

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

FERNANDA DEON FROSI

**AS INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI N.º 14.133/2021) E A
APLICAÇÃO DA MODALIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO: UM BREVE
ESTUDO DA TEORIA À PRÁTICA
TRABALHO DE CURSO**

SANTA ROSA

2021

FERNANDA DEON FROSI

**AS INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI N.º 14.133/2021) E A
APLICAÇÃO DA MODALIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO: UM BREVE
ESTUDO DA TEORIA À PRÁTICA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof.^a Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro

SANTA ROSA

2021

FERNANDA DEON FROSI

**AS INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI N.º 14.133/2021) E A
APLICAÇÃO DA MODALIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO: UM BREVE
ESTUDO DA TEORIA À PRÁTICA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

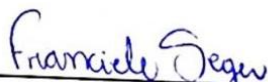
Banca examinadora



Prof.^a Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro – Orientadora



Prof. Dr. Mário José Puhl



Prof. Ms. Franciele Seger

Santa Rosa, 2 de dezembro de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia, com todo o meu amor, aos meus pais, Livério Frosi e Tatiana Teresinha Deon Frosi e a minha irmã Eduarda Deon Frosi, os quais não mediram esforços a fim de possibilitar a realização de um sonho. São o motivo de todas as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por sua constante presença em minha vida.

Aos meus maiores exemplos e incentivadores, meus pais Livério Frosi e Tatiana Teresinha Deon Frosi, pela incansável tarefa da educação, pelo zelo, pela dedicação e pelo incentivo diário.

A minha irmã Eduarda Deon Frosi, que segurou na minha mão e caminhou junto comigo em todos os momentos, pela confiança, pelo incentivo, apoio e pela paciência.

Ao meu namorado, Lucas Lunkes Werle, por seu companheirismo, pelo incentivo, pelo seu amor e pela compreensão nos momentos de ausência.

A minha orientadora Prof^a. Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro, por ter me acolhido desde os primeiros dias da minha entrada na instituição, por ter conduzido de forma sábia a conclusão desse trabalho e, também por sua atenção e dedicação com a pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta como temática o estudo acerca da Nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021) e a aplicação do Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória no Direito Administrativo Brasileiro. A delimitação temática tem como foco explicar as principais características da nova modalidade licitatória, sua formalização e execução frente ao Direito Administrativo Brasileiro. O problema de pesquisa que norteia o estudo visa abordar em que medida o Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Brasileiro é capaz de trazer modernizações relativas à concepção, formalização e execução aos contratos públicos brasileiros. Desse modo, tem-se como objetivo analisar a inclusão da nova modalidade licitatória no Direito Administrativo Brasileiro através do estudo da dinâmica de aplicação e de vigência da nova modalidade licitatória a partir da análise da Lei Nº 14.133/2021, pesquisando, sucintamente, acerca da modalidade do Diálogo Concorrencial no Direito Europeu sob o viés da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. A pesquisa se justifica, no universo acadêmico e social, de suma importância uma vez que, se trata de uma lei nova, recente, frente ao Direito Administrativo Brasileiro. A pesquisa também é considerada necessária, uma vez que há poucas obras e bibliografias sobre o referido tema, o qual poderá servir de embasamentos a futuros trabalhos acadêmicos. Considerando o objetivo do trabalho de curso, a pesquisa classifica-se como teórica, quanto à natureza, uma vez que privilegiará o construto literário relativo ao tema presente na doutrina e na legislação. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica em documentação indireta, e em termos metodológicos, tendo como objeto a análise efetiva do diálogo competitivo no ramo das modalidades licitatórias como um procedimento moderno que propicia uma maior flexibilidade através do diálogo entre os licitantes e a administração pública. A estruturação do trabalho apresenta-se, após a introdução, organizada em dois capítulos. No primeiro, realizou-se uma abordagem referente à evolução histórica da licitação a partir da Constituição Federal de 1988, princípios e modalidades da licitação na Lei n.º 8.666/93, trazendo um breve resgate sobre estes assuntos. No segundo, abordou-se sobre as principais novidades e mudanças trazidas pela Lei n.º 14.133/21, a inclusão da modalidade do diálogo competitivo e as suas principais características. Por fim, apresenta-se a conclusão que, após o estudo, possibilitou demonstrar que a administração pública está em constante processo de transformação. Deste modo, a nova Lei de Licitações é compatível com o processo de modernização das licitações brasileiras bem como se afirma que a adoção da modalidade do diálogo competitivo é a melhor maneira de moralizar as contratações de obras, serviços e compras, garantindo, através do diálogo, maior transparência e efetividade nas contratações.

Palavras-chave: Licitação – Diálogo Competitivo – Perspectiva Dialógica

ABSTRACT

The present monographic work presents as the theme the study on the New Bidding Law (Law No. 14.133/2021) and the application of competitive dialogue as a new bidding modality in Brazilian Administrative Law. The thematic delimitation focuses on explaining the main characteristics of the new bidding modality, its formalization and execution in the face of Brazilian Administrative Law. The research problem that guides the study aims to address the extent to which the Competitive Dialogue in Brazilian Administrative Law is able to bring modernizations related to the conception, formalization and execution to Brazilian public contracts. Thus, the objective is to analyze the inclusion of the new bidding modality in Brazilian Administrative Law through the study of the dynamics of application and validity of the new bidding modality from the analysis of Law No. 14,133/2021, researching briefly on the modality of the Competitive Dialogue in European Law under the bias of Directive 2004/18/EC of the European Parliament and the Council. The research is justified, in the academic and social universe, of paramount importance, since it is a new, recent law, in the face of Brazilian Administrative Law. The research is also considered necessary, since there are few amounts of works and bibliographies on this theme, which may serve as a basis for future academic works. Considering the objective of the course work, the research is classified as theoretical, as to nature, since it will privilege the literary construct related to the theme present in doctrine and legislation. A bibliographical research was carried out in indirect documentation, and in methodological terms, the qualitative case study was adopted, with the object of the effective analysis of competitive dialogue in the field of bidding modalities as a modern procedure that provides greater flexibility through the dialogue between bidders and the public administration. The structuring of the work is presented, after the introduction, organized in two chapters. In the first, an approach was made regarding the historical evolution of bidding from the Federal Constitution of 1988, principles and modalities of bidding in Law No. 8,666/93, bringing a brief rescue on these issues. In the second, we addressed the main novelties and changes brought by Law No. 14,133/21, the inclusion of the modality of competitive dialogue and its main characteristics. Finally, it is concluded that, after the study, it made it possible to demonstrate that public administration is in a constant process of transformation. Thus, the new Bidding Law is compatible with the process of modernization of Brazilian bids, as well as it is stated that the adoption of the modality of competitive dialogue is the best way to moralize the contracting of works, services and purchases, ensuring, through dialogue, greater transparency and effectiveness in hiring.

Keywords: Bidding - Competitive Dialogue - Dialogical Perspective

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

art. – artigo

arts. – artigos

CTLICON – Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos

et al. – *et alii*, leia-se “e outros”

ed. – edição

etc – et cetera

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

p. – página

PL – Projeto de Lei

PNPC – Portal Nacional de Contratações Públicas

nº. - número

§ - parágrafo

Ms. – mestre

n.p. – não paginado

Prof. – professor

Prof.^a – professora s

s.d. – sem data

S.l. – *Sine loco* (local desconhecido)

STF – Supremo Tribunal Federal

v. – volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 LICITAÇÃO: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
1.1 A REGULAMENTAÇÃO E A INCLUSÃO DA OBRIGATORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM LICITAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	13
1.2 O PROCESSO LICITATÓRIO NA LEI Nº 8.666/1993: ASPECTOS FUNDAMENTAIS E PROCEDIMENTAIS, PRINCÍPIOS NORTEADORES E AS SUAS MODALIDADES	20
2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES - LEI Nº 14.133/2021: INTRODUÇÃO ÀS PRINCIPAIS MUDANÇAS E INCLUSÃO DE NOVAS MODALIDADES LICITATÓRIAS	32
2.1 DISPOSIÇÕES DO NOVO MARCO LEGAL DAS LICITAÇÕES: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO TEMPORAL, PRINCIPAIS INOVAÇÕES E OS NOVOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS	32
2.2 O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA: UMA NOVA PERSPECTIVA DIALÓGICA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	44
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico busca apresentar a temática do estudo acerca das licitações públicas e das modalidades de licitação, com ênfase nos princípios norteadores perante a administração pública, delimitando-se como foco de análise os processos licitatórios da administração pública. Também, as mudanças ocorridas após a entrada em vigor da nova Lei de Licitações - Lei n.º 14.133/2021, com ênfase na nova modalidade licitatória do diálogo competitivo, a qual visa possibilitar, através desta modalidade, a contemporaneidade dos procedimentos licitatórios propiciando assim, alternativas flexíveis e negociais às modalidades licitatórias adotadas pela administração pública.

A administração pública vivencia um intenso processo de aprimoramento do ordenamento jurídico e de modernização quanto às licitações e contratações públicas. Das muitas possibilidades de abordagem oferecidas pelo tema do estudo, optou-se por delimitá-lo na aplicação da modalidade do diálogo competitivo como uma nova modalidade licitatória, explanando as principais características da nova modalidade.

Deste modo, por meio da realização deste trabalho, pretende-se abordar em que medida a utilização da modalidade do diálogo competitivo no Direito Administrativo Brasileiro é capaz de trazer modernizações relativas à concepção, formalização e execução das licitações e contratos públicos brasileiros, sendo esse o questionamento central que norteou a pesquisa.

Para tanto, pressupõe-se que a utilização da modalidade licitatória do diálogo competitivo representa a contemporaneidade quanto à sistematização dos processos licitatórios brasileiros, propiciando transparência e celeridade contratual através de um diálogo entre os licitantes e a administração pública a fim de buscar informações e contemplar as necessidades do órgão contratante. Ainda, por apresentar uma maior flexibilidade nas contratações públicas – o que inexistia nas modalidades licitatórias atuais –, o diálogo competitivo propicia uma interação de forma monitorada entre a administração pública e os licitantes.

A modalidade licitatória do Diálogo Competitivo busca desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender as necessidades da administração pública por

meio de uma sistemática dialógica. Com isso, o objetivo geral deste estudo é analisar a inclusão da nova modalidade licitatória no Direito Administrativo Brasileiro, pela Lei n.º 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações, apresentando uma abordagem sobre as inovações trazidas por esta Lei, sob o enfoque principal no planejamento e na sustentabilidade nos procedimentos licitatórios da administração pública. De modo específico, para alcançar os objetivos propostos, buscou-se apresentar os aspectos históricos do instituto da licitação, abordando sua evolução desde a Constituição Federal de 1988, perpassando pela Lei n.º 8.666/93, até os dias atuais, bem como seus princípios norteadores, seu conceito, modalidades, principais características e fases.

Considera-se relevante este estudo por possibilitar uma análise teórica da nova modalidade licitatória do diálogo competitivo na Lei n.º 14.133/2021. A realização do estudo é bastante oportuna e de suma importância, por se tratar de uma lei nova, recente, frente ao Direito Administrativo Brasileiro. Ademais, o estudo é considerado necessário, uma vez que há poucas quantidades de obras e bibliografias sobre o referido tema, o qual poderá servir de embasamento a futuros trabalhos acadêmicos, tendo em vista a conexão das principais fontes bibliográficas de autores diversos, apresentadas no referencial teórico a teor da modalidade do Diálogo Competitivo presente na Nova Lei de Licitações.

