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues**

*Instituto Federal de Santa Catarina*

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva da autora. A autora detém total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro, devem ser direcionados exclusivamente à autora.

---

L5332 Leite, Sophia de Moura

Nova lei de licitações e contratos administrativos: uma análise das recentes mudanças no regime licitatório brasileiro, com enfoque na modalidade diálogo competitivo [recurso eletrônico]. / Sophia de Moura Leite. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 47 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-368-2

DOI: 10.47573/aya.5379.1.190

1. Brasil. [Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021]. 2. Licitação pública - Legislação - Brasil. 3. Contratos administrativos - Brasil. I. Título

CDD: 342.8106

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

---

## **International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA**

**AYA Editora©**

**CNPJ:** 36.140.631/0001-53

**Fone:** +55 42 3086-3131

**WhatsApp:** +55 42 99906-0630

**E-mail:** contato@ayaeditora.com.br

**Site:** <https://ayaeditora.com.br>

**Endereço:** Rua João Rabello Coutinho, 557  
Ponta Grossa - Paraná - Brasil  
84.071-150

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>BREVE ANÁLISE CONTEXTUAL DO SUBSTITUTIVO DO PROJETO DE LEI NO 1.292/95 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....</b>	<b>9</b>
<b>PRINCIPAIS ALTERAÇÕES EM COMPARAÇÃO AO REGIME LICITATÓRIO ANTERIOR .....</b>	<b>14</b>
Princípios expressos na Nova Lei de Licitações e Contratos .....	15
Da alteração dos tipos penais transferidos para o código penal.....	17
Programa de integridade a ser implantado.....	19
<b>REGRAS DE TRANSIÇÃO RELATIVAS AO DIREITO INTERTEMPORAL NA LEI N.º 14.133/21 .....</b>	<b>22</b>
<b>NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO: DIÁLOGO COMPETITIVO E A TENDÊNCIA DE UMA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL .....</b>	<b>25</b>
Breve análise acerca das demais modalidades licitatórias .....	25
Nova modalidade de licitação .....	29
O diálogo competitivo no direito europeu .....	29
Diálogo competitivo no ordenamento jurídico brasileiro .....	33
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>41</b>
<b>SOBRE A AUTORA.....</b>	<b>42</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>	<b>43</b>



# APRESENTAÇÃO

---

O presente trabalho tem por escopo comentar as recentes mudanças no microsistema de contratações públicas a partir da edição da Lei no 14.133/21, em especial a nova modalidade de licitação – Diálogo Competitivo. Embora seja recente a publicação da lei, a importância do regramento merece discussões iniciais, para que, desde já, sejam as normas da nova legislação interpretadas com cunho prospectivo e antifundamentalista.

***Sophia de Moura Leite***



# INTRODUÇÃO

Na era da eficiência e da Administração Pública Gerencial, o influxo de consensualidade que influenciou o Direito Brasileiro não poderia deixar de fora o Direito Administrativo.

Nesse contexto, em que havia sede de mudança no âmbito das contratações públicas, as quais ainda eram regidas por um sistema datado de 1993, somado a algumas complementações feitas nos anos seguintes em leis esparsas, a Nova Lei de Licitações e Contratos veio em bom momento.

O presente trabalho analisará o histórico de edição da lei, junto às principais mudanças trazidas pelo novo regramento, atentando-se à diferenciação do que é “novo/novo” e o que é “novo/velho”.

Ademais, serão feitos comentários acerca da nova modalidade de licitação, o Diálogo Competitivo, a partir da compreensão do instituto no Direito Europeu, bem como, traçando-se as expectativas de utilidade do diálogo nas contratações contemporâneas.

Como se verá ao longo do texto, a doutrina administrativista, de uma forma geral, esperava mais audácia do Congresso Nacional. Falar em licitações e contratos no Brasil, sempre significou falar em uma legislação ética, que busca uma blindagem de fraudes, improbidades e corrupções, e, por isso, extremamente detalhista e extensa.

Talvez por isso, o momento da atualização legislativa já esteja mais do que ultrapassado, diante da necessidade de se acompanhar as modernizações que eventuais esquemas de corrupção sofreram e que deixaram a Lei de 1993 desarmada.

Em boa hora, entretanto, as alterações merecerão uma interpretação condizente com a evolução do tema na prática, para que não se amarre às raízes de uma lei antiga, o que impossibilitaria, por consequência, alçar novos vãos.



# **BREVE ANÁLISE CONTEXTUAL DO SUBSTITUTIVO DO PROJETO DE LEI Nº 1.292/95 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é resultado do Projeto de Lei n.º 4.253/2020, o qual é uma espécie de compilação de um longo histórico de projetos, dentre outros, o substitutivo da Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n.º 1.292-E.

Os projetos foram iniciados em 2013, em Comissão Especial do Senado, tendo sido aprovado em 10.12.2020 pelo Senado Federal. O projeto dispôs acerca das normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, alterando as Leis ns.º 13.105/2015, (Código de Processo Civil), 8.987/1995, 11.079/2004, e o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal). Além disso, revogou dispositivos da Lei nº 12.462/2011, e das Leis nº 8.666/1993, e 10.520/2002.

O texto submetido à sanção presidencial contou com pouco menos de duzentos artigos, de caráter nacional, e trouxe relevantes alterações em relação ao regime licitatório anterior de contratação, mormente quando se compara unicamente à Lei n.o 8.666/93.

Há que se ressaltar que a proposta apresentada contou com apoio de parte da doutrina administrativista e membros dos Poderes Legislativo e Executivo, por acreditarem tratar-se de tema extremamente caro à Administração Pública, especialmente diante da influência direta que tais contratações tem sob a correta destinação do dinheiro público.

Por sua vez, em termos contextuais, a nova lei já era requisitada em âmbito doutrinário e prático há aproximadamente 20 anos, quando se verificaram algumas insuficiências de determinados institutos previstos na Lei n.o 8.666/93. Ademais,

pode-se compreender que a sanção do Projeto veio em bom momento para o país, em consonância com a pretendida micro reforma econômica.

Entretanto, como todo e qualquer projeto de lei, não esteve imune às críticas. Nesse diapasão, houve também importante parte da doutrina publicista que manifestou gradativamente sua opinião, alinhando-se no sentido de considerarem a proposta insuficiente quando o tema é adaptação à nova realidade, mormente quanto ao ponto das tecnologias hoje apresentadas e as tendências do que se convencionou chamar “Governo 4.0”.

Frise-se que também houve críticas quanto à suposta promessa de “milagre da integridade”, em que se pretendeu, através do texto legal proposto, solucionar questões comportamentais diretamente relacionadas aos personagens responsáveis pelas contratações e seus procedimentos.

Houve quem entendesse, em linhas gerais, que não era através da legislação, e, portanto, não seria necessária a edição de uma nova lei, que se alcançaria a educação para a ética e boa-fé objetiva na gestão de contratos públicos, mas somente por meio de esforços práticos e firmes no sentido de coibir desvios.

Como bem resume o consagrado administrativista Jessé Torres Pereira Junior acerca da dicotomia da doutrina publicista quanto à legislação ainda vigente:

“O quarto de século ultrapassado de vigência da Lei federal nº 8.666/93 continua a suscitar manifestações que vão do repúdio à sua permanência na ordem jurídica positiva brasileira ao aplauso por sua existência, embora com ressalvas quanto à necessidade de seu aperfeiçoamento conceitual e operacional.”<sup>1</sup>

Somente à título de ilustração, em artigo recentemente publicado<sup>2</sup>, o Mestre Marçal Justen Filho já expôs sua decepção acerca das alterações, a qual perpassa, em síntese, pela impossibilidade de se alterar as leis e acreditar que essa é a solução para os seres humanos sob a qual a legislação incide, e aqueles que as aplicam.

Em outras palavras, faz o mencionado autor ferrenha crítica ao Projeto que, com a pretensão de inovar no mundo licitatório-concorrencial, não propôs soluções

<sup>1</sup> Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/09/30/do-dialogo-a-repressao-nas-contratacoes-administrativas-em-contexto-de-pandemia/>. Acesso em 30/10/2023.

<sup>2</sup> Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-nova-lei-de-licitacoes-e-a-ilusao-do-governo-dos-seres-humanos-15122020>. Acesso em 30/10/2023.

às antigas falhas que abrem espaço para condutas humanas já conhecidamente irregulares e tendenciosas.

Continua o autor, *in verbis*:

“uma lei decente reconheceria a ineficácia de soluções mirabolantes, a insuficiência da boa vontade do legislador e a irrelevância do agravamento das sanções. Reconheceria que os seres humanos são falhos e imperfeitos e buscaria a solução mais simples: a efetiva abertura do mercado público para a competição”.

