

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

Madalena Marta Macedo Medeiros

**LEI Nº 14.133 DE 1º DE ABRIL DE 2021: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E A NOVA
MODALIDADE DE LICITAÇÃO DIÁLOGO COMPETITIVO.**

**ITUVERAVA
2022**

MADALENA MARTA MACEDO MEDEIROS

**LEI Nº 14.133 DE 1º DE ABRIL DE 2021: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E A NOVA
MODALIDADE DE LICITAÇÃO DIÁLOGO COMPETITIVO.**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda - Fundação
Educação de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof.º Dr.º Wander de Bortoli
Pereira**

**ITUVERAVA
2022**

MADALENA MARTA MACEDO MEDEIROS

**LEI N° 14.133 DE 1° DE ABRIL DE 2021: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E A NOVA
MODALIDADE DE LICITAÇÃO DIÁLOGO COMPETITIVO.**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Dr. Francisco Maeda - Fundação
Educação de Ituverava para obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

Ituverava, 16 de setembro de 2022.

Orientador (a): _____

Prof.º Dr.º Wander de Bortoli Pereira

Examinador (a): _____

Nome do examinador (a)

Examinador (a): _____

Nome do examinador (a)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais (*in memoriam*), meus exemplos de vida, aqueles que me ensinaram a ser um ser humano melhor, me mostraram o caminho do bem, o valor das coisas mais simples, o amor e respeito pelas pessoas, pelos animais, pela natureza e o valor da família - Paulino Garcia de Macedo e Aparecida Conceição Pinheiro de Macedo – meus agradecimentos e amor eterno.

Obrigada por me ensinarem a fazer o meu melhor sempre!

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus que colocou no meu caminho para ser o meu amor sem fim, o meu marido Marco Antônio Medeiros, ao qual agradeço pelo companheirismo, pelo incentivo e paciência nesta jornada. Agradeço aos meus tesouros terrenos as minhas filhas Letícia Macedo Medeiros e Lívia Macedo Medeiros, sem elas minha vida e meus propósitos não teriam sentido.

Agradeço ao professor Wander de Bortoli Pereira, por ter sido meu orientador, por sua dedicação e amizade, aos demais professores e esta instituição de ensino que colaboraram com a minha formação acadêmica

Obrigada aos meus amigos de curso que me acompanharam por todos estes anos, meus irmãos, meus familiares e todos aqueles que torceram por mais esta conquista na minha vida.

“Amor vincit omnia”

**“Cada um de nós
Compõe a sua história
Cada ser em si
Carrega o dom de ser capaz**

E ser feliz”.

Almir Sater e Renato Teixeira

LEI Nº 14.133 DE 1º DE ABRIL DE 2021: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E A NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO - DIÁLOGO COMPETITIVO.

MEDEIROS, Madalena Marta Macedo¹
PEREIRA, Wander de Bortoli²

RESUMO: Este trabalho tem como tema a nova modalidade de licitação Diálogo Competitivo trazida pela Nova Lei de Licitação e Contratos - NLLC - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Através de uma abordagem científica com realização de pesquisa pelo método de Revisão Bibliográfica Crítica, este trabalho teve como Objetivo Geral: levantar dados e informações que apontem no sentido de provar a constitucionalidade da Lei nº 14.133 de 2021. Como Objetivos Específicos buscou-se: 1) apresentar as definições básicas, o conceito, e a natureza jurídica do procedimento licitatório; 2) abordar as principais modificações da Nova Lei para com a antiga lei utilizada, a Lei nº 8.666/1993; e, por fim; 3) apresentar como os Tribunais de Contas estão lidando com a questão da nova modalidade de licitação Diálogo Competitivo. Esta pesquisa é justificada na medida em que se percebe que o assunto e o tema são inovadores. Por esta pesquisa é possível que se conclua que: 1) A Nova Lei de Licitações esta de acordo com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil e portanto o seu conteúdo é totalmente Constitucional, de maneira que se trata de uma norma basilar para o Ordenamento Jurídico brasileiro; 2) o objetivo da modalidade é a satisfação da necessidade pública; e, por fim, 3) ainda é incerto afirmar que os Tribunais de Contas hão de operar um controle prévio sobre essa modalidade e, por consequência, é incerto determinar se existe pessoal preparado para isso. Finalmente, sugere-se a elaboração de estudos voltados para estipular a capacidade colaborativa dos Tribunais de Conta e a relação de quantitativo colaborativo e procedimentos deste tipo de modalidade estudada.

Palavras-Chave: Diálogo. Competitivo. Licitação. Administração. Brasil

LAW Nº 14.133 OF APRIL 1, 2021: MAIN CHANGES AND THE NEW BIDDING MODALITY - COMPETITIVE DIALOGUE.

SUMMARY: This work has as its theme the new bidding modality Competitive Dialogue brought by the New Law of Bidding and Contracts - NLLC - Law nº 14.133, of April 1st 2021. Through a scientific approach with the performance of research by the method of Critical Bibliographical Review, this work had as its General Objective: to gather data and information that point towards proving the constitutionality of Law nº 14.133 of 2021. The Specific Aims were: 1) to present the basic definitions, the concept, and the legal nature of the bidding procedure; 2) to approach the main modifications of the New Law in relation to the old law used, Law nº 8.666/1993; and, finally; 3) to present how the Audit Courts are dealing with the issue of the new bidding modality Competitive Dialog. This research is justified as it is perceived that the subject and the theme are innovative. From this research it is possible to conclude that: 1) The New Bidding Law is in accordance with the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil and therefore its content is totally Constitutional, so that it is a basic norm for the Brazilian Legal System; 2) the objective of the modality is the satisfaction of public necessity; and, finally, 3) it is still uncertain to state that the Courts of Accounts will operate a prior control over this modality and, consequently, it is uncertain to determine if there are personnel prepared to do so. Finally, it is suggested the elaboration of studies aimed at stipulating the collaborative capacity of the Courts of Accounts and the relationship of collaborative quantity and procedures of this type of modality studied.