Ainda, a abordagem proposta é viável e coerente, devido à facilidade de acesso e a riqueza dos materiais pertinentes ao estudo. A contribuição efetiva deste trabalho se dará pelo acesso à informações sobre o tema da pesquisa, utilizando uma linguagem facilitada para que haja maior entendimento sobre o assunto. A repercussão esperada com a pesquisa é o esclarecimento de dúvidas sobre o assunto, a fim de contribuir para a ampliação da discussão deste tema no âmbito acadêmico e social.

A problematização da pesquisa refere-se à pergunta: considerando a modalidade do Diálogo Competitivo no Direito Europeu, o Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Brasileiro é capaz de trazer modernizações relativas à concepção, formalização e execução aos contratos públicos brasileiros? Para respondê-la, estabeleceu-se como objetivo geral a análise da inclusão da nova modalidade licitatória no Direito Administrativo Brasileiro, denominada Diálogo Competitivo, pela Lei Nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações.

A fim de alcançar-se o objetivo geral, foram traçados os seguintes objetivos específicos: a) estudar a dinâmica de aplicação e de vigência da nova modalidade licitatória a partir da análise da Lei Nº 14.133/2021/ b) pesquisar, ainda de que maneira sucinta, acerca da modalidade do Diálogo Concorrencial no Direito Europeu sob o viés da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e, c) explicar as principais características da nova modalidade licitatória, sua formalização e execução frente ao Direito Administrativo Brasileiro.

A pesquisa que aqui se propõe caracteriza-se como de natureza teórica, com o objetivo analisar a inclusão da nova modalidade licitatória no Direito Administrativo Brasileiro, sob a perspectiva das mudanças advindas da entrada em vigor desse novo dispositivo, desenvolvendo a temática delimitada por meio da documentação indireta. Quanto aos procedimentos técnicos utilizados, baseia-se em pesquisa bibliográfica, com coleta de dados em manuais de direito, artigos, livros e legislação brasileira sobre a temática. Para a análise e a interpretação dos dados, o método de análise principal a ser utilizado, com o intuito de pesquisar o fenômeno social e jurídico proposto, foi o hipotético-dedutivo, que parte, neste caso, da hipótese construída.

O trabalho é composto por dois capítulos. O primeiro capítulo faz uma breve abordagem acerca evolução histórica da licitação no Brasil, com base nas mudanças legislativas a partir da Constituição Federal de 1988 e possui como subcapítulos: a regulamentação e inclusão da obrigatoriedade da administração pública em licitar à luz dos princípios constitucionais e a licitação na Lei nº 8.666/93: aspectos fundamentais e procedimentais, princípios norteadores e as suas modalidades.

O segundo capítulo trata acerca da licitação na nova lei de licitações - Lei n.º 14.133/2021 com a introdução das principais mudanças e inclusão de novas modalidades licitatórias, subcapitulado em: disposições do novo marco legal das licitações: breve contextualização temporal, principais inovações e os novos princípios aplicáveis às licitações públicas e o diálogo competitivo como nova modalidade licitatória: uma nova perspectiva dialógica nas contratações públicas brasileiras.

1 LICITAÇÃO: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O processo licitatório começou a ser introduzido no Brasil no século XIX e foi evoluindo ao longo do tempo. A licitação é uma ferramenta usada por outros países desde a Idade Média. Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a licitação passou a ser considerada um princípio constitucional, sendo um procedimento obrigatório para a Administração Pública obter certos serviços e produtos (BRASIL, 1988).

Deste modo, neste capítulo, será abordada, brevemente, a evolução histórica do instituto licitatório no Brasil, observando as principais mudanças legislativas a partir da Constituição Federal de 1988 que definiram o instituto da licitação na forma que conhecemos hoje. Para melhor embasamento do conteúdo abordado neste capítulo, os temas foram subdivididos em duas seções: a) a regulamentação e inclusão da obrigatoriedade da administração pública em licitar a luz dos princípios constitucionais e, b) a licitação na Lei nº 8.666/93: aspectos fundamentais e procedimentais, princípios norteadores e as suas modalidades.

1.1 A REGULAMENTAÇÃO E A INCLUSÃO DA OBRIGATORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM LICITAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira a trazer as principais normas alusivas à administração pública bem como a primeira a introduzir as licitações e os contratos em sua redação (MORAES, 2020). O instituto da licitação/processo licitatório no Brasil foi discutido e pautado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, a qual especificou e delegou competência da União para legislar sobre as normas gerais comuns para todos os entes federados:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (BRASIL, 1988).

Deste modo, a Constituição Federal ordena ao Poder Público a obrigatoriedade da prestação de serviços, seja ela direta ou mediante permissão ou concessão, frente à sociedade, sempre por meio do processo licitatório

Regulamentou-se um capítulo exclusivo visando às formas de sua organização, determinando à estruturação governamental e as suas funções como também atribuiu a União, a competência para legislar sobre as normas gerais frente a todos os entes da federação: Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988).

Para Tavares, a “A Administração Pública é o conjunto de todas as entidades criadas para a execução dos serviços públicos ou para o alcance de objetivos governamentais.” (TAVARES, 2012, p. 1331), sendo de responsabilidade desta, desempenhar atividades voltadas ao interesse público consubstanciadas na efetivação dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, elencados no caput do artigo 37 da Constituição Federal (MORAES, 2020).

Para que todos os princípios constitucionais voltados à administração pública sejam concretizados efetivamente, é necessário um instrumento de controle dos recursos públicos, o instituto da licitação. Deste modo, a menção expressa ao dever da administração pública em licitar é elencada no artigo 37, XXII da Constituição Federal. Vejamos:

[...] 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).

Entre os doutrinadores, há distintas conceituações do que vem a ser a licitação. Na definição da maioria, considera-se um procedimento administrativo em que a administração pública opta pela proposta mais vantajosa para os contratos que lhe interessam. Segundo a professora Fernanda Marinela, conceitua-se licitação como sendo um

[...] procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição

a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MARINELA, 2015, p. 482).

Emmanuel Burle Filho e Hely Lopes Meirelles descrevem o instituto da licitação como sendo um

[...] procedimento administrativo mediado o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade aos negócios administrativos. (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016, p. 25).

Deste modo, pode-se compreender que a licitação é um instrumento para o efetivo controle dos recursos públicos, a qual tem por finalidade a busca pela obtenção da melhor proposta a fim de alcançar o negócio mais benéfico e o oferecimento de condições igualitárias a todos os interessados em contratar com a administração pública (MAZZA, 2018).

A administração pública obriga-se a contratar através da consumação de um processo público para a escolha imparcial da melhor proposta e do melhor preço dentre as opções a ela apresentadas. Sendo assim, o Poder Público não pode dispor da prerrogativa parcial de escolha de qualquer fornecedor/empresa, ao contrário do que fazem as empresas privadas e os particulares (MAZZA, 2018).

A Constituição Federal de 1988 foi um marco de grande significado para a efetivação da democratização do real sentido da administração pública bem como dos processos licitatórios que a norteiam (BRASIL, 1988). Deste modo, faz-se aqui, um resgate histórico da licitação a partir da Constituição Federal de 1988 até as legislações atuais, perpassando pelos princípios que a norteiam, bem como suas modalidades e as finalidades a cada uma imposta.

O Texto Constitucional de 1988 passou a ter menção expressa ao dever de licitar, enunciando em seus dispositivos, o cumprimento ao Princípio da Obrigatoriedade da Licitação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a exemplo do disposto no artigo 37, inciso XXI¹ da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2020).

¹ Art. 37 [...] 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,

Assim sendo, a Constituição Federal impõe e torna imprescindível o processo licitatório pela administração pública direta e indireta de todos os poderes pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Consoante a isso, o professor José Carvalho Filho observa que

[...] fora dos casos expressos em lei, “*as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”. [...] não pode a Administração abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 248).

Por conseguinte, o caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 versou sobre os princípios basilares de todos os atos advindos da administração pública no país, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Destarte, atos emanados pela administração pública no Brasil, regem-se por meio de diretrizes legais, pautadas em normas e princípios constitucionais, os quais dirigem a execução das atividades administrativas. Sustenta-se então, que são princípios constitucionais vinculados à administração pública, os elencados no caput do artigo 37 da Constituição Federal. Neste viés, salienta Nohara que os princípios

[...] são normas jurídicas de caráter geral e elevada carga valorativa. [...] têm caráter vinculante, cogente ou obrigatório, na medida em que consubstanciam a mais elevada expressão do consenso social sobre os valores básicos a serem assegurados no Estado Democrático de Direito. (NOHARA, 2020, p. 55).

Deste modo, passa-se a discernir acerca dos princípios constitucionais do Direito Administrativo, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de modo a estabelecer a definição básica de cada princípio bem como, um entendimento mais minucioso sobre cada um.

O Princípio da Legalidade é a base fundamental para o Estado de Direito (NOHARA, 2020). Este princípio versa sobre a obrigação da administração pública em realizar atos de acordo com a vontade legal, ou seja, somente os permitidos em

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).

lei (DI PIETRO, 2020). Da mesma forma, José Carvalho depreende do entendimento, percebendo que:

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. [...] tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 20).

Portanto, compreende-se que todos os atos da administração pública devem ser vinculados à lei, acatando-se assim, ao Princípio da Legalidade. De tal forma que, se contrariado a lei, o mesmo poderá ser considerado um ato inválido.

Tem-se presente também, o Princípio da Impessoalidade, o qual impõe a administração pública, o dever de legislar para fins legais. Isto significa que, os atos por ela praticados, devem ter um direcionamento unicamente voltado ao interesse público “e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros”. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 20).

Para Burle Filho e Meirelles, o Princípio da Impessoalidade é definido como sendo

[...] o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016, p. 97).

Para alguns doutrinadores, o Princípio da Impessoalidade pode ser relacionado com outros princípios. Conforme denota Celso Antônio Bandeira de Mello, o Princípio da Impessoalidade está diretamente interligado ao Princípio da Igualdade ou Isonomia, vejamos:

Nele se traduz a ideia de que administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, 2015, p. 117).

Deste modo, em conformidade com o Princípio da Impessoalidade, é vedada toda e qualquer atividade administrativa que não alcance exclusivamente o interesse público, sob pena de invalidação por desvio de finalidade (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016).

Neste viés, igualmente se apresenta como princípio constitucional, o Princípio da Moralidade. Tal princípio é pressuposto fundamental para a validade de todo ato administrativo, aludindo a própria ética do administrador público, percebendo em todos os seus atos a presença de preceitos éticos positivados nas normas da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2020).

Ainda, levando-se em conta o entendimento de Carvalho Filho, o Princípio da Moralidade

[...] impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. [...] somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 22).

Considerando juristas como Maurice Hauriou e Henri Welter, José Emmanuel Burle Filho e Hely Lopes Meirelles definem que a moral administrativa ou jurídica não se confunde com a moral comum por se tratar de regras que disciplinam o interior da administração pública. Com base nisso, o autor afirma que

[...] a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa. (BURLE FILHO, MEIRELLES, 2016, p. 94).

Faz-se necessário então, que o administrador atenda aos princípios éticos e morais, de tal forma a cumprir as disposições legais e levar a efeito um ato administrativo. Caso contrário, sem a observância destes, o ato administrativo poderá ser considerado nulo (MELLO, 2015).

Outro princípio mencionado na Constituição Federal de 1988 é o Princípio da Publicidade, o qual visa garantir a credibilidade pela transparência, frente a todos os cidadãos, pois, devido à publicidade, toma-se conhecimento de todos os atos praticados pela administração pública (NOHARA, 2020).

Hely Lopes Meirelles afirma que, por ser pública a administração, todos os seus atos, evidentemente, devem ser públicos, logo, os mesmos devem ser integralmente publicados. Contudo, deverão ser observadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal. Desta maneira, a publicidade se define por ser a “divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.” (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016, p. 100).