Ainda, adiciona-se à crítica referente a não adaptação do novo marco licitatório às necessidades contemporâneas mencionadas, o fato de que a proposta não só já nasce fadada ao desuso, como também desperdiça esforços e oportunidade de inovação demasiado necessários para o setor de contratações para com a Administração Pública.

Na opinião do autor, em outras palavras, o projeto não só é inadequado, porquanto insuficiente, como acaba por adiar qualquer pretensão de solução – já urgentemente necessária.

Nessa linha, segundo a concepção do Procurador do Município do Rio de Janeiro Rafael Oliveira, o que se verificam são alterações cosméticas, pontuais, porém que já partiam do regime anterior e, assim, ainda carregam fortemente a concepção do antigo sistema.

Vejamos a conclusão do mencionado autor em artigo recentemente publicado, cujo título – “A nova Lei de Licitações: um museu de grandes novidades?”<sup>3</sup> - já nos remete à ideia ora trabalhada:

“(…) De lado os importantes avanços em relação às normas contidas na Lei 8.666/1993, a nova Lei de Licitações, ao incorporar institutos consagrados em leis especiais, positivando orientações dos órgãos de controle e apresentar texto prolixo, parece um grande “museu de novidades” e nos remete à música do inesquecível Cazusa: “Eu vejo o futuro repetir o passado; Eu vejo um museu de grandes novidades; O tempo não para; Não para, não, não para”.

Não são poucos os exemplos de institutos já existentes que compõem a nova lei. O custo político de alterar a Lei no 8.666/93 sempre foi tão alto, que o legislador preferiu criar leis esparsas e atualizá-las conforme as novas tendências, mesmo que

<sup>3</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em 01/01/2023.

mantendo intacta a antiga lei geral.

Como se verá mais detalhadamente adiante, a Lei do Pregão<sup>4</sup> apresentou ao Direito Administrativo Brasileiro a inversão de fases, trazendo julgamento antes da etapa da habilitação, invertendo o rito que constava na Lei no 8.666, o que virou uma tendência em dispositivos legais que consagraram a inversão, tais como a Lei das Estatais<sup>5</sup> e do Regime Diferenciado de Contratações (RDC)<sup>6</sup>. Agora, essa inversão está prevista na lei geral de licitações e contratos.

É possível verificar também outra inspiração oriunda do Regime Diferenciado de Contratação, qual seja, a contratação integrada, a qual está agora prevista na Lei de Licitações, com as contratações “turn-key”, em que o projeto base fica à cargo da própria empresa contratada<sup>7</sup>.

Ademais, o projeto acabou por positivar diversas orientações já constantes de enunciados sumulados do Tribunal de Contas da União, à exemplo da Súmula n.o 257<sup>8</sup>, que hoje consta do parágrafo único do art. 29 da Lei 14.233/21<sup>9</sup>.

Verifica-se, pois, que a nova lei trouxe alguns avanços em relação a Lei no 8.666/93 – mas novidades mesmo, em termos de ordenamento jurídico, não apresentou tantas. Perde-se a oportunidade de experimentalismo jurídico e inovações.

---

4 Lei no 10.520/02: Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital; (...) XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

5 Lei no 13.303/16: Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases: 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.

6 Lei 12.462/11: Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I – preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV – julgamento; V – habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento.

7 Lei no 12.462/11 - Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada. § 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

8 Súmula no 257 do TCU - O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

9 Lei no 14.233/21 – Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.

Em entendimento diverso, segundo o Procurador do Estado e Professor Flávio Amaral Garcia<sup>10</sup>, havia, de fato, uma esperança de que a nova lei retratasse o século XXI, e não o século XX. Haveria um falso dilema, calcado na ideia de que o sistema sempre foi muito fragmentado, diante da dificuldade de se alterar a Lei no 8.666/93, pois, quaisquer alterações no sentido de desburocratizar o regime licitatório implicaria abrir campo para fraudes e corrupções nessa seara.

Na concepção do Professor, entretanto, a nova lei consolida aquilo que estava fragmentado, mas não seria correto desvalorizar as significativas alterações apresentadas. A circunstância de ter havido essa consolidação não quer dizer que não tenha havido mudanças e, até mesmo, avanços. Não se trata, pois, de mera consolidação.

Isso porque, a partir dessa junção dos regimes antes esparsos, oportuniza-se que, em alguma medida, por exemplo, o Regime Diferenciado de Contratações possa, de fato, ser experimentado. Isso porque, o aludido regime tinha uma limitação específica referente aos objetos, e, com isso, na prática, ele não foi vivenciado, ao menos não no plano estadual.

Vê-se, então, que, embora a partir de mecanismos antigos, amplia-se o âmbito de aplicação de importantes instrumentos, tais como a contratação integrada, o orçamento sigiloso e a remuneração variada, que, embora não constantes da Lei no 8.666/93, passam a constar expressamente na Lei no 14.133/21.

Nessa perspectiva, pode-se perceber que o mencionado projeto foi uma composição de dispositivos das Leis no 8.666/93, Lei no 10.520/02 e Lei no 12.462/11, aliada às tendências fixadas na jurisprudência do Tribunal de Contas da União nos últimos anos sobre o tema.

---

<sup>10</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hRLmcpCN-P0>. Acesso em 30/10/2023.



# PRINCIPAIS ALTERAÇÕES EM COMPARAÇÃO AO RÉGIME LICITATÓRIO ANTERIOR

Entre as principais alterações, destaca-se, porém, sem pretensão de esgotamento, as seguintes: (i) a necessidade de apresentação do projeto completo de obra, (ii) o prévio estabelecimento da matriz de riscos, (iii) a possibilidade de contratação integrada para obras cujo valor supere R\$ 100 milhões, (iv) o contrato de eficiência, o qual fixa uma espécie de bônus para obras finalizadas de maneira adiantada, (v) o procedimento de manifestação de interesses, (vi) a possibilidade de orçamento global, (vii) a previsão de exequibilidade para propostas menores de 80% do orçamento, ou ainda, para propostas entre 80% e 85%, que deverão fazer seguro adicional para garantir a execução, (viii) o próprio seguro garantia, (ix) novas hipóteses de dispensa, (x) alterações nos prazos de contratos de serviços, totalizando 10 (dez) anos, (xi) vedação à terceirização de parentes de servidores públicos, (xii) divulgação de planejamento de compras de longo prazo pelos entes públicos, (xiii) previsão expressa da possibilidade de uso da arbitragem como meio de solução de conflitos entre contratados e Administração Pública, (xiv) os critérios de julgamento, a saber: a) menor preço; b) maior desconto; c) melhor técnica ou conteúdo artístico; d) técnica e preço; e) maior lance, no caso de leilão; e f) maior retorno econômico, (xv) a criação de um Portal Nacional de Contratações Públicas, em consonância com a transparência pregada ao longo de todo o projeto de lei.<sup>11</sup>

Passa-se a discorrer acerca de algumas das mencionadas alterações, as quais, possivelmente, vão gerar consequências diretas na forma de se pensar e aplicar a contratação no cenário da Administração Pública brasileira.

---

<sup>11</sup> <https://www.editoraforum.com.br/noticias/20-novidades-previstas-na-nova-lei-de-licitacoes/>

## Princípios expressos na Nova Lei de Licitações e Contratos

No que concerne à parte principiológica da legislação, a par dos já existentes na Carta de 1988, o art. 5º da Lei no 14.133/2021 traz, ainda, de forma expressa, dezesseis princípios, quais sejam: do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Tais princípios são de observância obrigatória ao longo de todo o processo concorrencial. Alguns destinam-se especificamente aos interessados e, futuro contratado, outros, ao Poder Público contratante, ou, ainda, a ambos.

Mais uma vez, há críticas ao longuíssimo rol, o qual caminha para a pan-principiologia, especialmente por ter a nova lei previsto princípios referentes ao Direito Administrativo, e não com foco específico nos princípios licitatórios.

De um lado, há um inegável avanço no art. 12, III, da Lei no 14.133/21<sup>12</sup>, pois positivou-se na lei geral a lógica do formalismo moderado. No art. 5º foi consagrado o princípio da celeridade e a diretriz do planejamento. A lei segue uma lógica, a partir de tendência verificada em outras normas, referente a função regulatória – o que preocupa diante da possibilidade de se usar a licitação como “populismo regulatório”, nos termos do Procurador do Estado Rodrigo Zambão<sup>13</sup>.

Ainda dentro dos objetivos da lei, há a previsão da inovação no art. 11, o qual traz diretrizes que espelham o conteúdo de alguns dos princípios já mencionados, reforçando-os, tais como a necessidade de se assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos, incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

---

12 Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

13 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hRLmcpCN-P0>. Acesso em 30/10/2022.