Keywords: Dialogue. Competitive. Bidding. Administration. Brazil.

¹ Graduanda em Direito - e-mail: martamacedomedeiros@gmail.com

² Orientador, Professor Doutor e Mestre - Docente da FAFRAM – Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação Educacional de Ituverava - SP

INTRODUÇÃO

Desde o começo dos tempos, uma das principais dificuldades enfrentadas pelo Homem, se vê no ato de administrar o seu espaço. Aliado a este ponto, também se vê que uma das grandes necessidades das pessoas é o respeito e a realização de seus direitos. Como fator somático a esta constatação tem se como resultado o Direito Administrativo. Dentro da disciplina do Direito Administrativo, um dos pontos que têm chamado atenção dos estudiosos destes novos tempos é a modificação e o ajuste que veio a sofrer a antiga e conhecida Lei Geral de Licitações e Contratos: a Lei nº 8.666 de 1993. A modificação e o ajuste que tanto se fala desde o ano passado (2021), é dado pela Lei nº 14.133 de 2021, publicada em 1º de abril.

Além de alterar a Lei Geral de Licitações nº 8666/93, esta nova lei ainda veio a alterar a Lei nº 10.520 de 2002 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462 de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações) sendo, portanto, de interesse geral de todos que suas nuances modificativas sejam estudadas a fundo, buscando realizar objetivos de pesquisa; objetivos estes que devem ser determinados tal como se presta no presente trabalho realizar, informados ainda neste ponto introdutório de diálogo.

Nestes tempos, é muito difícil perceber a ausência de chamada no Noticiário Brasileiro de fatores como a denominada falha de prestação de serviço aos cidadãos na busca de satisfação dos mesmos; ou seja, quase todos os dias nos deparamos com algum problema de atendimento ao público pela Administração Direta ou Administração Indireta, problemas estes causados através dos vínculos possibilitados pela via direta administrativa; pelas vias das concessões, permissões, dadas pelos procedimentos licitatórios, onde são encontrados os pregões, as concorrências, os concursos, os leilões, e agora, como novidade, a modalidade de diálogo competitivo, na busca do estabelecimento dos contratos e parcerias.

Este trabalho foi realizado pela metodologia de Revisão Bibliográfica crítica. Para tanto, se serviu de publicações nos mais variados tipos midiáticos, bem como: revistas, sites acadêmicos de banco de dados de artigos e periódicos, livros, doutrinas, leis e decretos, portarias, resoluções, dentre outros.

Como Objetivo Geral deste presente trabalho tem-se: levantar dados e informações que confirmem a constitucionalidade da Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021. Como Objetivos Específicos tem-se: 1) apresentar as definições básicas, o conceito, e a natureza jurídica do procedimento licitatório; 2) abordar as principais modificações da Nova Lei para com a antiga lei utilizada, a Lei nº 8.666/1993; e, por fim, 3) apresentar como os Tribunais de Contas estão lidando com a questão da nova modalidade de licitação Diálogo

Competitivo.

Esta pesquisa é justificada na medida em que se percebe que o assunto e o tema são novos e, portanto, inovadores. Sendo de arranjo normativo considerado *animus novandi* - intenção de inovar uma obrigação - claramente se percebe que muitos são os argumentos favoráveis no que diz respeito à execução e leitura deste trabalho pois busca trazer à tona o que se encontra de obscuro: o tema ainda a ser analisado por muitos em razão da inovação.

O primeiro tópico deste trabalho consiste na introdução, o segundo tópico traz as definições básicas, conceito e natureza jurídica da licitação, o terceiro tópico apresenta a aplicabilidade da nova Lei, o quarto tópico aborda as modificações na lei geral de licitações, o quinto tópico é sobre às modalidades de licitação. O tópico sexto estabelece a definição da modalidade de licitação Diálogo Competitivo e por final, no tópico sétimo a atuação dos tribunais de contas.

2 - DEFINIÇÕES BÁSICAS, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO

Nós, no momento em que decidimos realizar uma aquisição, como uma compra e venda, precisamos percorrer um processo diverso onde entram em cena elementos de escolha como: preço, produto, qualidade, quantidade, economia, etc. Quando a Administração Pública vai fazer a mesma coisa também precisa levar em consideração alguns destes elementos, e o processo pelo qual esta trespassa é denominado: Processo Licitatório.

Não é por acaso que, nas palavras de Amorim (2020, p.23) inicia a sua obra trazendo à baila que “a licitação pode ser compreendida como o procedimento administrativo formal pelo qual, sob determinação legal, uma pessoa governamental, com base em condições previamente estipuladas (...) busca selecionar a proposta mais vantajosa, na busca de satisfazer uma pretensão contratual voluntária”.

Assim:

De acordo com Silva (2007, p. 1.075), o termo “licitação” deriva da expressão latina *licitatione* (“arrematar em leilão”). Conforme tratado pela doutrina administrativa, apresenta sinônimos como “procedimento licitatório”, “certame”, “prélio”, “disputa”, entre outros. (AMORIM, 2020, p. 23).