Ademais, importante se faz ressaltar o inciso XXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal o qual define que todos os cidadãos tem direito a informação logo, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”. (BRASIL, 1988).

José Carvalho Filho salienta que a publicidade dos atos administrativos visa garantir um controle no que diz respeito a sua legitimidade. Sendo assim,

[...] os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 26).

Em suma, o Princípio da Publicidade pode ser considerado autoexplicativo, tendo em vista que o próprio nome já o define. Por isso, a sua aplicação é imprescindível para o efetivo conhecimento dos cidadãos de todos os atos realizados pela administração pública, com ressalva aos atos sigilosos que ponham o risco a segurança da sociedade.

Por fim, faz-se referência ao Princípio da Eficiência que, por sua vez, foi incluído no rol de princípios norteadores da administração pública pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Para José Emmanuel Burle Filho e Hely Lopes Meirelles a eficiência

[...] exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. [...] O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado. (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016, p. 105).

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro compreende que o Princípio da Eficiência é apresentado sob a maneira de atuação do agente público e sob a ótica

da organização, estruturação e disciplina da administração pública, observando ainda, a ligação do Princípio da Eficiência com os demais princípios norteadores da atividade administrativa:

[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito. (DI PIETRO, 2020, p.111).

Portanto, verifica-se que os princípios constitucionais que regem a administração pública, expressos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, são de suma importância, pois, além de dar amparo legal a todos os atos administrativos, possibilitam “[...] a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres.” (MEDAUAR, 2018, p. 116).

Ressalta-se aqui, que o rol dos princípios atribuídos à administração pública não é exaustivo. Há na doutrina e nos diversos ordenamentos jurídicos princípios implícitos que abrangem e permeiam o Direito Administrativo e a administração pública que, por sua vez, não foram citados na presente explanação, pois, buscou-se aqui, apenas considerar os princípios com menção explícita no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

1.2 O PROCESSO LICITATÓRIO NA LEI Nº 8.666/1993: ASPECTOS FUNDAMENTAIS E PROCEDIMENTAIS, PRINCÍPIOS NORTEADORES E AS SUAS MODALIDADES

Em 21 de junho de 1993, introduziu-se no sistema jurídico brasileiro, a Lei nº 8.666/1993, a Lei Geral de Licitações, a qual regulamentou o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais a respeito das licitações e contratos administrativos vinculados à administração pública. Segundo ressalva do artigo 1º desta Lei, as normas gerais são aplicadas nos casos relacionados à “[...] obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” (BRASIL, 1993).

Neste mesmo viés, Oliveira afirma que a Lei nº 8.666/1993 abrange todas as normas gerais relativas ao território nacional, logo, devem ser seguidas rigidamente

pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (OLIVEIRA, 2020). Contudo, o autor define que

[...] conforme já decidido pelo STF, o diploma legal em comento possui algumas normas específicas (federais). [...] a Lei 8.666/1993 possui caráter híbrido: por um lado, é lei nacional no tocante às normas gerais; por outro lado, é lei federal em relação às normas específicas. (OLIVEIRA, 2020, p. 4).

A Constituição Federal de 1988 elenca os princípios básicos a serem observados pela Administração Pública em seus atos. Desta maneira, junto aos princípios constitucionais, existem princípios característicos da licitação que devem ser notados no processo licitatório. Por sua vez, na concepção de Di Pietro, "não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação." (DI PIETRO, 2020, p. 411). No entanto, o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 dita os princípios que regem o instituto da licitação, quais sejam: da isonomia, da legalidade, da igualdade, da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correlatos (BRASIL, 1993).

Num primeiro momento, cumprem destacar, brevemente, os princípios norteadores da licitação dispostos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93. Entretanto, no decorrer deste trabalho e em momento oportuno, ir-se-á evidenciá-los de maneira pormenorizada, estendendo-se assim, aos princípios correlatos aplicados ao processo licitatório.

O princípio da isonomia é um desdobramento do Princípio da Igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, o qual preza pela condição de igualdade e justa concorrência perante todos os interessados em contratar com a administração, vedando que sejam preestabelecidas condições que resultem preferências e vantagens, em favor de alguns licitantes em detrimento de outros (DI PIETRO, 2020).

Sendo assim, a igualdade entre os licitantes é princípio primordial da licitação, pois, visa a garantir a todos os licitantes, um tratamento igualitário livre de favoritismos, ao modo que

[...] implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a

quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. (MELLO, 2015, p. 546-547).

Pelo princípio da legalidade a administração pública subordina-se a vinculação integral dos seus atos e procedimentos à lei. No que diz respeito à licitação, a administração pública e todos os licitantes deverão executar as fases e procedimentos da licitação em concordância com as normas previstas na Lei nº 8.666/93. Deste modo, o princípio da legalidade é explícito no artigo 4º da referida lei, segundo o qual revela que:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (BRASIL, 1993).

Outro princípio a ser explanado, é o princípio da publicidade, previsto no § 3º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, o qual define que “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento [...]”. (BRASIL, 1993). Tal princípio é de importante relevância no âmbito das licitações públicas, ao passo que visa garantir a divulgação e transparência, de forma integral, de todos os atos administrativos realizados em todas as fases do processo licitatório (DI PIETRO, 2020).

Neste mesmo sentido, Carvalho Filho frisa a importante relevância dada ao princípio da publicidade, destacando que, por serem públicos os advindos da administração, os mesmos devem ser abertos para todos. Ainda, salienta que a “Licitação sem publicidade revela-se simplesmente um zero jurídico. [...] a publicidade é um princípio republicano e remonta à *res publica*, indicativa da *coisa pública, coisa de todos*.” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 256).

Ainda, no que concerne a publicidade, Carvalho Filho faz uma ressalva ao artigo 21 da Lei nº 8.666/1993, destacando a importância das publicações de avisos relativos aos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos leilões e dos concursos na imprensa oficial, visando a propagação do conhecimento destes, para que assim se tenha um alcance maior quanto ao número de interessados em contratar com a administração pública (CARVALHO FILHO, 2020).

A licitação também está sujeita a observância do princípio da impessoalidade, o qual define que todos os atos desenvolvidos pelos agentes administrativos não

devem ser direcionados de modo a privilegiar alguns. Os atos administrativos devem ser destinados a todo e qualquer cidadão, ou seja, em matéria de licitação, todos aqueles que têm interesse em contratar com a administração pública devem ter um mesmo tratamento. Por observância desse princípio, não é admitida a realização da licitação visando o favorecimento de qualquer pessoa, impedindo assim, que o agente público preestabeleça condições ao processo licitatório para fins exclusivos de certos concorrentes (CALASANS JUNIOR, 2015).

Ainda sobre o princípio da impessoalidade, Mazza complementa que este “obriga a Administração licitante a conduzir com objetividade e imparcialidade o procedimento, a partir das normas editalícias, impedindo privilégios e desfavorecimentos indevidos em relação aos licitantes”. (MAZZA, 2018, p. 476).

Conforme estabelece a Lei nº 8.666/93, todo processo licitatório é norteado pelo princípio da moralidade, o qual determina que todo comportamento da administração pública seja lícito de acordo com bons costumes conjuntamente com boas regras administrativas, atrelando-se aos princípios da justiça e da equidade, valendo-se, igualmente, da honestidade (DI PIETRO, 2020). Deste modo, em se tratando de licitação, o princípio da moralidade “impõe à comissão de licitação e aos licitantes a obrigação de obedecer aos padrões éticos, de probidade, lealdade, decoro e boa-fé.” (MAZZA, 2018, p. 476).

De acordo com alguns autores, como por exemplo, Casalans Junior e Alexandre Mazza, o princípio da moralidade é intrinsecamente ligado ao princípio da probidade administrativa. Calasans Junior sintetiza esta relação, mencionando que:

O princípio da moralidade, intrinsecamente associado ao da probidade, impõe que o procedimento licitatório esteja ajustado aos bons costumes e às regras de ética que devem nortear toda conduta individual e, com maior razão, a atividade dos agentes administrativos. (CALASANS JUNIOR, 2015, p. 36).

Outro princípio de relevante destaque é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório o qual é “[...] essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento”. (DI PIETRO, 2020, p. 420). Tal princípio obriga a administração pública e os licitantes, ao cumprimento das regras estabelecidas no instrumento convocatório (MELLO, 2015). Assim, tem-se que “[...] o edital e a carta-convite são os instrumentos convocatórios da licitação e contêm as regras a serem seguidas no

processo licitatório e muitas que nortearão o futuro contrato.” (MEDAUAR, 2018, p.181). Consoante às regras preestabelecidas do certame, Casals Junior desta que “Uma vez definidas essas regras, não mais poderão ser alteradas, porque vinculam não apenas a Administração como os próprios licitantes.” (CALASANS JUNIOR, 2015, p. 36).

É neste mesmo sentido que Mazza enfatiza o artigo 41 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a administração é obrigada a cumprir com as normas e condições preestabelecidas no edital convocatório, pois, este, encontra-se estritamente vinculado. “[...] Daí falar-se que o edital é a lei da licitação;”. (MAZZA, 2018, p. 474).

Por fim, o princípio do julgamento objetivo define que a avaliação e a classificação da melhor proposta licitatória sejam decididas sob a ótica objetiva, de acordo com os critérios previamente fixados no edital convocatório (MAZZA, 2018). Conforme a interpretação de Carvalho Filho o princípio do julgamento objetivo

Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. [...] Se no edital foi previsto o critério de menor preço, não pode ser escolhida a proposta de melhor técnica; se foi fixado o de melhor técnica, não se pode selecionar simplesmente a de menor preço, e assim sucessivamente. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 257).

Dentro deste contexto, destaca-se que, muito embora o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 expresse em sua redação os princípios básicos norteadores da licitação, tem-se vários outros que se relacionam com estes, como por exemplo, o princípio da adjudicação compulsória, da ampla defesa, do desenvolvimento nacional sustentável, do sigilo das propostas, do procedimento formal, da indisponibilidade do interesse público, da inalterabilidade do edital, estes, considerados por doutrinadores como Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Alexandre Mazza.

Posterior a breve explanação dos princípios básicos que norteiam o processo licitatório, importante se faz mencionar, brevemente, as fases procedimentais que antecedem o momento de contratação, bem como os tipos e as modalidades licitatórias estipuladas na Lei nº 8.666/93.

Para doutrinadores como, Di Pietro, Calasans Junior e Aragão, os atos dos processos licitatórios costumam ser agrupados em duas fases: a fase interna e a fase externa. A chamada fase interna do processo licitatório “engloba os atos iniciais

e preparatórios praticados por cada órgão e entidade administrativa para efetivação da licitação.” (OLIVEIRA, 2020, p. 120), sendo procedido sem a participação concreta de licitantes interessados. Nesse mesmo sentido, Meirelles entende que “O procedimento da licitação inicia-se na repartição interessada com a abertura de processo em que a autoridade competente determina sua realização, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa.”. (MEIRELLES, 2015, p. 336).

Deste modo, Amorim define a etapa interna do procedimento licitatório de acordo com a seguinte sequência:

[...] requisição da área/unidade interessada, estimativa do valor (pesquisa de preços); autorização da despesa; elaboração do instrumento convocatório e seus anexos; análise da minuta do ato convocatório pela assessoria jurídica; publicação do aviso de licitação e divulgação do edital. (AMORIM, 2017, p, 42).