Tal dispositivo legal não deve ser encarado apenas como definição do objeto, mas a incorporação da nova ação na prática de condutas que rompam com dogmas que não se mostraram eficientes ao longo do tempo, evitando técnicas que não produziram, no passado, os resultados desejados. Um dos grandes desafios dos intérpretes da nova lei será ultrapassar a interpretação retrospectiva.

É preciso fazer interpretação prospectiva, e, para tanto, será necessário uma dose de antifundamentalismo – isto é, não se pode, nas palavras de Egon Bockmann Moreira<sup>14</sup>, adotar uma interpretação retrospectiva, que valorize a experiência pretérita e que cubra com véu os desafios futuros, que não se adeque as necessidades e a positividade constante da Lei no 14.133/21, para que acompanhe a chamada “Era da Complexidade Administrativa”<sup>15</sup>.

Nesse ponto, os princípios são fundamentais para nortear a interpretação que será dada a nova lei, por se tratar de fonte normativa que direciona o aplicador da Lei no 14.133/21 ao caminho da Administração Pública contemporânea.

Quanto à governança nas contratações públicas<sup>16</sup>, a ser promovida pela autoridade máxima na esfera administrativa gira em torno de análise de riscos, adoção de mecanismos de controle interno e de mecanismos de integridade, não só da Administração Pública, mas também daqueles que lidam diretamente com a contratação.

Para fins de dar efetividade ao princípio da celeridade, foi criado um sujeito importante na nova lei, o agente da contratação<sup>17</sup>, que vai ter o papel, ainda que

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/nao-me-fale-da-8666-9nfwqt8ulixd3iujy366rjxgu/>. Acesso em 29/10/2023.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RREaEu8Nyt4>. Acesso em 29/10/2023.

<sup>16</sup> Lei 14.133/21, Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

*Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.*

<sup>17</sup> Lei 14.133/21, Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de

assessorado por equipe técnica, de dar impulso ao procedimento, e executar outras atividades relacionadas ao bom andamento do certame.

A lei também traz previsão de fiscais e gestores, dando especial enfoque ao princípio da segregação de funções<sup>18</sup>, evitando-se que o mesmo agente administrativo seja designado para funções simultâneas, impedindo-se a ocultação de erros e ocorrência de fraudes. É um Estado Ideal de coisas a ser alcançado, pois esse princípio tem que ser conjugado com o princípio da realidade. Cabe lembrar que em matéria de controle, a má-fé não se presume.

## **Da alteração dos tipos penais transferidos para o código penal**

Em âmbito criminal, houve a introdução do capítulo “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos” ao Código Penal, o qual passou a tipificar, por força do art. 178 da nova lei, as seguintes condutas: contratação direta ilegal, frustração do caráter competitivo de licitação, patrocínio de contratação indevida, modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo, perturbação de processo licitatório, violação de sigilo em licitação, afastamento de licitante, fraude em licitação ou contrato, contratação inidônea, impedimento indevido, omissão grave de dado ou de informação por projetista.

Em sua maioria, trata-se de mera continuidade normativo típica, sendo certo

---

*contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.*

*§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei. (Regulamento) Vigência*

*§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.*

*§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.*

*18 Lei 14.133/21, Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:*

*I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;*

*II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e*

*III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.*

*§ 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.*

*§ 2º O disposto no caput e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.*

que os tipos penais, atualmente previstos no Código Penal, já constavam da Lei no 8.666/93, entre os artigos 89 a 108. Houve, porém, uma exceção, qual seja: a conduta prevista pela segunda parte do caput do revogado artigo 89 da Lei 8.666/93, que previa como crime “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Essa não foi reproduzida no Código Penal nem mesmo com preceito secundário distinto, tendo ocorrido, portanto, *abolitio criminis*, o que merece respeito ao artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal e ao artigo 5º, inc. XL, da Constituição Federal.

Em parte, houve comemoração da doutrina criminalista com relação à tal conduta do legislador, pois entendia-se, ainda na vigência do regime anterior, que era demasiado rígido criminalizar a conduta do gestor que, em hipótese legalmente prevista como inexigibilidade ou dispensa de licitação, contrata, mas sem observar as formalidades legais.

Nesses casos, meras sanções administrativas já pareciam suficientes para reprimir o comportamento, sendo, assim, necessário se valer dos subprincípios da intervenção mínima do Direito Penal, tais como a subsidiariedade e a fragmentariedade.

Vejamos a posição da professora Helena Regina da Costa Lobo<sup>19</sup>:

“Tratava-se de previsão muito criticada pela doutrina. Afinal, incriminava-se o comportamento de contratar diretamente nos casos, em que, de fato, cabia a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, porém sem que as formalidades fossem devidamente seguidas. Não havia qualquer justificativa material para a incriminação de tal conduta, desprovida de ofensividade ao bem jurídico (sequer na modalidade de perigo abstrato), de proporcionalidade e devendo ser considerada como penalmente irrelevante, sobretudo em um âmbito já exaustivamente sancionado por outras áreas do direito”

Por outro lado, em termos de fixação de penas, algumas foram significativamente aumentadas, o que afasta a possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores para crimes anteriormente qualificados como de menor potencial ofensivo.

Ainda no contexto de *reformatio in pejus*, a Lei nº 14.133/2021 incluiu apenas um novo tipo incriminador no Código Penal – “omissão grave de dado ou de informação

---

<sup>19</sup> BREDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas: comentários aos tipos penais, de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei 14.133/2021)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

por projetista”<sup>20</sup>. Todas essas alterações, porém, com aplicação para o futuro, em consonância com a vedação da retroatividade da lei penal agravadora.

Importa mencionar que, dessa vez, as estatais são regidas pelo mesmo sistema, pois, em que pese a previsão do artigo 41 da Lei nº 13.303/2016, os crimes licitatórios também são aplicáveis a elas, nos termos do artigo 185 da Lei 14.133/21<sup>21</sup>.

## **Programa de integridade a ser implantado**

Outra questão que merece destaque, diz respeito ao art. 25, parágrafo 4o, da Lei no 14.133/2021<sup>22</sup>, o qual trata da implantação do programa de integridade pelo licitante vencedor.

Primeiramente, vale comentar que a ideia em si não pode ser chamada propriamente de inovação em âmbito legislativo. Isso porque, além das diversas discussões em Grupos de Trabalhos do governo em todo o país, a própria Lei Anticorrupção Empresarial (Lei no 12.846/13) já tratava do compliance como uma das grandes apostas no método de prevenção a novos casos de corrupção e demais irregularidades no âmbito empresarial, em gradativo abandono da prevalência dos métodos repressivos.

Ressalta-se, ainda, que não se pode retirar o crédito dos legisladores estaduais, os quais, com clara pretensão de prevenir riscos, trouxeram regras locais inéditas, as quais passam, agora, a ser regulamentadas e corroboradas pela tão aguardada legislação nacional.

Exemplo disso é o Estado do Rio Grande do Sul, que publicou o Decreto

---

20 Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021) Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021) § 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021) § 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

21 Art. 185. Aplicam-se às licitações e aos contratos regidos pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, as disposições do Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

22 Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

no 55.631/2020, regulamentando a Lei Estadual n. 15.228/2018 que, dentre outras coisas, torna obrigatória a exigência de programas de *compliance* em contratações com valor superior a R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) para compras e serviços.

Além do decreto gaúcho, há atualmente normas e projetos de leis já bastante avançados nos Estados do Amazonas, Mato Grosso, Goiás e Pernambuco.<sup>23</sup>

Segundo a doutrina dos promotores Landolfo Andrade e Cleber Masson, entende-se como *compliance* o conjunto de medidas adotadas por determinada empresa para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares e implementar princípios de ética e integridade no ambiente negocial<sup>24</sup>.

Como ressalta Marcelo Zenkner<sup>25</sup>, membro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e autor de artigo publicado no Observatório da Nova Lei de Licitações - ONLL, o Projeto de Lei aprovado não estabeleceu como exigência a implementação de sistemas de integridade para as hipóteses de concessões, de arrendamentos e para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, o que poderá acarretar, ao final, certa contradição.

Apesar disso, o novo regime estabeleceu não apenas o desenvolvimento pelo licitante de sistema de integridade como critério de desempate nas licitações (artigo 59, inciso IV), mas também a implantação ou aperfeiçoamento de sistema de integridade para efeito de dosimetria das sanções aplicáveis da futura lei (artigo 155, § 1º, inciso V) e também como condição de reabilitação do licitante ou contratado (artigo 162, parágrafo único).