Portanto, o termo licitação pode apresentar diversos significados, mas o que se tem como base é de que se trata de um procedimento de aquisição de uma pessoa governamental no intuito de adquirir propriedade e/ou satisfação de necessidade por um produto e/ou serviço, da qual se apresenta pela necessidade dos populares, o que define a denominada “pretensão

contratual”. Amorim (2020, p.23), continuando, adverte que “por ‘pretensão contratual’ entenda-se toda e qualquer espécie de tratativa bilateral passível de ser realizada: aquisição de bens, contratação de serviços e obras, alienação, (...) concessão e permissão” da necessidade pública para a prestação e atendimento dos populares.

Em relação à expressão “sob determinação legal”:

A expressão “sob determinação legal” foi utilizada no desenvolvimento do conceito apresentado para contemplar a regra geral instituída no inciso XXI do art. 37 da CRFB [Constituição da República Federativa do Brasil]: quando pretender realizar uma contratação (de qualquer espécie), uma pessoa governamental deverá, a rigor, realizar prévio procedimento licitatório. (AMORIM, 2020, p. 23).

Portanto, pela expressão “sob determinação legal”, tem-se o próprio reforço do que institui a Constituição Federal de 1988, de forma que poucas são as espécies de contratação que se ajustam à dispensa ou a inexigibilidade de licitação para realização, que serão tratadas abaixo nesta pesquisa em momento oportuno.

No que tange à Natureza Jurídica do procedimento licitatório tem-se que se trata de uma “obrigação”, na categoria de Procedimento Administrativo. Sim, a natureza jurídica é obrigacional, isto porque em não havendo o procedimento licitatório para a grande maioria das necessidades da Administração Pública, não se realiza a aquisição do bem ou do serviço, isto por necessidade de satisfação de dispositivo Constitucional, e não de disposição infra normativa, é questão de maior alçada. Desta forma:

Conforme o inciso XXI do art. 37 da CRFB/88 o “processo de licitação pública” deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (AMORIM 2020, p. 24).

Para que se tenha clareza *ipsis litteri* - ao pé da letra - reproduz-se abaixo o *caput* e o inciso citado acima para que se tenha clareza de condições e se ofereça ao leitor o máximo de informações necessárias vistas que cruciais:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e

econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

Desta maneira pode se ver que antes mesmo de se tratar de uma Lei, a exigência do procedimento licitatório é constitucional, e deve seguir parâmetros de constitucionalidade condizentes com o que se tem no bojo do referenciado inciso XXI do artigo 37, sob pena da própria nulidade do procedimento e até mesmo acusando indícios de autoria e materialidade de crimes contra a Administração Pública dependendo do caso.

2.1 Aplicabilidade da Nova Lei de Licitação

A aplicabilidade da nova lei de licitação consta no artigo 2º e 3º de seu bojo e apresenta que a lei se aplica a: I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia; e, por fim, VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação (BRASIL, 2021).

No artigo 3º tem-se os tipos negociais que não se subordinam à lei, ambos sendo de natureza contratual, são eles: I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos; e, II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

Em relação à Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (suas atualizações LC 147/2014, LC 155/2016 e LC 188/2021) e juntamente com o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte tem-se, na NLLC, uma disposição acerca da aplicabilidade. Consta no artigo 4º da NLLC que “aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos artigos 42 a 49 da Lei Complementar nº 123 (...) (BRASIL, 2021).

Desta monta, o que se registra na seção das Aquisições Públicas, também há que se observar a Lei Complementar nº 123. Com relação ao artigo 4º citado:

§1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas: I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte; II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de

pequeno porte. §2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir da licitante declaração de observância desse limite na licitação. §3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§1º e 2º deste artigo. (BRASIL, 2021).

Portanto, como se depreende, no que tange às empresas de pequeno porte e às microempresas, com relação às aquisições públicas, há que se observar os limites estabelecido na NLLC, de modo que a autoridade pública deve exigir o cumprimento destas limitações, sendo que, do contrário, não há que se falar em contratação por procedimento licitatório, por obstáculo normativo claro e preciso.

2.2 Modificações na Lei Geral De Licitações

Durante mais de vinte e sete anos a Lei Geral 8666/93 apresentou várias falhas e sofreu inúmeras alterações, segundo Garcia o texto da lei 8.666/93 já foi objeto de cento e quinze novas redações, duas revogações autônomas e cento e onze novas inclusões, sem prejuízo dos constantes litígios (MOREIRA, GARCIA, 2018).

Após a Lei 8.666/93 surgiram diversas legislações dispendo sobre a contratação pública, como a lei Geral das Concessões (lei 8.975/95), a lei do Pregão (lei 10.520/02), a lei das Parcerias Público-Privadas (lei 11.079/04), a lei do Regime Diferenciado de Contratações (lei 12.462/11) e a lei das Estatais (lei 13.303/16).

De início, o que se tem a ser observado é uma modificação realmente clara: após decorridos 02 (dois) anos da publicação oficial da Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021, a Lei Geral de Licitações: Lei nº 8.666/1993 será totalmente revogada. Para deixar mais claro, antes mesmo desta data, no dia 1º de abril deste ano, ou seja, na data de publicação, já foram revogados os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, os quais tratavam dos crimes e das penas e do processo e do procedimento judicial em caso do cometimento dos crimes contra as licitações.