Ainda, em conformidade com os incisos I, II e III do § 2º do Art. 7º da Lei nº 8.666/1993, Irene Nohara salienta que a administração pública necessita adotar algumas providências quanto da realização da fase interna, quais sejam:

I - ter um projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - formular orçamento pormenorizado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - realizar previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; e IV - se for o caso, contemplar o produto da obra nas metas do Plano Plurianual. (NOHARA, 2020 p. 368).

A fase externa do procedimento licitatório começa com a publicação do instrumento convocatório, isto é, edital ou carta-convite (MARINELA, 2015). Desta forma, o interesse da administração pública em contratar se torna efetivamente público. De acordo com a Lei nº 8.666/1993, a fase externa da licitação, exceto do pregão², se desenvolve, sequencialmente, através dos seguintes atos: publicação do instrumento convocatório, impugnação, habilitação, julgamento e classificação, homologação e adjudicação.

² Diferentemente do que ocorre nas modalidades licitatórias elencadas nos incisos I, II, III, IV e V do Art. 22 da Lei nº 8.666/93, ou seja, nas modalidades da concorrência, da tomada de preços, do convite, do concurso e do leilão, a fase externa do pregão se desenvolve, em parte, de forma inversa, ou seja, primeiro faz-se primeiro a adjudicação e, posteriormente, a homologação. (BRASIL, 2002).

A publicação do instrumento convocatório convoca a participação dos interessados a anuírem o certame e, posteriormente, exhibir as suas propostas (OLIVEIRA, 2020). Ainda, Oliveira acrescenta que:

São espécies de instrumentos convocatórios: o edital e o convite. O instrumento convocatório contém as regras que norteiam a licitação e que devem ser observadas pela Administração e pelos licitantes. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3.º, 41 e 55, IX, da Lei 8.666/1993). (OLIVEIRA, 2020, p. 122).

Nesse sentido, Burle Filho e Meirelles salientam a obrigação, pela imprensa oficial, a divulgação do edital, destacando que “[...] O que a lei exige é a notícia da abertura da licitação, isto é, do aviso resumido do edital, e não de seu texto completo, pois este os interessados obterão no local indicado na comunicação.”. (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016, p. 339).

Conforme o §1º do Art. 41 da Lei nº 8.666/93, qualquer instrumento convocatório é passível de impugnação por qualquer cidadão, desde que, apresentados motivos que demonstrem irregularidades pertinentes à efetivação da Lei nº 8.666/93, “[...] devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis [...]”. (BRASIL, 1993).

Ainda sobre a impugnação do instrumento convocatório, Fernanda Marinela comenta que

As impugnações não têm natureza de recurso, não tendo também efeito suspensivo, o que significa dizer que, mesmo apresentadas e sem julgamento, o procedimento continuará normalmente, inclusive com o recebimento dos envelopes. Nesse contexto, a impugnação tempestiva do potencial licitante não impedirá que ele participe da licitação. (MARINELA, 2015, p. 553).

Posterior a eventual impugnação do instrumento convocatório, tem-se a fase da habilitação, a qual visa verificar se os contratantes possuem as qualificações mínimas e preenchem requisitos básicos para a efetiva execução do contrato dentro das especificações prévias apresentadas pela Administração Pública (ARAGÃO, 2013).

Neste sentido, Oliveira conceitua a fase da habilitação como sendo “[...] a fase da licitação em que a Administração verifica a aptidão dos licitantes para celebração do futuro contrato.”. (OLIVEIRA, 2020, p. 124). É nessa fase onde são recebidos,

analisados, assinados pelos licitantes presentes e pela comissão, os envelopes contendo a documentação comprovando a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e o disposto no inciso XXXIII do Art. 7º da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2020). Após o exame de todos os documentos, “[...] serão habilitados os licitantes que cumprirem às exigências do edital.”. (NOHARA, 2020, p. 379).

Em seguida, tem-se a fase do julgamento e da classificação, na qual “[...] a Administração faz o julgamento das propostas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos constantes do edital.” (DI PIETRO, 2020, p. 461). A fase do julgamento é dividida em duas etapas, sendo compreendida como a primeira etapa a abertura dos envelopes “proposta” em ato público antecipadamente designado e, posteriormente, a segunda etapa, com o julgamento das propostas. Na concepção de Nohara, o julgamento das propostas deve apresentar um caráter objetivo, sendo “[...] realizado, portanto, de acordo com os tipos de licitação, os critérios estabelecidos no ato convocatório e de acordo com fatores exclusivamente nele referidos.”. (NOHARA, 2020, p. 381.)

Dessa forma, será classificada a proposta que melhor atende os interesses da administração pública, ou seja, será classificada a proposta mais vantajosa em conformidade com os critérios de julgamento estabelecidos anteriormente no edital ou na carta-convite (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016). Ainda, o §2º do Art. 45 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que:

No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo. (BRASIL, 1993).

O inciso VI do Art. 43 da Lei nº 8.666/93 define como sendo o ato final do procedimento licitatório a “deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”. (BRASIL, 1993). Oliveira entende a fase da homologação como sendo “[...] o ato administrativo que atesta a validade do procedimento e confirma o interesse na contratação. É uma espécie de “despacho saneador” da licitação.”. (OLIVEIRA, 2020, p. 132). Ainda, conforme entendimento de Burle Filho e Meirelles na fase homologatória a autoridade competente deverá optar em

[...] confirmar o julgamento, homologando-o; ordenar a retificação da classificação no todo ou em parte, se verificar irregularidade corrigível no julgamento, ou anular o julgamento, ou todo o procedimento licitatório, se deparar irregularidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação. (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2016, p. 361).

Desta maneira, se verificada a ausência de vícios jurídicos no procedimento licitatório, ocorrerá à homologação, sendo então, determinada a sua adjudicação (NOHARA, 2020). A fase da adjudicação é compreendida como sendo o ato final do procedimento licitatório, no qual a administração pública atribui ao licitante vencedor o objeto da licitação (DI PIETRO, 2020). Ainda sobre a fase de adjudicação do processo licitatório, Oliveira destaca que:

Não se confunde a adjudicação formal com a assinatura do contrato. Com fundamento no princípio da adjudicação compulsória, o objeto da licitação deve compulsoriamente ser adjudicado ao primeiro colocado, o que não significa reconhecer o direito ao próprio contrato. (OLIVEIRA, 2020, p. 133).

No §1º incisos I, II, III e IV do artigo 45 da Lei nº 8.666/1993 encontra-se disposto quatro tipos de licitação quanto do julgamento das propostas: menor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço e maior lance ou oferta. Já as modalidades de licitação estão elencadas no artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, o qual indica cinco modalidades, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. No entanto, destaca-se uma sexta modalidade de licitação, incluída inicialmente pela medida provisória nº 2.026, de 4-5-00, a modalidade do pregão, o qual, atualmente, é regido por lei própria, a Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.

As pessoas de Direito Público de capacidade política e entidades de suas administrações indiretas, como as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais são obrigadas à licitação pública por força maior do inciso XXI do artigo 37 caput da Constituição Federal. A licitação é precedida do instrumento convocatório, o qual deverá indicar a modalidade e o tipo de certame a ser adotado, a fim de orientar os participantes e o posterior julgamento das propostas (MEIRELLES, 2015). Ainda, ressalta-se que, de acordo com o §8º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93 é vedada a combinação das modalidades bem como a adoção de outra que não a definida no edital convocatório (BRASIL, 1993).

A licitação apresenta características próprias às quais devem ser consideradas no momento de decidir qual o tipo de contratação será feito pela

administração pública. Deste modo, utiliza-se o critério fundamentalmente econômico e de valor estimado de contratação para a escolha da modalidade licitatória a ser utilizada na licitação (CALASANS JUNIOR, 2015). Desta forma, partindo do entendimento de que “[...] a licitação é gênero, que se subdivide em modalidades [...]” (MEDAUAR, 2018, p. 181). Apresentar-se-á, brevemente, a conceituação das modalidades elencadas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93.

A modalidade concorrência detém como objeto licitado algo de elevado valor sendo passível a participação de qualquer interessado que tenha comprovado, na fase de habilitação, os requisitos de qualificação estabelecidos no edital (MEDAUAR, 2018). Tal modalidade licitatória “é obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras, dentro dos limites de valor fixados pelo ato competente [...], na compra ou alienação de bens imóveis e na concessão de direito real de uso [...]” (MEIRELLES, 2015 p. 387). Para que seja aceito o uso da modalidade concorrência é necessário que se cumpra requisitos, destacando-se, segundo Meirelles, a universalidade, a ampla publicidade, os prazos para apresentação das propostas, a habilitação preliminar e o julgamento por Comissão (MEIRELLES, 2015).

Já a modalidade tomada de preços é caracterizada por ser realizada “[...] entre interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 289). Estes, com antecedência, são convocados mediante a publicação de avisos na imprensa oficial ou em jornal particular, os quais abrangem as informações relevantes acerca da licitação, bem como o local onde o edital possa ser obtido (BURLE FILHO; MEIRELLES, 2015).

A Lei nº 8.666/93 elenca o convite como sendo uma de suas modalidades licitatórias. Por sua vez, o convite caracteriza-se por ser uma modalidade mais simplificada destinada para contratos de menor valor. Esta modalidade é única que não é precedida de edital, pois, “O instrumento convocatório denomina-se *carta-convite*, e é nesta que são colocadas, sucintamente, as regras da licitação.” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 290).

Conforme a interpretação de Di Pietro a modalidade convite tem como requisito a participação de, no mínimo, três interessados convidados e escolhidos pela administração, podendo estes, ser cadastrados ou não. Também, podem ser

participantes desta modalidade, os que por opção da administração, não foram convidados, contudo, devem manifestar interesse 24 horas antecedentes à apresentação das propostas, bem como estar devidamente cadastrados na correspondente especialidade (DI PIETRO, 2020).

Outra modalidade de licitação incluída na Lei nº 8.666/93 é o concurso. Mello define o concurso como sendo “[...] uma disputa entre quaisquer interessados, que possuam a qualificação exigida, para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores [...]” (MELLO, 2015, p. 577). Deste modo, o concurso não visa uma contratação, mas sim, uma premiação, uma vez que se objetiva, apenas, compensar alguém por seu trabalho (MADEIRA, 2010). De acordo com o §4º do artigo 22 da referida lei, o edital do concurso é divulgado e publicado com no mínimo 45 dias antecedentes à escolha do melhor trabalho técnico, científico ou artístico.

A última modalidade elencada no artigo 22 da Lei nº 8.666/93 é o leilão. Conforme indicado na lei, o leilão é destinado objetivando a venda de bens móveis inservíveis, a venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e a alienação de bens imóveis. A regra geral é a de maior lance, ou seja, tem direito à compra, o participante que oferecer valor igual ou superior da avaliação do bem (CARVALHO FILHO, 2020). No que diz respeito ao edital do leilão, o mesmo deve ser “[...] publicado, pelo menos, quinze dias antes de sua realização, deve ser amplamente divulgado, em especial no Município em que ocorrerá.” (MEDAUAR, 2018, p. 183).

A medida provisória nº 2.026, de 4-5-00 incluiu o pregão no rol das modalidades de licitação. De acordo com Carvalho Filho,

As modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. [...] As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Atendendo a tais reclamos, foi editada a Lei nº 10.520, de 17.7.2002, na qual foi instituído o *pregão* como nova modalidade de licitação, [...] visando a acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 321).

Atualmente, o pregão é regido pela Lei Federal nº 10.520/02 e é definido como sendo uma modalidade destinada “[...] para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo

fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.” (DI PIETRO, 2020, p. 451). Conforme denota Oliveira “É possível perceber que o conceito é aberto, sendo inviável o estabelecimento de um rol taxativo de todos os bens e serviços comuns.” (OLVIEIRA, 2020, p. 101).