Ressalta-se, ainda, um importante comparativo entre o Projeto aprovado, que deu ensejo à Nova Lei de Licitações e Contratos, e a Lei Anticorrupção Empresarial nesse ponto.

---

<sup>23</sup> Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/10/a-nova-lei-de-licitacoes-os-programas-de-compliance-e-os-estados-membros-um-manifesto-pela-uniformizacao-do-tema/>. Acesso em 29/10/2023.

<sup>24</sup> ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. LINO, Gabriel. ANDRADE, Adriano. MACHADO, Rafael. *Interesses Difusos e Coletivos*, vol. 2, ed. 2020, p. 779-794

<sup>25</sup> Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/15/a-nova-lei-de-licitacoes-expectativas-em-torno-de-uma-revolucao-pela-integridade-no-ambiente-negocial-brasileiro/>. Acesso em 29/10/2023.

Como é sabido, a referida legislação pertence ao microsistema de proteção ao patrimônio público, e fixa a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica como regra. Conforme elucidação feita pelo Mestre Emerson Garcia<sup>26</sup> ao analisar o elemento subjetivo do ato lesivo no aludido microsistema, *verbis*:

“Na medida em que a LRPJ é primordialmente voltada à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, é mais que justificada a ausência de qualquer referência à culpa na tipologia do seu art. 5o. Portanto, a aplicação dessa tipologia, às pessoas naturais, exigirá, necessariamente, a demonstração do dolo, elemento naturalístico da conduta e que independe de previsão expressa.”

Depreende-se do exposto que, o mesmo entendimento deverá ser aplicado ao *compliance* no âmbito da Nova Lei de Licitações, o que gerará um sistema em cadeia no ambiente negocial brasileiro.

Em outras palavras, para que o sistema de integridade de uma empresa seja considerado verdadeiramente efetivo, essa somente poderá estabelecer relações negociais com outras que também possuam sistemas de integridade de mesma qualidade, sob pena de ser eventualmente responsabilizada por ato lesivo de prepostos em caso de subcontratação.

---

<sup>26</sup> GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9a ed. São Paulo. Saraiva. 2017, p. 787-789.



# REGRAS DE TRANSIÇÃO RELATIVAS AO DIREITO INTERTEMPORAL NA LEI N.º 14.133/21

Diante do grande número de alterações, o Congresso Nacional, ao editar os dispositivos legais referentes à vigência da nova lei, estabeleceu um prazo de transição de dois anos, no qual seria possível a escolha pela nova ou pelas antigas legislações que disciplinavam a matéria. As regras de transição foram previstas nas disposições finais e transitórias, constantes dos artigos 181 a 194 da Lei no 14.133/21.

Apesar dessa regra de caráter intertemporal referente ao procedimento de contratação e licitação, é imperioso ressaltar, mais uma vez, que parte da Lei no 8.666/93, notadamente os artigos 89 a 108, os quais comportam as seções referentes aos crimes e as penas, bem como os dispositivos que regulam o processo e procedimento judicial, perderam a vigência já em 1º de abril de 2021, diante da revogação expressa constante do art. 193, inc. I, da Lei 14.133/21, tendo o Código Penal regulamentado a matéria, como visto no capítulo anterior.

Afora esse trecho específico referente ao aspecto criminal, entretanto, o restante dos artigos da atual Lei de Licitações, assim como da Lei no 10.520/02 e 12.462/11, inicialmente, respeitariam o período de dois anos de *vacatio legis*, por força da redação originária do art. 193, inc. II, da Lei no 14.133/2021.

Trata-se de opção dada pelo legislador ao gestor, o qual, embora não possa combinar os regimes (veda-se a aplicação híbrida), poderia escolher, em cada procedimento licitatório, qual regramento pretende utilizar.

Vejamos as lições da Professora Fernanda Marinela, que resumem com excelência esse tema, *in verbis*:

“[...] durante os dois anos que se seguem à publicação da nova lei a Administração dispõe de três opções: aplicar o regime novo; aplicar o regime antigo; ou ainda alternar os regimes, ora promovendo licitações sob o regime antigo e ora promovendo licitações sob o regime novo, não sendo possível misturar as duas normas no mesmo procedimento.”

“Essa solução é muito parecida com a regra prevista na Lei no 13.303/16 que disciplina as estatais, com a diferença que, para essas empresas não existia a coexistência dos dois regimes, elas não tinham a opção de utilizar os dois regimes ao mesmo tempo, porque não existia um regime jurídico específico anterior e sim algumas disposições esparsas no ordenamento.”

(MARINELA, Fernanda. CUNHA, Rogério S. Manual de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 38)

Ocorre que, faltando tão somente um dia para a revogação do sistema anteriormente vigente, foi publicada a Medida Provisória no 1.167/2023, dando uma sobrevida à legislação anterior, para que a revogação se desse apenas em 30/12/2023, e não mais em 01/04/2023.

Destaca-se que a referida medida provisória, expressamente, fixou prazo até o dia 29/12/2023 para que o edital ou a dispensa de licitação fosse publicada, como forma de impor um marco para os procedimentos que estivessem em trâmite. No entanto, a Medida Provisória no 1.167/2023 não fora convertida em lei pelo Congresso Nacional, como determina o artigo 62, § 3º, da Constituição Federal, tendo, assim, perdido a sua vigência em 28/07/2023.

A matéria não ficou sem regramento, sendo certo que em 28/06/2023, portanto, antes do final do prazo de vigência da Medida Provisória em análise, foi publicada a Lei Complementar no 198, a qual, da mesma maneira, prorrogou o período de transição até 30/12/2023. A diferença foi que a referida legislação complementar, diferentemente da Medida Provisória, não dispôs de forma expressa acerca do marco temporal do dia 29/12/2023, como data limite de publicação dos editais ou das dispensas.

O problema relacionado a essa omissão decorre do fato de que, em tese, poder-se-ia verificar a situação em que, já em trâmite a fase interna de uma licitação, o edital não seja publicado até o dia 29/12/2023, isto é, deverá o órgão, então, se adequar as regras novas, porquanto vigentes.

A interpretação que salva é no sentido de que, ainda que não tenha havido previsão expressa na Lei Complementar acerca desse marco temporal, o Plenário do Tribunal de Contas da União, no acórdão no 503/2023, já havia firmado o prazo do dia 29/12/2023 para as mencionadas publicações dos instrumentos licitatórios, e, assim, essa permanece sendo a interpretação mais adequada.

Com base na eficiência e diligência, melhor seria, segundo Professor Rodrigo Zambão<sup>27</sup>, que a Administração Pública, dentro da autonomia de cada ente federativo, editasse uma diretriz sobre qual lei será adotada nesse período de *vacatio legis*.

Tal agir evitaria divergências entre secretarias, por exemplo, priorizando a segurança jurídica. Órgãos com autonomia, tais como Ministério Público e Defensoria Pública, deveriam fazer o mesmo, isto é, escolher uma diretriz e segui-la como parâmetro para todo o órgão. E, se utilizada a interpretação supramencionada, respeitando-se, ainda, o prazo do dia 29/12/2023 para publicações, seja do edital, seja do autorizativo de contratação direta.<sup>28</sup>

---

27 Curso: A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Aula 01, PGE TV.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hRLmcpCN-P0>. Acesso em 29/10/2023.

28 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-26/jurubeba-barretta-transicao-leis-licitacao#:~:text=Mais%20do%20que%20isso%2C%20a,artigo%20191%2C%20inciso%20I>). Acesso em 29/10/2023.



# NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO: DIÁLOGO COMPETITIVO E A TENDÊNCIA DE UMA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Dentre as alterações feitas no sistema de licitações clássico da Lei no 8.666/93, pode-se dizer que as modalidades de licitação foram significativamente alteradas a partir da edição da Lei no 14.133/21.

A nova lei não só excluiu modalidades que estavam em desuso, como também uniu as leis esparsas para agregar ao regramento geral, modalidade antes prevista em lei especial e, ainda, criou uma nova modalidade.

Nesse contexto, a atual legislação apresenta como modalidades de licitação, em seu artigo 28, os já conhecidos “Pregão” (antes constante da Lei no 10.520/02), a “Concorrência”, o “Concurso” e o “Leilão”, agora todos compilados em um mesmo texto de lei.

Ademais, de forma inovadora, vê-se que duas das antigas modalidades foram extintas, quais sejam, “Tomada de Preços” e “Convite”. Em contrapartida, a modalidade denominada “Diálogo Competitivo” fora importada do Direito Europeu para o ordenamento jurídico brasileiro.