Além da Lei nº 8.666 de 1993, depois de decorridos 02 (dois) anos do dia 1º de abril de 2021 também estará revogada a Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, a conhecida Lei do Pregão, bem como os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, a Lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Notações importantes que devem ser levadas em consideração desde o início do tratamento do tema das modificações

(BRASIL, 2021).

Como artigo 1º da Lei Geral de Licitações, tem-se:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. §1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.333, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta lei. §2º As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado. §3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas: I - condições decorrentes (...); II - condições peculiares (...); §4º A documentação encaminhada ao Senado Federal para autorização do empréstimo de que trata o §3º deste artigo deverá fazer referência às condições contratuais que incidam na hipótese do referido parágrafo; §5º As contratações relativas à gestão, direta e indireta das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade, serão disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil, assegurada a observância dos princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. (BRASIL, 2021).

Logo o que se vê é que o legislador ordinário preocupou-se de percorrer, inicialmente a respeito da abrangência da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos, com destaque para o fato de que no final do seu primeiro artigo há referência para os princípios basilares da Administração Pública, rememorando também que a Administração Pública Indireta não é regida por essa nova lei, e sim por outra, a Lei nº 13.303 de 2016; portanto, entende-se que, em todo momento em que se trate desta nova lei, que se esteja falando apenas da Administração Pública Direta.

Conforme asseveram Santos e Silva (2021) a temática das Licitações acaba sendo um ponto de grande relevo no ordenamento jurídico brasileiro de forma que analisar as mudanças neste arcabouço é extremamente necessário principalmente porque o constituinte, de forma clara e expressa, acabou determinando a realização do processo de licitação para que haja a contratação entre a Administração Pública e os demais interessados, em nosso caso, principalmente, a Administração Pública Direta, já que a indireta não é regida pela nova Lei Geral de Licitações. Além do mais, há casos em que se é possível dispensar a licitação ou deixar de exigir a mesma, casos em que se deve dedicar a devida atenção no momento oportuno mais a frente, se consolidando como o momento de Contratação Direta, como defendem doutrina e jurisprudência.

Sabe-se que durante quase duas décadas o regulamento da licitação no direito brasileiro foi a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, portanto, uma modificação que em 2023 será total, pois a última será totalmente revogada, bem como a Lei que atualmente regulamenta o pregão. Por isso, com a evolução do direito brasileiro, bem como, o ordenamento jurídico pátrio também desenvolvido, diversas questões foram aparecendo no que resultou a necessidade desta Lei que ora se analisa. Os eventos da Copa do Mundo de 2014 e os jogos da XXXI Olimpíada de Verão, são pontos especiais que merecem a devida atenção porque foram tão complexos que envolveram diversos pontos que não se pensava antes tratar (SANTOS, SILVA, 2021).

Estes citados eventos colocaram em xeque tudo o que se conhecia a respeito de licitação no que diz respeito ao formato tradicional do processo licitatório que acabou proclamando um novo diploma legal - Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e, ainda modificações em todo aparato normativo da Lei 8.666/93. “Ainda, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, ganha mais notoriedade com o enfrentamento da lamentável pandemia do Coronavírus, a qual fez evidenciar a obrigação de contratações mais ligeiras e eficientes” (SANTOS, SILVA, 2021, p. 2).

Tal fato pode ser comprovado com a célere aprovação do Projeto de Lei, tendo, entre a publicação do recebimento e aprovação do texto, pouco menos de uma semana, embora não tenha revogado a Lei nº 8.666/1993, o que somente ocorrerá em 2023, o que se torna relevante no direito pátrio, na medida em [que] os próximos dois anos serão de transição de legislações. (SANTOS, SILVA, 2012, p. 2).

Assim, do que se depreende, a nova lei geral de licitações não é outra coisa que não um produto de experiências vividas e vencimento de obstáculos oportunizado por condições em que se exigiu do ordenamento jurídico brasileiro um posicionamento mais atualizado frente às adversidades, e como tal, deve ser analisada (a Lei) à luz do que pode ou não resolver, partindo do que se diferencia do último diploma de embasamento: a Lei 8.666/93.

Como vem a comentar, Oliveira (2021) aponta para o fato de que a ausência de *vacatio legis* (vacância da lei) para se fazer valer de imediato o diploma, uma vez que o artigo 194 (cento e noventa e quatro) acaba abarcando a norma de que o diploma referido entra em vigor na data de publicação, apesar de apresentar vacância no que se refere com as revogações, conforme dito acima, a Nova Lei de Licitação pode ser considerada de “pequena repercussão”, isto porque vem a ser enquadrado no que dispõe o artigo 8º da Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998, pois trata que o vigor instantâneo é para leis deste referido teor. Após adentrar especificamente no vetor das modificações, cabe, abaixo,

trazer algumas notas acerca das modalidades de licitação.

2.2.1 Das modalidades de licitação

De acordo com o artigo 28 da NLLC, são modalidades de licitação: I - pregão; II - concorrência; III - concurso; IV - leilão; e, por fim, V - diálogo competitivo. Uma verdadeira inovação tendo em vista que pela Lei Antiga - 8.666/93 - o que se tinha era: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; e, por fim, V - leilão. Desta maneira, percebe-se claramente que as modalidades “*tomada de preços*” e “*convite*” foram excluídas nesta nova lei, enquanto que, como modalidade de licitação temos a inserção do *pregão* e do *diálogo competitivo*. (BRASIL, 1993, 2021).