Por fim, vale ressaltar que, a adoção da modalidade licitatória do pregão constitui-se em uma decisão administrativa discricionária, ou seja, não é uma modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos, uma vez que, a administração possui a faculdade de escolher entre, adotar ou não, tal modalidade licitatória.

Desta forma, encerrada esta seção, no próximo capítulo serão abordadas as principais mudanças e inovações instituídas pela nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21, além da inserção dos novos princípios aplicáveis às licitações públicas e a inclusão das novas modalidades licitatórias, em especial, a modalidade do Diálogo Competitivo.

2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES - LEI Nº 14.133/2021: INTRODUÇÃO ÀS PRINCIPAIS MUDANÇAS E INCLUSÃO DE NOVAS MODALIDADES LICITATÓRIAS

Compreender o Diálogo Competitivo e o seu processo de implementação no Direito Administrativo Brasileiro, bem como analisar e destacar as suas principais características e formalizações constituem o cerne desse capítulo. Dessa forma, será feita a explanação sobre: as disposições do novo marco legal das licitações com uma breve contextualização temporal, principais inovações e os novos princípios aplicáveis às licitações públicas e o diálogo competitivo como nova modalidade licitatória sob a ótica de uma nova perspectiva dialógica nas contratações públicas brasileiras.

No tratamento de dados sobre as disposições do novo marco legal das licitações com uma breve contextualização temporal, principais inovações e os novos princípios aplicáveis às licitações públicas, será feita, de forma sucinta, a explanação dos principais projetos de leis que propuseram a discussão acerca da nova Lei de Licitações. Em seguida, se perquirirá sobre as principais mudanças e inovações da nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 num breve estudo comparado à Lei nº 8.666/1993, bem como, a conceituação dos novos princípios norteadores do processo licitatório elencados na nova lei.

Após, será discorrido acerca do diálogo competitivo como nova modalidade licitatória sob a ótica de uma nova perspectiva dialógica nas contratações públicas brasileiras. A partir disso, inicialmente, será explanado, de forma breve, acerca da modalidade do Diálogo Concorrencial no Direito Europeu sob o viés da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Desse modo, elucidada a temática do diálogo concorrencial, passar-se-á a explicar as principais características do diálogo competitivo, hipóteses de contratação e o rito procedimental presentes na nova Lei de Licitações.

2.1 DISPOSIÇÕES DO NOVO MARCO LEGAL DAS LICITAÇÕES: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO TEMPORAL, PRINCIPAIS INOVAÇÕES E OS NOVOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS

De início, faz-se necessário uma breve contextualização da origem e das principais mudanças relativas aos projetos de lei das disposições do novo marco

legal das licitações até a sua aprovação e redação atual. Mostra-se necessário, para o norteamto dos assuntos abordados neste subcapítulo destacar que Projeto de Lei do Senado nº 559 teve início em 2013, com a elaboração pela Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON), sendo aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 13 de dezembro do mesmo ano. Em 2017, quando já tramitava na Câmara, que o mesmo foi transformado no Projeto de Lei nº 6.814/2017 (OLIVEIRA, s.a.).

No ano de 2020 tramitou no plenário o Projeto de Lei nº 4253 de 2020, o qual foi o substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 559/2013. Em 1º de abril de 2021 foi promulgada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 14.133/2021 a qual “Entre outras medidas, [...] cria modalidades de contratação, tipifica crimes relacionados a licitações e disciplina itens do assunto em relação às três esferas de governo: União, estados e municípios.” (SENADO FEDERAL, 2020). Desta maneira a Nova Lei de Licitações

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; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. (SENADO FEDERAL, 2021).

No entanto, apesar de já estar vigente a Nova Lei de Licitação, a mesma estabelece a revogação das leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e dos artigos 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011 de caráter não imediato. Isto significa dizer que, apesar da lei já estar vigorando no sistema legal brasileiro, a mesma não é de uso obrigatório pela administração nos processos licitatórios públicos no período de 2 (dois) anos decorridos da publicação da lei, assim estabelecido pela redação no inciso II do artigo 193 da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Desta maneira, o caput do artigo 191 da Lei nº 14.133/21 é claro ao redacionar que, incumbirá ao ente público optar pela aplicação de qualquer dos regimes licitatórios vigentes, conforme sua preferência:

Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a **Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso**, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou

no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Contudo, apesar da lei estabelecer o livre arbítrio quanto à utilização dos regimes licitatórios, é vedada a combinação dos dispositivos presentes nas legislações vigentes. Sendo assim, depois de decorridos 02 (dois) anos, as novas licitações necessitarão, obrigatoriamente, observar o disposto na Lei nº 14.133/21. Ao mesmo passo, quanto da adoção dos dispositivos da nova lei, salienta-se que “[...] as entidades e órgãos que se sentirem preparados, estão autorizados a passar a adotar o regime novo a partir de quando entenderem conveniente. Não precisam esperar dois anos.” (NIEBUHR, 2021, p. 8).

É nesse contexto que, Dalla Costa e Martinez tecem comentários acerca do novo marco legislativo, destacando que, busca-se, através deste, “[...] imprimir maior transparência aos processos licitatórios, unificando e modernizando, bem como trazendo maior eficácia e agilidade, seja para a concretização ou para a execução de contratos administrativos.” (DALLA COSTA; MARTINEZ, 2021, s.p.).

Num primeiro momento, cumprem destacar, brevemente, de maneira comparada, os destaques das principais mudanças e inovações da nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 frente à Lei nº 8.666/93. Porém, antes de caracterizar as principais mudanças e inovações trazidas pela nova lei, importante se faz lembrar que, atualmente, vive-se um período de transição entre as leis nº 8.666/93 e 14.133/21, as quais podem ser objeto de escolha da administração pública para optar o modelo de contratação pública que será utilizado no período estabelecido pela nova Lei de Licitações, qual seja, o período de (2) dois anos³.

A nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 quando comparada com a Lei 8.666/93 conta com significativas e importantes alterações. Uma das principais mudanças trazidas pela nova Lei de Licitações diz respeito quanto às modalidades licitatórias. O artigo 22 da Lei nº 8.666/93 elenca as modalidades licitatórias a serem adotadas pela administração pública, quais sejam: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão (BRASIL, 1993). A nova Lei de Licitações, em seu artigo 28 trás um novo rol de modalidades licitatórias, sendo estas: o pregão,

³ A Lei nº 14.133/21 já está em vigor desde a data da sua publicação, cita-se dia 10 de junho de 2021. Entretanto, de acordo com o inciso II do artigo 193 da nova Lei de Licitações, as leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 ainda não foram revogadas, sendo que estas somente serão revogadas, depois de decorridos dois anos a contar da data de sua publicação (BRASIL, 2021).

a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo (BRASIL, 2021). De pronto, é evidente perceber a extinção das modalidades licitatórias tomada de preço e convite, bem como, notório se faz a inclusão de uma nova modalidade licitatória: o diálogo competitivo.

No que tange à forma de realização das licitações, “[...] com o intuito de adequar os meios de contratações públicas ao ambiente digital [...]” (HADAD, COTA; CASTRO, 2021, n.p.), o §2º do artigo 17 da nova lei estabelece que “As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.” (BRASIL, 2021).

No tocante às fases licitatórias estabelecidas na nova Lei de Licitações, o artigo 17 da Lei nº 3.144/2021 elenca uma nova sequência de fases dos procedimentos licitatório, sendo estes: a fase preparatória, a fase de divulgação de propostas e lances (quando for o caso), a fase de julgamento, a fase de habilitação, a fase recursal e a fase de homologação (BRASIL, 2021). Deste modo, diferentemente do que ocorria na Lei nº 8.666/93, a fase de habilitação será posterior à fase de julgamento.

Quanto aos critérios de julgamento das propostas licitatórias, o §1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/1993 define 4 (quatro) critérios, quais sejam: menor preço; melhor técnica; técnica e preço e maior lance ou oferta (BRASIL, 1993). Já na Lei nº 14.133/2021, o artigo 33 incorporou o julgamento das licitações com a inclusão novos critérios: o critério de maior desconto, melhor conteúdo artístico e o de maior retorno econômico (BRASIL, 2021), este último, sendo

[...] utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, o qual considerará a maior economia para a administração, sendo a remuneração fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato. (BRASIL, 2021).

Destaca-se ainda que, o critério de julgamento de maior lance, de acordo com a nova Lei de Licitações passa a ser exclusivo para a modalidade licitatória do leilão, diferentemente do que previa a Lei nº 8.666/93, a qual autorizava o critério de julgamento de maior lance frente à modalidade licitatória da concorrência.

Em decorrência das significativas mudanças quanto às hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação, destaca-se aqui, a dispensa de licitação por valor baixo

e a dispensa de licitação por emergência, já previstas na Lei nº 8.666/93 e a inclusão pela Lei nº 14.133/21, da possibilidade de contratação por dispensa de licitação nos casos fracassados. Em se tratando da dispensa de licitação por valor baixo, salienta-se que, a partir vigência da nova Lei de Licitações, os casos de dispensa apresentam valores previamente fixados (HADAD, COTA; CASTRO, 2021). De acordo com os incisos I e II do artigo 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; [...]. (BRASIL, 2021).

No tocante à dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade pública, a Lei nº 8.666/93 define que o prazo máximo da contratação emergencial é de 180 (cento e oitenta) dias (BRASIL, 1993). Com o advento da nova Lei de Licitações, o inciso VIII do artigo 75 estendeu este prazo para 1 (um) ano (BRASIL, 2021). Por último, quando da contratação por dispensa de licitação fracassada e deserta incluída pela nova Lei de Licitações, evidencia-se que estas serão possibilitadas quando “[...] as propostas apresentadas no certame foram inválidas.” (HADAD, COTA; CASTRO, 2021, n.p.). De acordo com o inciso III do artigo 75 da Lei nº 14.133/21 a contratação por dispensa deverá ocorrer no prazo de 1 (um) ano a contar da licitação fracassada ou deserta (BRASIL, 2021).

Em relação às novas hipóteses de inexigibilidade de licitações, a Lei nº 14.133/21 apresenta um rol exemplificativo em seu artigo 74 com a inclusão de uma nova hipótese em seu inciso IV, qual seja, a de “[...] objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento [...]” (BRASIL, 2021). Trata-se de ato no qual o ente público “[...] convoca profissionais dispondo-se a contratar todos os interessados que preenchem os requisitos por ela exigidos, e por um valor previamente definido, de modo que não haja competição entre os interessados [...]” (HADAD, COTA; CASTRO, 2021, n.p.).

Outra hipótese de inexigibilidade de licitação é a constante no inciso V da nova Lei de Licitações, a qual diz respeito à “[...] aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.” (BRASIL, 2021). Na Lei nº 8.666/1993 tal situação é elencada no inciso X do artigo 24 como sendo uma hipótese de dispensa de licitação.

Em se tratando dos princípios norteadores do processo licitatório, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) estabelece um rol exemplificativo dos princípios que devem ser adotados pelo legislador no âmbito do instituto da licitação e dos contratos administrativos e, que também, devem ser obedecidos por todos os participantes do processo licitatório. Desta maneira, o artigo 5º da referida lei dita que as licitações devem observar os princípios

[...] da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, 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 [...]. (BRASIL, 2021).

Frisa-se aqui que o rol de princípios previstos no artigo 5º da nova Lei de Licitações é exemplificativo, uma vez que, o processo licitatório poderá nortear-se por outros princípios que não os previamente elencados no dispositivo mencionado, a exemplo, dos princípios constitucionais do Direito Administrativo previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

Uma vez que os princípios da legalidade, da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao edital e do julgamento objetivo já foram citados e explanados de forma minuciosa no item 1.2 deste capítulo, passa-se aqui, a abordar os novos princípios trazidos pelo novo texto legislativo nº 14.133/2021, com enfoque especial voltado ao Princípio do Planejamento e ao Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável.