## Breve análise acerca das demais modalidades licitatórias

Inicialmente, quanto ao convite e a tomada de preços, cumpre analisar as razões de ser para que não mais tenham relevância para o ordenamento jurídico brasileiro a ponto de terem sido extintas. Para tanto, importa levar em consideração outros aspectos colaterais que foram também objeto de alteração a partir da nova lei.

Isso porque, a Lei no 14.133/21, ao ampliar o valor da dispensa de licitação<sup>29</sup>,

---

<sup>29</sup> Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; (...)

abarcou dentro das hipóteses de contratação direta, valores muito próximos ao que antes era abarcado pela modalidade convite. Diante disso, compreende-se o porquê da não previsão dessa modalidade pela nova lei.

Por sua vez, a tomada de preços era modalidade que somente envolvia interessados previamente cadastradas<sup>30</sup>. A ideia era de que, se na concorrência há uma fase preliminar de habilitação, para depois seguir-se para a fase de julgamento, na tomada de preços haveria, desde o início, interessados cadastrados, como forma de dar celeridade a fase inicial do procedimento.

Ocorre que o próprio parágrafo 2o do art. 22 da Lei no 8.666/93 abria campo para que interessados não cadastrados, mas que atendessem as condições exigidas em até três dias antes da data do recebimento das propostas, pudessem participar do certame. Assim, de qualquer maneira, o procedimento não fugia da fase de análise dos documentos de licitação. Por conta disso, e, também em decorrência da possibilidade expressa de se utilizar a concorrência nas hipóteses em que caberia a tomada de preços<sup>31</sup>, essa modalidade caiu em desuso.

São essas as razões para que tais modalidades tenham sido excluídas da nova lei.

Outra aspecto interessante é o fato de que a nova lei não mais vai utilizar o valor estimado de contratação para definição da modalidade. Isso porque com a extinção do convite e da tomada de preços, só restou a concorrência entre as modalidades que tinham o valor como parâmetro.

Ainda assim, tal fato não significa dizer que o valor estimado da contratação perdeu a relevância, havendo outras várias situações em que o valor da contratação é critério definidor de alguma regra. Como exemplo, na fase preparatória é fundamental estabelecer-se o valor estimado antes de contratar, pois ainda que não seja mais relevante para definição da modalidade, é necessário para fins de desclassificação de uma proposta ao longo da contratação, ou ainda, para saber se o Poder Público

---

*30 Lei no 8.666/93 – art. 22, § 2o Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.*

*31 Lei no 8.666/93 – art. 23, § 4o Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.*

tem no orçamento condições de contratar, entre outros.

Acerca do Pregão, modalidade que é usada para aquisição de bens e serviços comuns, com desempenho de qualidade objetivamente decididos<sup>32</sup>, foi, em geral, conservada pela nova lei<sup>33</sup>.

No âmbito do Pregão, diante da omissão legislativa na Lei no 10.520/02, e a partir da lógica de positivação dos entendimentos do Tribunal de Contas da União, incorporou-se o conteúdo constante do enunciado de Súmula no 257 do TCU, o qual prevê que “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

Da mesma forma, a vedação do uso do Pregão para obras e serviços de engenharia já estava previsto no Decreto n.º 10.024/2019, que regulamenta o Pregão na forma eletrônica, já proibia o uso dessa modalidade para obras<sup>34</sup>. A nova lei mantém essa sistemática.

Quanto ao critério de julgamento do Pregão, a nova lei mantém entendimento do TCU e da doutrina, no sentido de que o critério de julgamento “menor preço” também abarca o critério “maior desconto”. Fato é que a Lei no 10.520/02 não tratava expressamente dessa hipótese, tendo sido positivada na nova lei.

Acerca do critério de julgamento “maior desconto”, é relevante entender uma premissa: o Poder público deve fixar um valor base de contratação e, em seguida, os interessados apresentam descontos a partir do valor parâmetro, vencendo, pois, aquele que apresentar o maior desconto.

Segundo entende o Professor Rafael Oliveira, perde-se, assim, uma grande oportunidade de se positivar aquilo que já é uma realidade. Na prática, em alguns Pregões, o critério de julgamento adotado é o “maior valor”, o qual já foi inclusive reconhecido pelo Tribunal de Contas da União.

32 Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.

33 Lei no 14.133/21, art. 6o, XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

34 Decreto no 10.024/19, art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a: I - contratações de obras; II - locações imobiliárias e alienações; e III - bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do caput do art. 3º.

Isso se dá em situações em que o Poder Público verifica que, ao invés de ele pagar o preço, é de interesse do contratado, pagar ao Poder Público para fornecer o serviço – ou seja, o critério acaba sendo o maior valor a ser pago ao Poder Público. E, então, ao invés de “maior desconto” ou “menor preço”, aproveitando o ensejo de a nova lei se aproximar da realidade, poderia ter havido uma adaptação no sentido de abordar, por exemplo, a “maior vantagem econômica”, o que abarcaria essa hipótese também. Mais uma vez, perde-se a oportunidade de avançar com a nova lei.

No que concerne à modalidade Concorrência<sup>35</sup>, trata-se de modalidade utilizada de forma subsidiária em relação ao Pregão. A nova lei de licitações, em tempo, consagra a tendência de inversão de fases, a qual já era adotada em leis esparsas, tais como no Pregão e no Regime Diferenciado de Contratações. A partir de agora, nas demais modalidades, como regra, passou-se a ter primeiro o julgamento e depois habilitação, embora, permita-se a escolha do procedimento anterior, de maneira excepcional.

Analisando-se os dispositivos legais, percebe-se que as sequências de atos são basicamente as mesmas, quando comparadas as modalidades entre Pregão e Concorrência. Diferenciam-se em relação ao objeto, já que, como supramencionado, o Pregão é usado para aquisição, pelo Poder Público, de bens e serviços comuns, enquanto que a Concorrência tem objeto amplo. Quanto ao critério de julgamento, no Pregão os critérios são “menor preço” ou “maior desconto”, mas na concorrência as possibilidades são várias, cabendo “menor preço”, “melhor técnica ou conteúdo artístico”, “técnica e preço”, “maior retorno econômico”, ou “maior desconto”, a ser adaptado no caso concreto.

Na modalidade Concurso, não houve significativas alterações, pois a nova lei basicamente repetiu aquilo que já era previsto na Lei no 8.666/93, e, portanto, continua sendo modalidade usada para trabalho técnico, científico ou artístico, e o critério de julgamento segue sendo melhor técnica ou conteúdo artístico<sup>36</sup>.

---

*35 Lei no 14.133/21, art. 6o - XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto*

*36 Lei no 14.133/21, art. 6o - XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;*

Por sua vez, o Leilão, tal como consagrado na Lei no 8.666/93, aparece na nova lei, mas com uma mudança relevante: a alienação de bens móveis e imóveis. Anteriormente, tal modalidade era utilizada somente pela alienação, pelo Poder Público, de bens móveis inservíveis para a Administração Pública ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19 da Lei no 8.666/93, a quem oferecesse maior lance (art. 22, § 5º, da Lei no 8.666/1993). A regra, porém, constante do art. 17 da Lei no 8.666/03 era de que, para alienação de imóvel, usava-se a concorrência.

No atual regramento legislativo, portanto, passa a ser a modalidade para alienação de bens do Estado, de maneira geral. O responsável pelo procedimento será um leiloeiro, seja contratado ou servidor público.

## **Nova modalidade de licitação**

### ***O diálogo competitivo no direito europeu***

O presente trabalho passa a se debruçar de forma breve, porquanto ainda pendente de discussão mais robusta em âmbito doutrinário, acerca da nova modalidade de licitação no Direito Administrativo brasileiro: o Diálogo Competitivo.

A figura de matriz anglosaxônica, conhecida como *Competitive Dialogue*, conforme bem explica a doutrina do professor Rafael Oliveira<sup>37</sup>, tem origem no âmbito da União Europeia, já no ano de 2004, o qual serviu de inspiração para o legislador nacional incorporá-lo ao ordenamento jurídico como nova modalidade de licitação.

A Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, define o chamado “diálogo concorrencial” como:

“procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participação e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou

---

37 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; *Licitações e Contratos Administrativos, Teoria e Prática*. 9a ed. 2020, p. 708;

nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta” (art. 11, alínea c, da Diretiva 2004/18/CE).

Portanto, verifica-se que a influência do Direito Europeu em termos de contratos públicos é, como sempre foi, extremamente forte, e caminha em conformidade com o que se tem convencido chamar de “Administração Pública Consensual”.