Além do mais, o §1º da NLLC é bem claro ao estipular que “além das modalidades referidas no caput [do] (...) artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 (...)” (BRASIL, 2021) da própria lei. O seguinte artigo - 78 - vem prever que são procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas pela nova lei: I - credenciamento; II - pré-qualificação; III - procedimento de manifestação de interesse; IV - sistema de registro de preços; V - registro cadastral. Outro ponto interessante a ser notado é que estes procedimentos auxiliares devem obedecer a critérios claros e objetivos definidos em regulamento e, em relação ao julgamento dos incisos II e III, há de se respeitar o mesmo procedimento das licitações; ou seja, a pré-qualificação e o procedimento de manifestação de interesse obedecem ao procedimento licitatório quando o julgamento decorrer dos procedimentos auxiliares para licitações (BRASIL 2021).

Conforme argumentam Pereira Júnior e Garcia (2021) a modalidade de diálogo competitivo vem como uma novidade que inaugura uma determinada flexibilidade para a realização das licitações, onde se contrapõe com a tradicional concretude que se via nos procedimentos licitatórios brasileiros. De acordo com tais os moldes de cidadania republicana do primeiro quinto do novo século, são cordiais com uma estrutura de uma lei onde quatro pontos são promissores: 1) multiplicação de espaços discricionários a serem preenchidos por decisões motivadas com base em princípios norteadores da Administração Pública; 2) segregação de função no exercício de gestão das licitações e contratos; 3) criação do diálogo competitivo - aqui de nosso interesse - como modalidade de licitação; e, por fim, 4) julgamento dado conforme a melhor proposta e não com base no menor preço.

No que diz respeito a este levantamento, os autores são claros:

Quanto ao primeiro ponto, percebe-se que a nova lei segue o modelo normológico das Constituições brasileiras, habituadas a estabelecer normas gerais cuja implementação necessitará de leis e regulamentos a serem editados posteriormente. Basta citar, para ilustrar com o mais importante artigo vigente da Constituição da República em relação à estrutura, à gestão e à operação da administração pública brasileira, qual seja, o art. 37, cujas 44 normas (32 incisos e 12 parágrafos) aludem à regulação da lei em 17 oportunidades, ou seja, a aplicação de quase 40% das normas constitucionais regentes da administração pública brasileiras depende da edição de normas infraconstitucionais. (PEREIRA JÚNIOR, GARCIA, 2021).

Assim, a NLLC vem com uma face claramente constitucionalizada, na medida em que elege uma nova proposta de modalidade de licitação: o Diálogo Competitivo. Ou seja, não se está mais se falando do menor preço, apesar de este princípio ter vigorado por todo o ponto visto na antiga lei de licitações, agora se fala em melhor proposta, conforme se pode depreender dos pensadores acima citados.

2.2.1.1 Da modalidade de diálogo competitivo

Conforme estabelece o inciso XLII do art. 6º, um dos mais importantes artigos desta nova lei há que se observar que por modalidade de licitação de diálogo competitivo tem-se a:

XLII - (...) 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 dos diálogos. (BRASIL, 2021).

Logo, se depreende que a proposta, na modalidade de diálogo competitivo não é apresentada logo de início pelos licitantes e nem cabe à Administração Pública analisar de pronto o que se espera, pelo contrário. Nesta modalidade de contratação para com a Administração Pública direta, a proposta é construída conforme os diálogos vão ocorrendo e, ao final, depois de ter sido finalizado todo processo de conversação, as propostas são apresentadas.

Cabe aqui ressaltar que a modalidade de Diálogo Competitivo se faz pelo atendimento de necessidades, pela proposta que melhor atende a necessidade. Isto porque, do contrário, estiver tratando do melhor preço ou de maior desconto, trata-se da modalidade do pregão, conforme vem descrito no inciso XLI do mesmo art. 6º, que aduz que pregão é a “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” (BRASIL, 2021).

Portanto, pelo que se depreende da diferença destas duas modalidades, na nova modalidade de Diálogo Competitivo, a Administração busca atender um certo tipo de necessidade mais complexa que não seria atendida pela modalidade de pregão. Assim, pode-se apontar claramente que no Diálogo Competitivo o preço ou o valor é deixado de lado para se ter em foco a satisfação de um desejo ou necessidade da Administração, e esta é uma das grandes novidades trazidas pela NLLC.

Conforme Santos e Silva:

Tem-se, ainda, a modalidade denominada diálogo competitivo. Sem correspondente na Lei nº 8.666/1993, nos termos do inciso XLII, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021 se destina a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados (BRASIL, 2021). Portanto, na modalidade em comento, os concorrentes serão escolhidos por meio de critérios objetivos visando desenvolver uma ou mais alternativas apropriadas para atender às necessidades da Administração Pública, na condição de licitante; e, quando finalizados os diálogos, os interessados deverão [apresentar] (...) uma proposta final, que será então analisada pela Administração. (Santos e Silva, 2021, p. 06).

Além do mais Guterres (2021) é citado por Santos e Silva (2021) para informar que esta nova modalidade de licitação, segundo o posicionamento do pensador, versa sobre uma restrição para com a contratação de serviços de inovação tecnológica, nos seguintes termos em que se mostra, Guterres ao estabelecer que “a nova Lei reserva o uso do diálogo competitivo apenas para objetos que envolvam inovação tecnológica e alta complexidade, nos quais a Administração precisa de colaboração do mercado para (...) soluções técnicas (...)” (GUTERRES, 2021, p. 41)

Bordalo (2021) *apud* Santos e Silva (2021) aponta no sentido de clarificar que “o diálogo competitivo se mostra bastante benéfico para a Administração Pública, na medida em que promove a participação do setor privado, cuja expertise irá contribuir para a contratação” (p. 6). E além do mais, Bordalo acrescenta:

A modalidade é voltada a contratações mais complexas em que a Administração não detém de início as soluções e as características do futuro negócio a ser firmado. Assim, promove-se a participação do setor privado, cuja expertise contribuirá para a modelagem do negócio, inalcançável com a adição dos métodos tradicionais de licitação. (BORDALO, 2021, p. 58).