O artigo 5º da Lei nº 14.133/2021 faz menção ao princípio do planejamento. Niebuhr compreende que o princípio do planejamento está diretamente ligado com a fase interna do processo licitatório, haja vista que, é nesta fase, que são executados os procedimentos que antecedem a licitação, bem como todo planejamento entorno de uma contratação específica (NIEBUHR, 2021). Ainda, contemplando o entendimento de Niebuhr, destaca-se que, é na fase do planejamento que a “[...] Administração Pública identificará e justificará a necessidade do objeto a ser licitado e formalizará a autorização para abertura do certame.” (NIEBUHR, 2021, p. 28).

Pelo princípio do planejamento, deduz-se que todas as licitações e todos os contratos administrativos devem ser planejados de maneira eficaz e eficiente pelo ente público, baseando-se não somente no princípio do planejamento propriamente

dito, mas, também, criando uma conexão entre todos os princípios, valores e regras jurídicas elencados na lei e na Constituição Federal de 1988 (SANTOS, 2020). Com base nesta mesma ideologia, Tatiana Camarão entende que, o novo princípio elencado na nova Lei de Licitações se preocupa com o planejamento, compreendendo que “O estímulo ao planejamento como alicerce das contratações exige que os órgãos identifiquem a necessidade da contratação e como ela se adequa ao mercado, às novas tecnologias e ao ciclo orçamentário.” (CAMARÃO, 2021, n.p.)

Verifica-se também que, na interpretação de Mendes, o planejamento é uma das partes mais importantes no âmbito das licitações e dos contratos administrativos, haja vista que, é do planejamento que todas outras fases da licitação dependem bem como é do planejamento que nascem problemáticas e dificuldades que terão de ser superadas (MENDES, 2012).

O planejamento correto demanda a maior parte do esforço e do tempo do processo licitatório, mas é através deste que se aumenta a precisão da idealização de todo o certame. Os riscos de complicações no andamento e na execução de todo o processo licitatório são reduzidos, tendo em vista que o planejamento de todas as etapas se dá de forma detalhada e transparente (BELO, 2021). Desta forma, tem-se presente no artigo 12, inciso VII da nova Lei de Licitações, uma das principais ferramentas que espelham o planejamento e a racionalização das contratações públicas: o Plano Anual das Contratações. Vejamos:

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, **elaborar plano de contratações anual**, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, **garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico** e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Em suma, se administração pública executar o planejamento, de forma transparente e racional, das licitações e dos contratos administrativos de acordo com a lei e observar o orçamento planejado, esperar-se-á, em regra, a redução custos e o aumento da eficiência na execução dos contratos.

A licitação, enquanto ato administrativo, também está sujeita à observância do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, o qual determina a observância de critérios sociais, ambientais e econômicos como parâmetros condicionantes nas

licitações e contratações públicas com finalidade voltada, não apenas para a escolha da proposta mais vantajosa, mas também para uma proposta ecologicamente correta (SILVA, 2020).

Em se tratando de propostas ecologicamente corretas, entende-se que estas, em sua essência, são aquelas que buscam contentar as necessidades do ente promotor da contratação visando satisfazer “[...] os pilares da sustentabilidade, gerando, de forma direta ou indireta, benefícios à coletividade e minimizando impactos ao meio ambiente.” (SILVA, 2020, n.p.).

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável caracteriza-se pela sua multidimensionalidade, isto é, pela abrangência de aspectos ambientais, sociais, econômicos, jurídico-políticos e éticos (FREITAS, 2011), sendo compreendido como

[...] o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. (FREITAS, 2011, p. 51).

Com o objetivo de estabelecer a harmonização do poder de compra pela administração pública frente à sustentabilidade nacional, a Medida Provisória nº 495/2010 que, posteriormente foi convertida na Lei nº 12.349/10, agregou à Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 3º uma nova finalidade licitatória: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Posterior, o Decreto Federal nº 7.746/2012 regulamentou o artigo 3º Lei nº 8.666/93, estabelecendo “[...] critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública [...]”. (BRASIL, 2012). Os incisos do rol do artigo 4º do referido decreto elencam, de forma taxativa, as diretrizes dos critérios e das práticas sustentáveis, sendo elas:

I – baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; VII – origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e VIII – utilização de produtos florestais

madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento. (BRASIL, 2012).

É nesse sentido que, a administração pública deverá levar em consideração, os critérios acima elencados em todos os processos licitatórios por ela conduzidos. Salienta-se que, na nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21, o inciso IV do artigo 11 é claro ao abordar a promoção ao desenvolvimento nacional sustentável como um dos principais objetivos da licitação. Desse modo, sendo o princípio do desenvolvimento nacional sustentável considerado um objetivo a ser observado e efetivado pela lei e seus gestores, a licitação, enquanto poderoso instrumento de contratação do Estado deverá se adequar ao objetivo por meio das chamadas licitações sustentáveis (MOREIRA; GARCIA, 2019).

Sobre a licitação sustentável, compreende-se que esta é uma ferramenta de integração de adoção, nos processos licitatórios, de critérios sustentáveis da qual a administração pública se utiliza visando reduzir os impactos socioambientais (NIEBUHR, 2021), as quais devem se valer “[...] de uma inteligência ambiental e social na estruturação de processos licitatórios e na concepção de contratos administrativos.” (NIEBUHR, 2019, n.p.). Nesse mesmo sentido, o Ministério do Planejamento contextualiza e qualifica as licitações públicas sustentáveis como sendo uma “[...] política de Contratações Públicas que leve em consideração critérios de sustentabilidade, ou seja, critérios fundamentados no desenvolvimento econômico e social e na conservação do meio ambiente.” (BRASÍLIA, 2012, p. 9).

Freitas conceitua as licitações sustentáveis da seguinte forma:

[...] são os procedimentos administrativos por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados – no seio do certame isonômico, probo e objetivo – com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa, isto é, a mais sustentável, quando almeja efetuar pacto relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo, fase de habilitação, as provas indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações avençadas. (FREITAS, 2011, p. 257).

Ainda, em relação às licitações sustentáveis, importante se faz mencionar que “[...] é dever legal de todo gestor público dar efetividade às licitações sustentáveis em respeito ao princípio constitucional da eficiência administrativa e do meio ambiente equilibrado, [...]” (BRASÍLIA, s.a, n.p). Igualmente, importa destacar aqui, alguns dos benefícios decorrentes da adequação das licitações e contratações

públicas ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável frente à eficácia da busca ao meio ambiente equilibrado. Desta maneira, cita-se:

[...] a melhoria da performance ambiental do país, com a redução de emissões de CO², destinação adequada de resíduos e disposição final dos rejeitos de forma ambientalmente correta; aquisição de produtos que não causam ou causam poucos impactos ambientais; redução de custos a médio e longo prazo, com contratação de produtos e serviços mais eficientes, inclusive do ponto de vista energético; criação de empregos, desenvolvimento da economia local, criação e distribuição de riqueza; maior diálogo com o mercado; estímulo a concorrência, com a criação de soluções tecnológicas, inovadoras e sustentáveis; além de estimular novos comportamentos socioambientais na sociedade. (SILVA, 2021, p. 52).

O princípio do interesse público também é conhecido como o princípio da finalidade. Tal princípio versa sobre o direcionamento das atividades da administração voltadas ao interesse comum devendo “[...] ser compreendido como o interesse coletivo, da comunidade, do povo. Tem a ver com a consecução do bem comum, daquilo que está acima de individualidades.” (NIEBUHR, 2021, p. 23).

Faz-se menção no Art. 5º da Lei nº 14.133/21 ao princípio da transparência. Por sua vez, esse princípio busca a efetiva garantia da publicidade de todos os atos oficiais no decorrer do processo licitatório bem como busca “[...] coibir os arranjos secretos que se entabulam nos bastidores da Administração Pública, fora dos autos.” (NIEBUHR, 2021, p. 28). De acordo com Niebuhr, não se deve confundir o Princípio da Transparência com o Princípio da Publicidade. É neste mesmo sentido que Capagio e Couto entendem que o Princípio da Transparência “[...] constitui dever maior que a publicidade [...]” (CAPAGIO; COUTO, 2021, p. 60), isto porque, a observância da transparência sobre os atos advindos da Administração Pública, deve prevalecer até mesmo nos atos não onerosos (CAPAGIO; COUTO, 2021).

Ainda, quanto ao Princípio da Transparência, Rafael Carvalho Rezende Oliveira salienta que o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)⁴ é uns dos principais meios de garantir a racionalidade e transparência de todos os atos advindos do Poder Público. Neste sentido:

⁴ O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), conforme dispõe o artigo 174 da nova Lei de Licitações é o site oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Lei nº 14.133/2021, o qual visa conferir maior transparência e visibilidade às licitações. Conforme publicado no site do Governo Federal “O objetivo do PNCP é o de integrar as unidades de compras da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, promovendo a difusão de informações para o aperfeiçoamento, modernização e maior eficiência das compras públicas.” (BRASIL, 2021).

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), previsto no art. 174 da nova Lei de Licitações, é o sítio eletrônico oficial que tem por objetivo divulgar os atos exigidos pela Lei de Licitações e garantir o acesso à informação, cumpridas as exigências da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). (OLIVEIRA, 2021, p. 34).

O Princípio da Eficácia tem por escopo “[...] a aptidão para a produção dos resultados esperados de determinada ação estatal [...]” (THAMAY; et al., 2021), buscando a garantia de resultados positivos nas licitações públicas de modo a atingir satisfatoriamente ao objetivo final, que é a contratação pública (NIEBUHR, 2021).

Outro princípio mencionado no Art. 5º da Lei nº 14.133/21 é o Princípio da Segregação de Funções, o qual versa sobre a descentralização das funções em todo processo licitatório, garantindo a diversidade de atuação dos agentes públicos de forma a evitar conflitos de interesses (OLIVEIRA, 2021). Nesse mesmo sentido, Niebuhr entende que

[...] as licitações não são conduzidas de forma centralizada, por apenas uma autoridade que identifica a necessidade de licitação, elabora o edital e julga as propostas apresentadas selecionando a mais vantajosa. Pelo contrário, as licitações são procedimentos complexos, compostos por diversos agentes espalhados por diversas repartições. É a segregação de funções que garante, por exemplo, que um mesmo servidor não será o responsável pela fiscalização de um ato por ele mesmo produzido, o que revelaria nítido conflito de interesses. (NIEBUHR, 2021, p. 28).

O Princípio da Motivação, de acordo com o entendimento de Capagio e Couto se consolida por ser “[...] a razão ou justificativa de decidir; representa a fundamentação fática e jurídica do ato administrativo editado. Não é somente a exposição dos motivos, mas a explicação do objeto adotado em relação aos motivos advindos.” (CAPAGIO; COUTO, 2021, p. 62). Deste modo, é dever da administração pública fundamentar todos os seus atos, no âmbito dos processos licitatórios e das contratações públicas, de forma a externar e assegurar os cumprimentos legais exigidos para o efetivo cumprimento do ato administrativo (NIEBUHR, 2021). Ainda, importante se faz mencionar o inciso IX do Art. 18 da Lei nº 14.133/21, o qual determina que “[...] a motivação circunstanciada das condições do edital [...]” (BRASIL, 2021) é elemento substancial à validade do processo licitatório.