A mesma influência europeia também pode ser identificada no que toca à parte principiológica da nova lei. Nota-se a semelhança dos sistemas, sendo certo que o Direito Europeu dos contratos públicos é marcado pelos seguintes princípios: concorrência, igualdade (e não discriminação), transparência, publicidade, estabilidade, sustentabilidade ambiental e social, entre outros.<sup>38</sup>

O diálogo concorrencial, após previsão nas diretivas europeias, foi incorporado a diversos Códigos europeus em seguida. Entre os países europeus, pode-se indicar: Portugal (artigos 30º e 204º a 218º do Código de Contratos Públicos), França (*Dialogue compétitif*: artigos 26, I, 3º, 36 e 67 do *Code des marchés publics*), Espanha (Diálogo Competitivo: artigos 163 a 167 da Lei 30/2007 – *Contratos del Sector Público*) etc.

Fica claro, a partir da experiência desses países, que, na maioria dos casos, a Administração Pública tem uma ideia definida do que quer comprar, isto é, do problema que precisa solucionar, e, então, incumbe ao Poder Público verificar as necessidades de bens ou de serviços para, depois, procurar obtê-los.

Diferentemente da contratação clássica, conforme ensina o professor português Pedro Costa Gonçalves<sup>39</sup>, em que a Administração tem a ideia pronta e predeterminada do que quer e precisa, em 2004, o modelo europeu percebeu que, nem sempre há essa definição clara, de antemão, acerca de como resolver uma necessidade.

Criou-se, então, a concepção de parceria público-privada no próprio procedimento de licitação, isto é, a partir de uma colaboração ativa entre entidade pública e o mercado, no próprio procedimento, um diálogo em que a entidade licitante manifesta a necessidade, uma dificuldade ou um problema a ser solucionado.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; *Licitações e Contratos Administrativos, Teoria e Prática*. 9a ed. 2020, p. 709;

<sup>39</sup> Disponível em Curso: *A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Aula 07, PGE TV*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RREaEu8Nyt4>. Acesso em 29/10/2023.

Por vezes, realiza-se no Direito Europeu os chamados “concurso de ideias” ou “concurso de concessão”, procedimentos autônomos em que a entidade pública pode lançar, a qualquer momento, um concurso para que lhe sejam oferecidas ideias. Em outras palavras, não se está falando de um procedimento de compras de serviço ou objetos, mas de compra de ideias.

A partir daí, soluções são apresentadas pelos concorrentes, para permitir que a entidade pública licitante, a partir desses diálogos, evolua e passe a, então, a saber de forma mais precisa o que quer para atender ao interesse público.

Trata-se, pois, de um procedimento moroso, composto por diversas reuniões individuais entre os interessados e a Administração Pública, em que haverá registro em ata e gravação, pois cada concorrente dialoga com a entidade adjudicante, até que se estabilize a solução, para, só então, avançar para a próxima etapa.

Alguns riscos podem ser identificados. A entidade licitante inicia um procedimento sem uma solução definida, sem saber o que vai acontecer, qual o projeto que será consolidado, correndo o risco, inclusive, de não se alcançar nenhuma solução, ou nenhuma solução útil, ou, ainda, nenhuma proposta que esteja dentro do orçamento.

Há também uma certa dificuldade na seara da igualdade competitiva. Isso porque, os operadores econômicos que apresentaram soluções inviáveis, inadequadas ou até mesmo descabidas, podem, depois, concorrer e apresentar um preço para a solução que foi definida e alcançada por outro interessado. Neste ponto de vista, há uma dificuldade de se tratar com isonomia os concorrentes.

Por conta desses fatores, o legislador europeu foi extremamente restrito quanto à possibilidade de uso dessa modalidade de licitação. Vale a transcrição do art. 29 da Diretiva 2004/18/CE, que regulamente a matéria no Direito Europeu:

Artigo 29.o

Diálogo concorrencial

1. Em caso de contratos particularmente complexos, os Estados-Membros podem prever que as entidades adjudicantes, na medida em que considerem que o recurso ao concurso público ou limitado não permite a adjudicação do

contrato, possam recorrer ao diálogo concorrencial nos termos do presente artigo.

A adjudicação do contrato público será feita unicamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa.

2. As entidades adjudicantes publicarão um anúncio de concurso, em que darão a conhecer as suas necessidades e exigências, que definirão nesse mesmo anúncio e/ou numa memória descritiva.

3. As entidades adjudicantes darão início, com os candidatos seleccionados nos termos das disposições pertinentes dos artigos 44.o a 52.o, a um diálogo que terá por objectivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades. Durante esse diálogo, poderão debater com os candidatos seleccionados todos os aspectos do contrato.

Durante esse diálogo, as entidades adjudicantes garantirão a igualdade de tratamento de todos os proponentes. Designadamente, não facultarão de forma discriminatória informações que possam dar a um proponente vantagem relativamente a outros.

As entidades adjudicantes não podem revelar aos outros participantes as soluções propostas nem outras informações confidenciais comunicadas por um candidato que participe no diálogo, sem a aprovação deste último.

4. As entidades adjudicantes podem determinar que o procedimento por negociação se desenrole em fases sucessivas por forma a reduzir o número de soluções a debater durante a fase de diálogo e aplicando os critérios de adjudicação indicados no anúncio de concurso ou na memória descritiva. O recurso a esta faculdade deve ser indicado no anúncio de concurso ou na memória descritiva.

5. As entidades adjudicantes prosseguirão esse diálogo até estarem em condições de identificar, se necessário por comparação, a solução ou soluções susceptíveis de satisfazer as suas necessidades.

6. Depois de declararem a conclusão do diálogo e de informarem do facto os participantes, as entidades adjudicantes convidá-los-ão a apresentar a sua proposta final com base na ou nas soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo. Estas propostas devem conter todos os elementos requeridos e necessários à realização do projecto.

A pedido das entidades adjudicantes, estas propostas podem ser clarificadas, precisadas e ajustadas. Todavia, essas precisões, clarificações, ajustamentos ou complementos não podem alterar elementos fundamentais da proposta ou do concurso cuja variação seja susceptível de distorcer a concorrência ou de ter um efeito discriminatório.

7. As entidades adjudicantes avaliarão as propostas recebidas com base nos critérios de adjudicação fixados no anúncio de concurso ou na memória descritiva e escolherão a proposta economicamente mais vantajosa, nos termos do artigo 53.o.

A pedido da entidade adjudicante, pode ser solicitado ao proponente identificado como tendo apresentado a proposta economicamente mais vantajosa que clarifique aspectos da sua proposta ou confirme os compromissos nela constantes, na condição de tal não ter por efeito alterar elementos substanciais da proposta ou do anúncio de concurso, falsear a concorrência ou acarretar discriminações.

8. As entidades adjudicantes podem prever prêmios ou pagamentos aos participantes no diálogo.

Definiu-se, ainda e de antemão, o que entende por “particularmente complexo”, vejamos:

“Para efeitos do recurso ao procedimento previsto no primeiro parágrafo, um contrato público é considerado como «particularmente complexo», quando a entidade adjudicante: não está objectivamente em condições de definir os meios técnicos, de acordo com o disposto nas alíneas b), c) ou d) do n.º 3 do artigo 23.º, capazes de responder às suas necessidades ou aos seus objectivos, e/ou não está objectivamente em condições de estabelecer a montagem jurídica e/ou financeira de um projecto;”

Ademais, entende-se por solução inovadora, aquela que não está disponível no mercado e, no âmbito da Europa, deve-se ter em vista o mercado europeu como um todo, e não apenas o mercado local da entidade licitante.

Exemplos em que tem sido usada essa modalidade no Direito Europeu são os sistemas de mobilidade urbana, cidades inteligentes, mobilidade elétrica, setor da saúde, notadamente para práticas hospitalares. Ou seja, são nichos de evolução tecnológica, em que, na verdade, o que está em discussão não é a descoberta de toda uma solução inovadora, mas sim de algumas especificidades.

Como vantagem decorrente desse procedimento, é o fato de que pode promover a inovação, desenvolvimentos tecnológicos, e soluções inovadoras. Assim, pode-se dizer que o legislador brasileiro cumpriu com seu papel de disponibilizar às entidades públicas um cardápio de possibilidades para licitar. Apesar disso, não é papel do gestor prudente usar diálogos competitivos como um padrão, pois é modalidade demasiado específica, em que a indefinição da entidade licitante vai ser definida dentro do procedimento.

Diante dessas características apresentadas, é preferível que o Poder Público, através de trabalho exigente e criterioso, baseado em pesquisas, use outras modalidades, e, somente, em não havendo solução, usa-se Diálogo Competitivo.