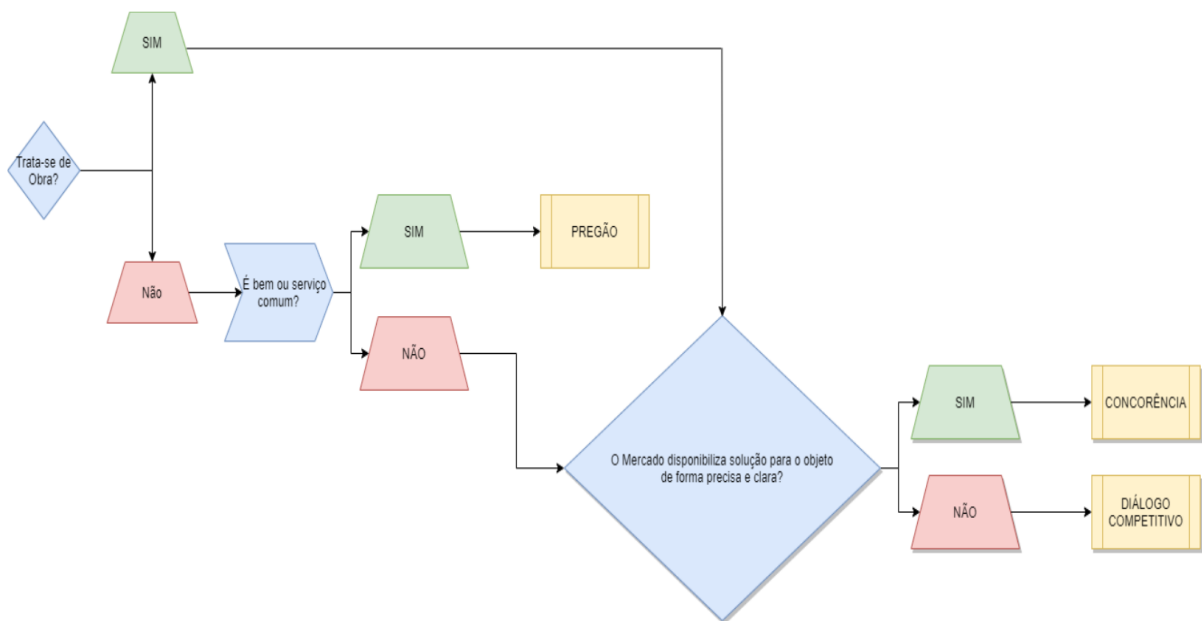
Apesar das benesses citadas pelos pensadores acima, Santos e Silva (2021) ainda se postam meio que desconfiados em relação a esta nova proposta de modalidade de licitação. Ocorre que não é típico do movimento de mercado que os empreendedores - aqui, licitantes -

vão compartilhar a fundo seus segredos em meio a uma negociata, o que pode aduzir que nem tudo estará à vista dos olhos da Administração Pública, e, portanto, há que se ter uma análise cuidadosa de toda proposta de diálogo. Neste sentido:

“(...) todo cuidado deve ser tomado no tocante ao uso da nova modalidade, visto que compartilhar os “seus segredos” não é algo típico de quem atua no mercado, por isso que a Administração deve, a todo custo, proteger o sigilo da expertise, pois caso isso não ocorra, teríamos uma perigosa quebra de confiança e as empresas ficariam inseguras e conseqüentemente tal situação geraria um descrédito para a modalidade” (SANTOS, SILVA, 2021, p. 6).

Destarte, o crédito do processo fica envolvido para com a proteção do sistema de diálogo entre os licitantes. Ou seja, caso haja o comprometimento do processo de expertise, toda a modalidade fica comprometida, podendo-se falar em verdadeiro descrédito, como se viu acima. Outro ponto ainda a ser tratado é a possibilidade da formação de um verdadeiro “cartel” por parte dos administradores. Isto porque há uma grande possibilidade de que o diálogo se instaure em uma pseudoproblemática, na medida em que os proponentes poderiam ser selecionados de acordo com critérios subjetivos, e não como determina a Lei, para que sejam estabelecidos contratos de maneira totalmente ilegal.

Com base na inovação dos elementos, Santos e Silva (2021) elaboraram um fluxograma que deixa bem clara a situação em que será utilizada a modalidade de licitação do diálogo competitivo como pode se ver abaixo:



Fonte: Santos e Silva, 2021, p. 7

Como pode se ver pelo fluxograma, a modalidade nova, de diálogo competitivo só será utilizada em último caso quando não há possibilidade de ser resolvida - a situação - por outras modalidades de licitação, como o pregão, ou a concorrência. Portanto, “(...) em que pese tais considerações, não se vislumbra uma efetiva alteração no procedimento licitatório, principalmente no que tange uma maior agilidade e menor burocratização” (SANTOS, SILVA, 2021, p. 7) de todo o processo envolvido.