O Princípio da Segurança Jurídica é entendido como sendo “[...] o conjunto de imperativos e garantias que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado das consequências diretas dos seus atos e fatos à luz de uma liberdade conhecida

[...]” (CAPAGIO; COUTO, 2021, p. 47), ou seja, é o princípio no qual se garante a segurança legal da coerência na aplicação das leis em todos os atos praticados pelo ente público nos processos licitatórios e nas contratações públicas.

Sobre o princípio da razoabilidade, Mello entende que este se assemelha aos princípios da finalidade e da legalidade, e é por meio desse princípio que a administração pública deve atuar em conformidade a critérios aceitáveis e razoáveis sob um ponto de vista racional “[...] em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.” (MELLO, 2015, p. 108). Basicamente, é pelo cumprimento ao princípio da razoabilidade que a administração pública deve obedecer a critérios aceitáveis no exercício de seus atos (VERÍSSIMO, 2013).

A licitação, enquanto ato administrativo, também está sujeita ao princípio da competitividade, sendo que tal princípio visa “[...] possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, estimulando a melhor contratação possível para a Administração Pública.” (THAMAY; et al., 2021, p. 20), sendo que esta competitividade não se reduz tão somente para a seleção da proposta mais vantajosa, mas também estende seu entendimento no sentido de que “Quanto mais propostas houver, maior a competitividade instalada e, por consequência, maior a chance de seleção de uma proposta satisfatória.” (NIEBUHR, 2021, p. 27). Couto e Capagio sintetizam o princípio da competitividade, afirmando que

O princípio da competitividade veda à pessoa licitante criar barreira ou impedimentos à participação mais universal possível na licitação, [...] proíbe aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar situações que “comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório”. (COUTO; CAPAGIO, 2021, p. 64).

Já quando se trata sobre o princípio da proporcionalidade, verifica-se que este possui “[...] escopo de proteção aos direitos fundamentais [...]” (CAPAGIO; COUTO, 2021, p. 64), justamente por se tratar da proporção de determinados atos jurídicos emanados pelo Poder Público. De acordo com o entendimento de Niebuhr, a jurisprudência e a doutrina definem critérios os quais averiguam se um ato é proporcional ou não, sendo estes: a) a análise a respeito da adequação de um ato e; b) a ponderação racional e a necessidade em sentido estrito do ato jurídico (NIEBUHR, 2021).

Conforme estabelece redação do Art. 5º da Nova Lei de Licitações, todo processo licitatório é norteado pelo princípio da celeridade. Tal princípio também está disposto no inciso LXXVIII do Art. 5º da Constituição Federal, o qual delibera que “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988). Tal princípio define que os atos praticados pelos agentes administrativos devem ser céleres e simplificados, de forma a não serem caracterizados por rigorismos exagerados e formalidades supérfluas, a fim de tornar o processo licitatório mais ágil e menos complexo (ZUCCO, 2018).

Sobre a economicidade como princípio norteador da licitação, Thamay e et al. destacam que se trata do dever incumbido ao administrador pela busca do melhor recurso possível em todo o processo licitatório, ou seja, isto significa dizer que, a administração pública, deverá se utilizar de soluções mais vantajosas, eficientes e econômicas em todo o processo (THAMAY; et al., 2021).

Desta forma, encerrado este tópico, apresenta-se na próxima seção, uma abordagem da nova modalidade licitatória introduzida pela Lei nº 14.133/21, a modalidade do Diálogo Competitivo, detalhando e aprofundando o estudo acerca das suas principais características, da dinâmica de aplicação e de vigência e, a formalização e a execução frente ao Direito Administrativo Brasileiro.

2.2 O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA: UMA NOVA PERSPECTIVA DIALÓGICA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

A administração pública vivencia um intenso processo de mudança, aprimoramento e modernização frente ao ordenamento jurídico legal. Com o intuito de promover maior segurança jurídica, eficiência e transparência às compras e aos cofres públicos, a nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021 foi aprovada e sancionada, disciplinando e regulamentando novas regras gerais de licitações e contratações públicas.

A inclusão do diálogo competitivo como uma nova modalidade licitatória no novo ordenamento jurídico brasileiro significou uma modernização quanto aos procedimentos licitatórios, haja vista que este foi idealizado no direito estrangeiro e

inspirado no modelo europeu do diálogo concorrencial⁵. Para uma melhor compreensão acerca do instituto do diálogo competitivo, entende-se oportuno realizar uma breve explanação, da modalidade licitatória do diálogo concorrencial sob o viés da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

O diálogo concorrencial baseia-se, precipuamente, na ideia do diálogo entre os licitantes e a administração, de modo a visar à promoção da flexibilização de escolhas dos procedimentos que antecedem a contratação e a negociação (UNIÃO EUROPEIA, 2004). O diálogo concorrencial, de acordo com o artigo 1º, 11.c da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,

[...] é o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar 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 nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta. (UNIÃO EUROPEIA, 2004, p. 14).

Quando fala-se em diálogo competitivo, verifica-se que é uma modalidade de licitação dialógica, elencada no inciso V do artigo 28 da nova Lei de Licitações, na qual a administração pública dialoga com os interessados no certame visando à aquisição de obras, compras e serviços, “[...] 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). Desta maneira, pode-se compreender que modalidade do diálogo competitivo tem como uma das principais finalidades

[...] possibilitar que a Administração Pública, diante da existência de uma necessidade em que se denote a impossibilidade de, de forma prévia e objetiva, identificar a melhor solução tecnológica ou o meio e alternativas capazes de atendê-la, estabeleça diálogos públicos e transparentes com o setor produtivo privado, de modo a selecionar o projeto que seja o mais adequado, eficiente e vantajoso. (LIMA, 2021, n.p.).

Neste mesmo entendimento Avelar conceitua a modalidade do diálogo competitivo como sendo

⁵ A respeito da nomenclatura do diálogo competitivo adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, importante se faz mencionar que “[...] O Brasil optou por transpor para o seu ordenamento jurídico o instituto com a tradução mais equivalente do termo em inglês, o *competitive dialogue*. Por isso, é importante observar que os termos são sinônimos.” (OLIVEIRA, 2021, p. 29).

[...] uma modalidade de licitação voltada à contratação de obras, serviços e compras e que compreende duas fases distintas: a primeira, 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 e a segunda, na qual os licitantes apresentam proposta final, a chamada “fase competitiva”. (AVELAR, 2021, n.p.).

Com base em uma interpretação lógica do inciso XLII do artigo 6º da nova Lei Licitações⁶, percebe-se que tal modalidade licitatória objetiva exclusivamente os serviços e os bens não comuns. Em síntese, significa dizer que, “O diálogo competitivo serve para contratar bens e serviços que são mais técnicos e específicos, [...]” (PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS, 2021, n.p.), como por exemplo, “[...] softwares de gestão, computadores para propósitos específicos, sistema de segurança de dados, serviços de demolição, restauração, etc.” (PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS, 2021, n.p.).

O diálogo competitivo apresenta algumas restrições quanto às situações de utilização pela administração pública. A rigor das alíneas dos incisos I e II do artigo 28 da Lei nº 13.144/21, o diálogo competitivo deve ser empregado em situações específicas, ou seja, somente nos casos onde administração pública vise à contratação de objeto que envolva alguma inovação tecnológica ou quando for impossível o órgão ou entidade contratante “[...] ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado [...]” (BRASIL, 2021), bem como quando houver uma necessidade complexa com técnicas específicas, que precisam ser definidas pela própria administração pública. (BRASIL, 2021). Também, conforme a previsão no texto legislativo da nova Lei de Licitações, a modalidade do diálogo competitivo poderá ser adotada, de igual forma, para as licitações de concessões de parcerias público-privadas e serviços públicos (BRASIL, 2021).

Quanto ao rito procedimental da modalidade licitatória, o § 1º do artigo 32 da Lei nº. 14.133/2021 dispõe sobre o procedimento a ser adotado pela administração pública para a implementação do diálogo competitivo. A licitação é dividida e procedida, de maneira geral, em duas fases: a primeira fase é “[...] o diálogo entre Administração Pública e os particulares [...]” (NIEBUHR, 2021, p. 130), e, a segunda

⁶ Art. 6º [...] XLII - diálogo competitivo: 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).

fase, é a competição (BRASIL, 2021). De antemão ao trâmite licitatório, a administração pública irá instaurar uma comissão de contratação, a qual será formada por 3 (três) empregados públicos e servidores efetivos devidamente registrados nos quadros estáveis da administração, os quais deverão conduzir e auxiliar todo o processo licitatório (BRASIL, 2021).

De modo geral, a primeira fase do processo licitatório compreende a pré-seleção dos interessados e o diálogo da administração para com estes. Inicialmente, a administração pública manifesta a sua vontade de contratação por meio da divulgação do edital, o qual conterà as exigências e necessidades prévias definidas bem como os critérios e requisitos da pré-seleção dos interessados em licitar, estabelecendo o prazo “[...] mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação [...]” (BRASIL, 2021).

Em seguida, inicia-se a pré-seleção dos interessados em contratar com a administração. É o momento em que os interessados devem manifestar o interesse através de um pedido de participação no certame licitatório, anexando, dentro do prazo de 25 dias úteis, a manifestação de interesse e os documentos que comprovem o preenchimento de requisitos da sua efetiva participação para a seleção (OLIVEIRA, 2021). Destaca-se que, a manifestação de interesse “[...] é o próprio requerimento para ingressar no certame.” (OLIVEIRA, 2021, p. 39).

Sobre a pré-seleção dos candidatos aptos a participar do certame, a lei não traz detalhes quanto aos critérios a serem utilizados para esse escrutínio. Valendo-se aqui do modelo do velho mundo, propõe-se que se adotem nessa etapa os critérios de habilitação relativos à qualificação técnica e econômico-financeira, previstos, respectivamente, nos arts. 67 e 69 da nova LLCA. A rigor, o que se propõe é que a etapa de pré-seleção seja a própria etapa de habilitação. (OLIVEIRA, 2021, p. 40).

Ainda, o mesmo autor entende que a pré-seleção/ habilitação “[...] é uma condição indispensável para o sucesso da licitação nesse modelo. Só licitantes que atendam determinados requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão contribuir com a Administração na construção da solução.” (OLIVEIRA, 2021, p. 38).

Posteriormente, ocorre o diálogo com os licitantes selecionados. É nesse momento que a administração pública interage de maneira direta com os potenciais interessados, dialogando e possibilitando-lhes uma abertura para a apresentação de soluções referentes aos seus interesses.

O diálogo objetiva que o Poder Público se comunique com a iniciativa privada, que proporá soluções àquela necessidade aventada, aproveitando-se da *expertise* destes, de sua criatividade, capacidade de inovação, e tecnologias avançadas a que têm acesso. (RAINHO, 2019, n.p.).

Conforme disciplina a lei, o diálogo promovido pela administração pública para com os interessados deve ocorrer de maneira isonômica, “[...] de modo que não podem ser divulgadas informações de forma discriminatória que implique vantagem ou desvantagem para algum dos candidatos.” (OLIVEIRA, 2021, p. 43). Ainda, salienta-se que, de acordo com o inciso VI do §1º do artigo 32 da nova Lei de Licitações, o diálogo ocorre por meio de reuniões, as quais deverão ser gravadas e posteriormente registradas em atas (BRASIL, 2021).

Assim, em relação à fase do diálogo, ressalta-se que esta “[...] serve para aferir possíveis soluções para as necessidades da Administração, com estímulo à criação de inteligência coletiva que deveria surgir das rodadas de diálogo.” (AVELAR, 2021, n.p.). De acordo com o inciso V do §1º do artigo 32 da nova Lei de Licitações, “[...] 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 [...]” (BRASIL, 2021).