### ***Diálogo competitivo no ordenamento jurídico brasileiro***

Partindo-se para análise do Direito Brasileiro, o Diálogo Competitivo, também

chamado “Diálogo Concorrencial” é a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

Nesse sentido, vale conferir trecho do artigo escrito pelo professor Thiago Marrara, da Universidade de São Paulo, publicado na revista Consultor Jurídico, edição de 6 de janeiro de 2017:

“ (...) Mais que romper com o dogma da contratação por adesão, o diálogo concorrencial afasta por definitivo a presunção de que o Estado é infalível, capaz de avaliar os incontáveis segmentos de mercado em todos os contextos, capaz de elaborar isoladamente as soluções de que necessita dentro dos mais diferentes e complexos ramos de atividade em que atua e, muitas vezes, sem os recursos humanos necessários para tanto. A modalidade em questão, em última instância, atribui à licitação muito mais que uma mera função de seleção do agente econômico que será contratado. Nela, a licitação assume uma função de aprendizado, de desenvolvimento e de inovação. Pelo diálogo, a licitação passa a gerar conhecimento, novos produtos e serviços em benefício do Estado, da efetividade de suas tarefas e do atendimento das necessidades coletivas. Todavia, a produção dos efeitos esperados – é indubitável – dependerá de agentes públicos devidamente preparados e pessoalmente engajados para atuar com respeito incondicional às normas da boa-fé, de isonomia e promoção da competição real, justa e ampla. Ausentes essas condições, o diálogo concorrencial correrá o risco de se transformar facilmente em um nicho de corrupção e de benefícios indevidos”.

Com a atual Lei de Licitações e Contratos, chega-se à 3ª fase daquilo que a doutrina de Maria João Estorninho<sup>40</sup> denomina “Direito Comunitário em Matéria de contratação pública”, qual seja, a elaboração de normas substantivas de contratos públicos.

O diálogo competitivo, segundo o Procurador do Estado Flávio Amaral Garcia<sup>41</sup>, é incorporado com o escopo de apresentar soluções customizadas, para grandes projetos, em que o Estado brasileiro não tem ideia de como desenvolver a partida.

Nesse ponto, diferencia-se da Procedimento de Manifestação de Interesses<sup>42</sup>,

40 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 80-90.

41 Disponível em Curso: *A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Aula 07*, PGE TV. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RRFaEu8Nyt4>. Acesso em 29/10/2023.

42 Lei no 14.133/21, Seção IV, Do Procedimento de Manifestação de Interesse - Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento. § 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá

procedimento auxiliar em que a relação com o setor privado é anterior até mesmo à decisão de licitar. No diálogo competitivo, instala-se um dever de negociação durante a licitação, o que é absolutamente inovador, haja vista que as licitações brasileiras sempre partiram de muita rigidez.

Vale colacionar o dispositivo em questão em sua integralidade para ulterior análise, em especial, suas hipóteses de aplicação. Senão vejamos:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I – a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse de participação na licitação;

II – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III – a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

---

*ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital. § 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no caput deste artigo: I - não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório; II - não obrigará o poder público a realizar licitação; III - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; IV - será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público. § 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o caput deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis. § 4º O procedimento previsto no caput deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.*

IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V – a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII – a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

X – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI – o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII – órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato.

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

Do texto do artigo supracolacionado, depreende-se que o procedimento parte da ideia de estabelecimento de diálogo direto entre a Administração Pública contratante e as pessoas jurídicas interessadas.

Dessa maneira, somente será cabível a modalidade do diálogo competitivo em se verificando a presença concomitante dos três requisitos enumerados no inciso I, do art. 32, devidamente comprovados nos autos do respectivo processo administrativo, quais sejam: a) inovação tecnológica ou técnica, b) impossibilidade de o órgão ou

entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e, c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

Tal regra se dá diante da consequência direta que essa modalidade de licitação acarreta, isto é, importa que a Administração leve em conta a contribuição dos particulares interessados na definição das características que deverá ter o objeto a ser contratado, bem como a estimativa de seu custo específico. Assim sendo, esse diálogo influenciará, prévia e diretamente, na definição da equação econômico-financeira do futuro contrato.

Sendo assim, após a divulgação da pretensão do Poder Público de realizar a contratação através de licitação, essas entidades privadas serão selecionadas para a concorrência, informadas acerca das “regras do jogo”, de forma a garantir transparência na seleção e tratamento isonômico entre os concorrentes.

Em uma segunda etapa, chamada de fase competitiva, passa-se então à seleção do projeto, a partir da apresentação de propostas finais por parte das entidades interessadas, desde que cumpridas as regras e critérios previamente estipulados pelo ente contratante.

Tais critérios deverão ser seguidos à risca pelo Poder Público, em respeito aos princípios do planejamento, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade e da competitividade. Em sequência, seleciona-se a proposta mais vantajosa, em termos técnicos e, principalmente, econômicos.

Isto posto, conforme trabalhado, não se pode ignorar os riscos de se afastar, com a aludida modalidade de licitação, do escopo primevo, qual seja, satisfazer o interesse público, e garantir a economicidade e eficiência das contratações públicas.

Uma preocupação, que certamente representará um desafio é o fato de que tais diálogos entre gestores públicos e o mercado privado serão fiscalizados por órgãos de controle e, diante dos últimos escândalos no país relacionados a procedimentos licitatórios, corre-se o risco de incorrer e responder por eventual ato de improbidade administrativa, o que poderá travar, de certa forma, o uso dessa modalidade.

Para tanto, as gravações das reuniões e a transparência determinadas no inciso VI do parágrafo 1o do art. 32 devem ser levadas a sério, para evitar o desuso da modalidade, decorrente do medo, e, também, evitando-se que se dê chance a eventuais desvios. Assim, é importante o concomitante aparelhamento dos órgãos de controle.

Como bem destaca o Professor Egon<sup>43</sup>, há um outro desafio que a lei não resolve. Por conta da previsão de gravação das reuniões e da necessidade de se registrá-las em ata, eventualmente, o interessado vai se ver obrigado a oferecer um projeto que ele desenvolveu, o qual pode estar até mesmo blindado por regras relacionadas à propriedade intelectual, e, ao mesmo tempo, também por conta de previsão expressa em lei, será submetido a gravações, e entregará a ideia à Administração Pública. Essa questão do Direito Autoral não foi tratada na lei.

Outra questão interessante, levantada pelo Professor Pedro Costa Gonçalves<sup>44</sup>, é a possibilidade de ser aventada a necessidade ou não de se indenizar, de alguma forma – tal qual se tem no Procedimento de Manifestação de Interesses – aquele que, embora não vença a segunda fase, isto é, não logre executar o contrato, tenha despendido recursos com a apresentação da solução vencedora.

Certamente, haverá discussões a respeito do tema, porém, especialmente em se tratando de Administração Pública, deve-se ter em mente que, não há previsão legal nesse sentido, e, repita-se, a lei foi extremamente detalhista, não abrindo campo para interpretações em alguns sentidos não positivadas, e, ademais, faz parte da competição, e da livre concorrência, que a solução, embora gere custos de pesquisa, seja apresentada. Portanto, não haveria que se falar em indenização.

---

43 Disponível em Curso: A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Aula 07, PGE TV. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RREaEu8Nyt4>. Acesso em 29/10/2023.

44 Disponível em Curso: A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Aula 07, PGE TV. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RREaEu8Nyt4>. Acesso em 29/10/2023.



# CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos apontamentos feitos no presente trabalho, a única conclusão que se pode chegar de forma mais segura é de que a nova legislação ainda será objeto de muita discussão por parte dos envolvidos, seja entre as próprias entidades contratantes, ou entre as pessoas jurídicas interessadas nas contratações, ou, ainda, os próprios administrados.

O caminho mais seguro a ser dado deve, necessariamente, perpassar pela preocupação de garantir a segurança jurídica, a flexibilidade na gestão, a ética e a boa-fé.

Na linha da Administração Consensual apresentada, deve-se ainda garantir que o diálogo entre Estado e sociedade, executores e controladores seja não só disponibilizado, como também observado.

É nesse contexto de trocas mútuas que a nova modalidade de licitação ora estudada, o diálogo concorrencial, ganha relevo e gera consequências no equilíbrio econômico financeiro do contrato, em respeito ao art. 37, inc. XXI da Carta Magna, que determina sejam mantidas as condições efetivas da proposta.

Será preciso maturar toda a concepção que está sendo iniciada a partir da Lei no 14.133/21, para que se esqueça a “Era da Simplicidade Administrativa”. Necessário, ainda, pensar em um design colaborativo de editais e contratos, sem se olvidar de consolidar núcleo duro dogmaticamente e também na prática, relativo à discricionariedade da negociação, sem que isso seja revisto, a todo tempo pelo Judiciário ou pelo Tribunal de Contas, sobrepondo-se a discricionariedade do gestor, para que haja respeito à margem de apreciação do gestor.