Com base neste estabelecimento é bem possível de ver que o intento do legislador foi muito mais propor uma adequação ao procedimento, em uma única lei, do que querer, em verdade, inovar. Buscou-se, claramente tornar a sistemática mais robusta e clara, reunindo posicionamentos normativos em um único diploma, visto que até então tinha-se 03 vias legislativas possíveis, as quais, em 2023 se tornará uma só. Porém, somente o tempo poderá dizer de fato o que se intentou pelo legislador ocorrerá na prática, ou se se terá em mãos mais um diploma legal de inutilidade declarada, conforme argumentam os pensadores pelas evidências apontadas.

3 ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Quando se fala em aplicabilidade, não há como não se tratar de como passarão os procedimentos licitatórios pelo *olhar* dos Tribunais de Contas da União. É neste sentido que Pereira (2021) traz em sua obra, no item 7, o impacto do diálogo competitivo na atuação dos Tribunais de Contas Subnacionais. Rehbein e Souza Junior *apud* Pereira (2021) aduzem que diversos são os Tribunais de Contas Subnacionais que acabam possuindo normatividade que determinam que a área técnica acabe efetuando análises prévias e concomitantes nas licitações, seja para concessões comuns, seja para Parcerias Públicos Privadas, e no que diz respeito ao diálogo competitivo, são claros, uma vez que “a prática é alvo de controvérsia, principalmente em relação ao controle prévio” (PEREIRA, 2021, p. 94)

Barroso (2002, p. 235) interpreta que falta suporte constitucional, nessa fase processual, para a atuação do órgão de controle na gestão pública, enquanto Zymler e Almeida (2008, p. 122) entendem que o controle das cortes de contas nos processos licitatórios obrigatoriamente pressupõe algum grau de controle prévio. (PEREIRA, 2021, p. 94).

Assim, enquanto alguns doutrinadores defendem a falta de suporte constitucional, outros entendem que a própria existência e o reconhecimento do processo licitatório, por si só,

já abarca o grau de controle prévio, de modo que os Tribunais de Contas Subnacionais devem sim se prepararem para o tratamento de questões que futura e certamente recairão sob sua nuance. Isto porque, “especificamente falando de análise prévia em diálogo competitivo, existe entendimento de que o controle prévio foi vetado para essa modalidade” (PEREIRA, 2021, p. 94).

Quanto ao controle prévio do diálogo competitivo, divergimos dos autores citados, pois é possível interpretar que o fato de a Nova Lei de Licitações não autorizar expressamente a análise prévia pelos órgãos de controle não veda a prática, que pode ser realizada com fundamento nos normativos próprios das Cortes de Contas, vigentes enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade. (PEREIRA, 2021, p. 95).

Pereira (2021) adverte no sentido de que é importante destacar verdadeiros benefícios quando se realiza o controle prévio pelos tribunais de contas, divergindo, portanto, daqueles que indicam faltar parâmetro constitucional para tanto, embora não haja nada em contrariedade no momento de se tratar do controle especificamente falando. A defesa principal é a de que este processo sempre ocorre em países nos quais pode-se identificar a chamada “*lisura*” nas contratações públicas, na medida que, pelo contrário, em países em que o controle prévio não ocorre a desconfiança é considerada maior.

Nesse sentido, Telles (2011, p. 190) afirma que em 2009 o Tribunal de Contas de Portugal recusou-se a autorizar a assinatura de cinco contratos ao estilo do diálogo competitivo porque constatou que, na fase de negociação, o preço foi revisado para cima, o que aquela Corte de Contas entendeu como ilegal. (PEREIRA, 2021, p. 95).

Além do mais Pereira, é assertivo quando coloca em xeque a sistemática da utilização de maior quantitativo funcional para com a possibilidade de aceitação de processos remetidos às Cortes de Contas, principalmente no que tange ao diálogo competitivo, uma vez que “no caso específico das análises de processos de concessões, considerando a especificidade da legislação e o quantitativo regular de editais lançados a cada ano (...) [alocam-se servidores]” (PEREIRA, 2021, p. 95) de numerário que é considerado suficiente para o cumprimento de tarefas.

“De início, é importante lembrar que concessão comum e PPP, por sua complexidade e hipótese restrita de uso, são contratos que até os dias atuais não são os mais utilizados (...)” (PEREIRA, 2021, p. 95), de modo que a Administração Pública nos Estados e Municípios do Brasil acabam sendo mais familiarizados com os procedimentos de contratação tidos como tradicionais.

Assim, entre os contratos administrativos, as concessões comuns e PPP são assinadas em quantidade bem menor, sendo que a modalidade licitatória prevista para esse tipo de contratação, desde a edição da Lei 8.987 em 1995, foi a concorrência pública. (...) [Destes forma] o diálogo competitivo possui rol restrito de aplicação, exigindo que haja impossibilidade de a Administração Pública ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e que haja impossibilidade de se conseguir definir com precisão as especificações técnicas da solução desejada, o que restringe o uso da modalidade. (PEREIRA, 2021, p. 95-96).

Portanto, é reforçado o argumento de que o diálogo competitivo é utilizado, mesmo, apenas quando não há outra opção de utilização de outro instrumento do procedimento licitatório, momento em que não se considera tão somente o preço, mas sim, a satisfação da necessidade da Administração Pública no esteio do atendimento à população de maneira geral ou/e específica. Outro ponto que se deve analisar é que o diálogo competitivo não se encontra totalmente especificado na legislação:

(...) o procedimento não se encontra totalmente definido na lei, havendo lacunas que podem desestimular seu uso, como, por exemplo, se a Administração deverá definir um número mínimo de participantes em um diálogo competitivo ou se aparecer um único interessado será permitido [o] procedimento. (PEREIRA, 2021, p. 96).