Após a fase do diálogo com posterior seleção dos potenciais contratantes pela administração pública, conforme os requisitos deliberados anteriormente no edital da seleção prévia, passa-se para a fase da competição, “[...] na qual ocorrem a apresentação e o julgamento das propostas para posterior adjudicação do contrato. (OLIVEIRA, 2021, p. 47). A fase competitiva inicia 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 pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto [...]. (BRASIL, 2021).

Desta maneira, todos os interessados e participantes da fase dialógica, apresentam as propostas a fim de obter êxito na contratação para com a administração pública. Após, a administração pública irá decidir pela melhor proposta com base nos critérios de julgamento definidos anteriormente no edital. Os critérios de julgamento das propostas estão definidos nos incisos I, II, III, IV, e VI do

artigo 33 da Lei nº. 14.133/21, podendo estes se dar pelo critério de menor preço, de maior desconto, de melhor técnica ou conteúdo artístico, de técnica e preço ou de maior retorno econômico (BRASIL, 2021). Quanto ao critério de julgamento da modalidade licitatória do diálogo competitivo, Oliveira entende que

[...] o julgamento das propostas no diálogo competitivo é completamente incompatível com o critério de menor preço ou maior desconto, sendo adequado para a definição da proposta mais vantajosa nessa modalidade o uso de técnica e preço, nos termos do art. 36 da Lei nº 14.133, de 2021. (OLIVEIRA, 2021, p. 53).

Por fim, ressalta-se que, em tempo, o diálogo competitivo não foi adotado por nenhum ente público como modalidade licitatória. Logo, complexo se torna o questionamento quanto às expectativas positivas desse novo instituto nos próximos anos. Porém, espera-se que o diálogo competitivo seja utilizado, como uma ferramenta dialógica, ao passo que se possa garantir às licitações públicas brasileiras, através de uma perspectiva dialógica, o melhoramento e a conseqüente evolução do desempenho da administração pública moderna.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico buscou apresentar a temática do estudo acerca das modalidades licitatórias, com ênfase na Nova Lei de Licitações - Lei n.º 14.133/2021 e a aplicação do Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória no Direito Administrativo Brasileiro, delimitando-se com foco na explanação das principais características da nova modalidade licitatória, sua formalização e execução. Nesse contexto, verificou-se que a administração pública brasileira vivencia um intenso processo de aprimoramento do ordenamento jurídico e de modernização quanto às licitações e contratações públicas.

Inicialmente, no primeiro capítulo, abordou-se a evolução histórica do instituto licitatório brasileiro desde a Constituição Federal de 1988. Nesse aspecto, tem-se que somente a partir da Constituição Federal de 1988 que o instituto da licitação passou a ser considerado um princípio constitucional, obrigando a administração pública a realizar o procedimento licitatório para obter certos serviços e produtos.

Posteriormente, tratou-se da regulamentação e da inclusão da obrigatoriedade da administração pública em licitar à luz dos princípios constitucionais com respectiva análise da evolução da licitação, seus conceitos, princípios, modalidades e tipos de licitação utilizados pela administração pública brasileira na Lei n.º 8.666/93. Nesse ponto, verificou-se que a licitação é de fato, um procedimento administrativo utilizado pela administração pública para a obtenção da proposta mais vantajosa nas compras e nas contratações públicas, se procedido de maneira célere e transparente, respeitando e efetivando a garantia aos princípios constitucionais e administrativos a ela impostos. Sendo assim afirma-se que, a licitação é um dos meios nos quais pode a administração pública, dar efetividade quanto ao controle dos recursos públicos.

No segundo capítulo, visou-se analisar as disposições da Nova Lei de Licitações, com uma breve contextualização temporal, com ênfase nas principais inovações e os novos princípios aplicáveis às licitações públicas. A partir disso, verificou-se que, através da Lei n.º 14.133/21, houve a unificação das leis (leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e os artigos 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011), tornando-se uma norma geral específica, trazendo novidades importantes não encontradas anteriormente em dispositivos legais.

Deste modo, verificou-se que a nova Lei de Licitações aborda questões legislativas que impactam significativamente no âmbito das contratações públicas, a começar pela incorporação de novos princípios aplicáveis às licitações públicas. Imprescindível se faz a adequação das licitações aos princípios a ela atribuídos, em especial, ao princípio do planejamento e ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Nota-se que através é do planejamento que se estabelece a real necessidade do objeto a ser licitado, bem como, é dever da administração pública promover o desenvolvimento nacional sustentável estabelecendo uma harmonização quanto ao poder de compra frente à sustentabilidade nacional.

Ainda que, em tempo, não vivenciada na prática a adoção da modalidade do diálogo competitivo pela administração pública, a pesquisa realizada respondeu, de forma dedutiva, à questão problema que era: considerando a modalidade do Diálogo Competitivo no Direito Europeu, o Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Brasileiro é capaz de trazer modernizações relativas à concepção, formalização e execução aos contratos públicos brasileiros?

Assim sendo, através desse estudo, acredita-se que a modalidade licitatória do diálogo competitivo, em comparação às demais, revela maior eficiência e transparência nas contratações públicas, uma vez que permite o diálogo direto com os contratantes, garantindo maior agilidade e redução de riscos e gastos, trazendo à administração pública, a garantia da proposta mais vantajosa.

Em decorrência da problemática da pesquisa, pode-se constatar que as hipóteses formuladas restaram confirmadas, tendo em vista que, o diálogo competitivo é considerado um procedimento licitatório moderno que apresenta maior flexibilidade e que visa propiciar um diálogo entre os licitantes e a administração pública de forma interativa e monitorada. Tem-se como vantagem manifesta do diálogo competitivo a compreensão, pela administração pública, o entendimento das melhores e mais adequadas soluções para a obtenção de suas necessidades, fazendo com que se reduzam os eventuais riscos que envolvem as contratações públicas.

Dessa forma, considerando tudo o que foi exposto, é possível concluir que a nova Lei de Licitações vem ao encontro da modernização do processo de licitação brasileiro, estabelecendo a preferência das licitações na sua forma eletrônica. Além do mais, os dispositivos presentes no novo ordenamento jurídico brasileiro são capazes de promover maior observação quanto aos princípios constitucionais,

garantindo-se assim, que a proposta escolhida seja aquela que atenda os interesses e as necessidades da administração pública, ao passo que, proporcione à própria administração, maiores e melhores benefícios.

Além do mais, conclui-se que a utilização da modalidade licitatória do diálogo competitivo pela administração pública, é capaz de agilizar as contratações de obras, serviços e compras, garantindo, através do diálogo, maior transparência e efetividade nas contratações, objetivando, assim, a compreensão, pela administração pública, ao entendimento das melhores e mais adequadas soluções para a obtenção de suas necessidades, fazendo com que se reduzam os eventuais riscos e gastos desnecessários que envolvem as contratações públicas.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Mariana Magalhães. 7 pontos do diálogo competitivo que você precisa saber. **Observatório da Nova Lei de Licitações**. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/03/31/7-pontos-do-dialogo-competitivo-que-voce-precisa-saber>. Acesso em 10 nov. 2021.

BELO, Alcindo Antônio Amorim B. **A ênfase no planejamento na Nova Lei de Licitações**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-11/alcindo-belo-enfase-planejamento-lei-licitacoes>. Acesso em: 9 nov. 2021

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. **Lei nº. 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. **Lei n.º 14.133, de 1 de Abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

_____. **Lei n.º 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

_____. **Lei n.º 12.462, de 4 de Agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

_____. **Lei n.º 12.329, de 15 de Dezembro de 2010**. Altera as Leis n^{os} 8.666, de

21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

_____. **Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012.** Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. **Medida Provisória Nº 2026 de, 4 de Maio de 2020.** Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/2026.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASÍLIA. **Licitação Sustentável.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/gestao-socioambiental/melhore-o-planeta/licitacao-sustentavel/#:~:text=Ao%20contr%C3%A1rio%2C%20%C3%A9%20dever%20legal,egais%20e%20a%20tratados%20internacionais>. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. **Compras Públicas Sustentáveis. Ministério do Planejamento.** Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Brasília, nov. 2012. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/apresentacoes/7.pdf. Acesso em 25 out. 2021.

BURLE FILHO, José Emmanuel; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da licitação:** orientação prática para o processamento de licitações, com roteiros de procedimento, modelos de carta-convite e de editais, de atas de sessões públicas e de relatórios de julgamento de postas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARÃO, Tatiana. O PL nº 1292/95 e a importância do planejamento das contratações. **Observatório da Nova Lei de Licitações.** Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/11/04/o-pl-no-1292-95-e-a-importancia-do-planejamento-das-contratacoes>. Acesso em 23 nov. 2021.

CANTARINO, André. **Planejamento: a pedra de toque da Nova Lei de Licitações.** Disponível em: <https://lageportilhojardim.com.br/blog/planejamento-nova-lei-de-licitacoes>. 2021. Acesso em: 22 out. 2021.

CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei n. 14.133/2021. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DALLA COSTA, Leonardo; MARTINEZ, Ana Carolina. **Meios de resolução de conflitos e diálogo competitivo na Lei 14.133/21**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-03/opinia0-resolucao-conflitos-dialogo-lei-1413321>. Acesso em: 10 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HADAD, Henrique Tello; COTA, Ivana, CASTRO, Beatriz. **As principais mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações**. Disponível em: <https://www.lhlaw.com.br/publicacoes/as-principais-mudancas-trazidas-pela-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 20 out. 2021.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de Contratação Pública – Fases, Etapas e Atos**. Curitiba: Zênite, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, set. 2019. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Artigo-Nova-Lei-de-Licitacao.pdf>. Acesso em 19 out. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes et. al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zenite, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 14.133 de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. **Portal L&C**. Disponível em: http://licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf. n.d. Acesso em: 23 out. 2021.

PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS. **Diálogo Competitivo: entenda a nova modalidade de licitação**. Disponível em: https://www.portaldecompraspublicas.com.br/novidades/dialogocompetitivoentendaanovamodalidadedelicitacao_1138. 2021. Acesso em 29 out. 2021.

RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro. **ReserchGate**. [S.l.], maio, 2019.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Nova Lei de Licitações: o princípio do planejamento. **Zenite**. 16 dez. 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-o-principio-do-planejamento>. Acesso em: 19 out. 2021.

SENADO FEDERAL. **Agência Senado**. Nova Lei das Licitações está na pauta do Senado desta quinta-feira. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/09/nova-lei-das-licitacoes-esta-na-pauta-do-senado-desta-quinta-feira>>. Acesso em 22 out. 2021.

SENADO FEDERAL. **Agência Senado** Projeto de Lei nº 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em 22 out. 2021.

SILVA, Caroline Rodrigues. A sustentabilidade na nova lei de licitações como princípio e objetivo: um breve estudo a partir de sua base histórica. **Observatório da Nova Lei de Licitações**. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/08/05/a-sustentabilidade-na-nova-lei-de-licitacoes-como-principio-e-objetivo-um-breve-estudo-a-partir-de-sua-base-historica>. 2020. Acesso em: 23 out. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

THAMAY, R. et al. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos**: comentada e referenciada. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014**: relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva

2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso em: 21 out. 2021.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. Princípios gerais e específicos da licitação. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2013. Cadernos Direito Administrativo. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/principios-gerais-e-especificos-da-licitacao>. Acesso em: 10 de out. 2021.

ZUCCO, Fabiano. Princípios de licitações públicas: entenda o que é mais importante. **Joinsy**. 11 set. 2018. Disponível em: <https://joinsy.com.br/principios-da-licitacao-publica>. Acesso em: 24 out. 2021.