Assim, imperativa a interpretação da nova lei a partir dela mesmo, com a compreensão de que se trata de um novo regime, para interpretá-la sistematicamente a partir do novo microsistema de contratações públicas, não com olhar retrospectivo.

Especificamente quanto ao Diálogo Competitivo, evidencia-se, pois, que

a inadequada utilização dessa modalidade licitatória arrisca gerar graves vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade, a provocar a nulidade da licitação e do contrato que se lhe seguirá, com a responsabilização dos agentes públicos e privados que dele hajam participado.

Resta, portanto, aguardar o rumo que será dado à Nova Lei de Licitações e Contratos e observar se a pretensão fora tão somente calar os anseios por atualização legislativa do regime de licitações, ou, de fato, unir esforços para sanar os desvios que parecem estar entranhados na forma de contratação pública do país.



# REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. LINO, Gabriel. ANDRADE, Adriano. MACHADO, Rafael. Interesses Difusos e Coletivos, vol. 2, ed. 2020.

BREDA, Juliano (Coord.). Crimes de licitação e contratações públicas: comentários aos tipos penais, de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei 14.133/2021). São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

ESTORNINHO, Maria João. Curso de direito dos contratos públicos. Coimbra: Almedina. Ed. 2012.

GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 9a ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

MARINELA, Fernanda. CUNHA, Rogério S. Manual de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; Licitações e Contratos Administrativos, Teoria e Prática. 9a ed. 2020.

PEREIRA JR., Jessé Torres; Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro, Renovar. Ed. 2009.

---

# **Sobre a Autora**

## **Sophia de Moura Leite**

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduada em Direito da Advocacia Pública pela UERJ e em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

# Índice Remissivo

## A

agentes públicos 17, 34, 40  
alienação 29  
ambiental 30  
análise 2, 16, 23, 25, 26, 33, 35  
antifundamentalista 7

## C

consensualidade 8  
contemporâneas 8, 11  
contratação 9, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 22, 24, 25, 26,  
27, 28, 30, 34, 36, 37, 40  
contratações 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 18, 19, 20, 27,  
35, 37, 39, 41  
contrato 14, 17, 19, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40  
contratos 8, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 29, 30, 31, 34,  
39, 41  
corrupções 8, 13  
crimes 18, 19, 22  
criminal 17, 22

## D

desenvolvimento 12, 15, 16, 20, 34, 35  
dinheiro público 9  
Direito 2  
discussões 7, 19, 38  
doutrina 8, 9, 10, 18, 20, 27, 29, 34

## E

econômico 12, 14, 28, 29, 34, 37, 39  
ética 8, 10, 20, 39

## F

financeiro 39  
fraude 17  
fraudes 8, 13, 17

## G

gestão 10, 16, 17, 19, 39  
gestor 18, 22, 33, 39

## I

ilegalidade 40  
improbidades 8

inconstitucionalidade 40  
inovação 11, 15, 16, 19, 33, 34, 35, 36  
inovações 12  
instrumentos 13, 23

## **J**

judicial 22  
julgamento 12, 14, 15, 19, 26, 27, 28, 37  
jurídica 10, 12, 15, 21, 24, 33, 35, 37, 39  
jurídicas 21, 36, 39  
jurídico 12, 17, 18, 23, 25, 29, 33  
jurisprudência 13

## **L**

legislação 7, 8, 10, 15, 19, 21, 23, 25, 39  
legislações 22  
legislador 11, 18, 22, 29, 31, 33  
legisladores 19  
legislativa 8, 27, 40  
legislativo 19, 29  
lei 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 38, 39, 41  
leis 8, 10, 11, 16, 20, 24, 25, 28  
licitação 7, 8, 9, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41  
licitações 8, 12, 17, 19, 20, 22, 25, 28, 35, 40, 41  
licitatório 2, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 22, 35, 36

## **N**

negociação 12, 32, 35, 39  
normas 7, 9, 11, 15, 17, 19, 20, 22, 34  
normativa 16  
normativo 17

## **O**

orçamento 13, 14, 27, 31  
ordenamento 12, 23, 25, 29, 33

## **P**

patrimônio 21  
planejamento 14, 15, 16, 37  
político 11  
prática 8, 13, 16, 27, 39  
presidencial 9  
princípios 15, 16, 20, 30, 37  
projeto 9, 10, 11, 12, 13, 14, 19, 31, 36, 37, 38

---

publicação 7  
públicas 7, 8, 9, 16, 18, 29, 33, 37, 39, 41

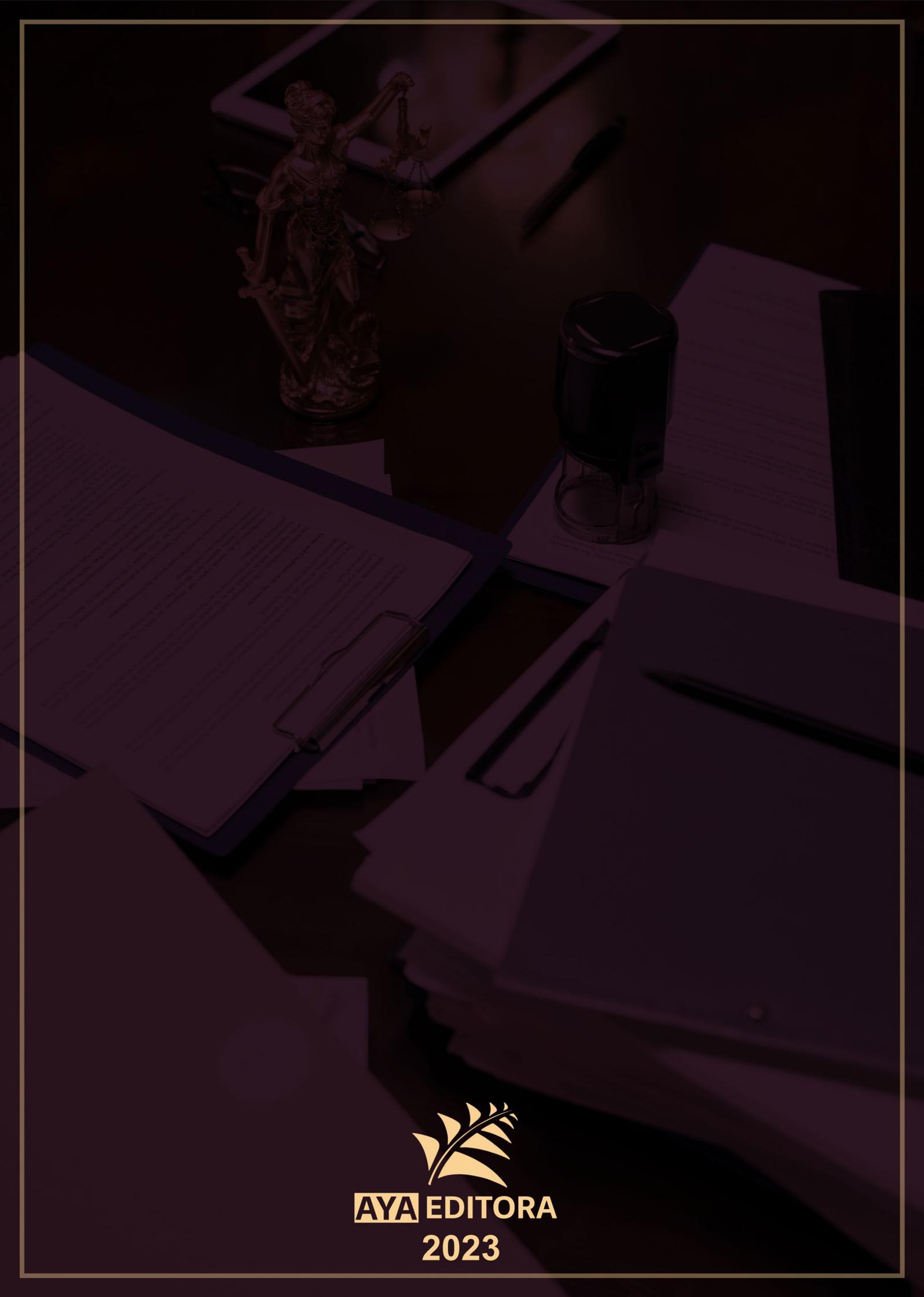
## **S**

servidores públicos 14  
sistema 5, 8, 11, 13, 19, 20, 21, 23, 25  
sociedade 39  
sustentabilidade 30  
sustentável 15, 16

## **T**

tecnologias 10  
tecnológica 33, 35, 36





**AYA EDITORA**  
**2023**