Ao que nos parece, um diálogo entre apenas um licitante não se estaria dizendo de competitividade, portanto, esta questão, quase que lógica dedutiva, não interessaria regular pela lei, mas é prova de que, algumas circunstâncias, conforme aponta o autor devem e precisam ser esclarecidas, e neste ponto é que se entende que complementar o bojo do diploma legal a Jurisprudência dos Tribunais de Justiça.

No que se concerne com a introdução da modalidade do diálogo competitivo, “a introdução da nova modalidade na legislação brasileira foi inspirada na legislação europeia, mais precisamente na Diretiva 2004/18/EU (atual Diretiva 2014/24 UE), e se pode concluir que o uso da modalidade [ocorre na incerteza da Administração]” (PEREIRA, 2021, p. 96), pois se a Administração não está segura a respeito da melhor solução técnica para a problemática no atendimento da necessidade, pode lançar mão desta modalidade e que, durante o processo de contratação, a interação busca facilitar o alcance desta citada solução técnica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrer todo o processo de pesquisa de revisão bibliográfica é possível concluir que: Sim, a Nova Lei de Licitação e Contratos é Constitucional, está de acordo com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil e, portanto, o seu conteúdo é totalmente Constitucional, de maneira que se trata de uma norma basilar para o Ordenamento Jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito à modalidade de licitação do diálogo competitivo.

No decorrer de toda a pesquisa foi possível ver que este instrumento de contratação é bem complexo e deve ser utilizado só em último caso. Ou seja, só se faz uso do diálogo competitivo em situação que não seja resolvida pelo pregão ou pela concorrência, modalidades estas mais restritas no ponto de vista de preservar a competitividade pelo melhor preço, desonerando assim a Administração Pública, e possibilitando maior eficiência da Máquina Estatal.

Outro ponto que se pode concluir é que a modalidade de diálogo competitivo não procura atingir o melhor - menor - preço, e sim, a maior satisfação da necessidade, levando, portanto, em consideração caráter técnico das propostas envolvidas. Assim sendo, entende-se que este tipo de modalidade deve ser utilizado sempre que houver em torno da negociata situações que envolvam complexidade técnica, como desenvolvimento de dispositivos informacionais ou protótipos análogos.

Também, foi possível ver que, pela novidade no cenário brasileiro, os Tribunais de Contas ainda discutem muito a respeito desta modalidade, o que por sua vez tem gerado muitas dúvidas acerca da situação. Por essa razão, e entendendo que este estudo não buscou solucionar todos os pontos a respeito da modalidade de diálogo competitivo, mas sim, trazer um diálogo inicial, sugere-se que sejam feitos estudos buscando avaliar a capacidade colaborativa dos Tribunais de Contas Subnacionais e a entrada de procedimentos licitatórios desta modalidade no que se concerne para com a operabilidade e efetividade da proposta buscando analisar em qual grau os Tribunais ficam comprometidos e se existe pessoal preparado para tanto, se for caso de controle e regulação deste tipo de procedimento.

REFERÊNCIAS

AMORIM, V. A. J. de. Licitações e contratos administrativos: Teoria e Jurisprudência. **Senado Federal** - Revista. amp. e atual. Conforme o Decreto nº 10.024/2019. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3LVm4qR>. Acesso em 11 de abr. de 2022.

BORDALO, R. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília - DF. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3JvTACp>. Acesso em 12 de abr. de 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Planalto Central**. Brasília - DF. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3KA2srZ>. Acesso em 12 de abr. de 2022.

CARVALHO, M. **Manual de direito administrativo**. Salvador. Juspodivm, 2015.

GARCIA, F. A.; MOREIRA, E. B. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. **Revista de Contratos Públicos**. nº 21. Set. 2019:00. Disponível em: <https://bit.ly/38Ie7Hn>. Acesso em 15 de abr. de 2022.

GUTERRES, T. **A nova lei de licitações**: um panorama sobre as novidades no regime geral de licitações e contratos administrativos. Natal-RN. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/36atlUw>. Acesso em 15 de abr. de 2022.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. rev., atual. e ampl.. - São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

OLIVEIRA, R. S. de. A aplicação da nova lei de licitações prescinde do PNCP. **ONLL - Observatório da Nova Lei de Licitações**. Disponível em: <https://bit.ly/3uwp3QJ>. Acesso em 15 de abr. de 2022.

PEREIRA, G. A. L e. Diálogo competitivo: o que é e como essa nova modalidade licitatória pode impactar a atuação dos Tribunais de Contas nas análises prévias dos editais de concessões comuns e PPP. **Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas**. 2 semanas. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3vj7Mtv>. Acesso em 16 de abr. de 2022.

PEREIRA JUNIOR, J. T.; GARCIA, F. A. Quatro pontos promissores para os efeitos econômicos da nova lei de licitações e contratações da administração pública. **Migalhas de Peso**. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3utYjAf>. Acesso em 17 de abr. de 2022.

SANTOS, L. C. do; SILVA, H. V. da. Nova lei de licitações e suas principais alterações: um norte ao administrador público. **Revista Recima21 - Revista Científica Multidisciplinar**. ISSN 2675-6218. v. 2, n. 8. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3KFguIU>. Acesso em 17 de