



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS PRO-REITORIA DE
GRADUAÇÃO**

ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO CURSO DE DIREITO

**NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO
DE CURSO**

ARTIGO CIENTÍFICO

ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS:

FRENTE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O DIÁLOGO COMPETITIVO

ORIENTANDO – LEONARDO MAGALHÃES ALVES DOS SANTOS

ORIENTADOR - PROF. DOUTOR RAFAEL ROCHA DE MACEDO

GOIÂNIA-GO

2023

LEONARDO MAGALHÃES ALVES DOS SANTOS

ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS

FRENTE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O DIÁLOGO COMPETITIVO

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Prof. Orientador - Doutor Rafael Rocha de Macedo.

GOIÂNIA-GO

2023



LEONARDO MAGALHÃES ALVES DOS SANTOS

ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS

FRENTE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O DIÁLOGO COMPETITIVO

Data da Defesa: 03 de junho de 2023

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Doutor Rafael Rocha de Macedo

Nota:

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Doutora Maria Cristina Vidotte B. Tarrega

Nota:

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. HISTORICIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES.....	6
2.1 DIFERENÇAS ENTRE A NOVA LEI E A ANTIGA LEI DE LICITAÇÕES.....	10
2.2 IMPACTO SOCIOECONÔMICO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....	13
2.3 A MOROSIDADE DENTRO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	14
3. NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA	15
3.1 AS FORMAS DE CABIMENTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO	16
3.2 DESAFIOS DA NOVA MODALIDADE	18
4. CONCLUSÃO	20
5. RESUMO.....	21
6. REFERÊNCIAS	23

INTRODUÇÃO

Acabamos de dar início a uma nova jornada na era de aquisições e contratações públicas, a nova Lei de Licitações e Contrato está na iminência, nesse sentido inúmeras discussões surgiram no âmbito do Poder Público, vez que estamos diante de uma legislação repleta de novidades e um quadro pessoal extremamente desinformado e despreparado.

Quando falamos de novidades, estamos fazendo menção a nova modalidade criada pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, o Diálogo competitivo, que visa contratar obras, serviços e compras, onde 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 apresentarem proposta final após o encerramento dos diálogos.

Nesse jaez, verifica-se que a nova modalidade possui um certo grau de complexidade na sua desenvoltura, assim, surgem dúvidas acerca da sua vantajosidade, bem como se a administração pública possui profissionais capazes de executar a nova modalidade com perfeição, objetivando efetuar contratações que não resultem em danos ao erário.

Portanto, buscaremos realizar um comparativo entre as duas Leis de Licitações e Contratos, de forma que fique evidente suas características e evoluções. Visamos contribuir com maiores conhecimentos acerca da nova Legislação, exibindo os benefícios tanto para a Administração Pública quanto para as empresas participantes, apresentando os cabimentos da nova modalidade, bem como solucionar esse conflito pré-existente, entre essa novidade e o procedimento de negociação resolução desse conflito.

O trabalho está dividido em 2 (dois) capítulos, onde em um primeiro momento será realizada uma breve análise acerca da história da Lei de Licitações dentro do Brasil, bem como seus avanços com o decorrer do tempo.

Posteriormente, realizaremos uma abordagem mais direcionada para a nova Lei de Licitações e suas mudanças, abarcando algumas discussões importantes para o seu avanço frente ao cenário atual.

Ao final, objetivamos esclarecer a importância da sua chegada, tanto para a Administração, quanto ao ente privado.

2. HISTORICIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES.

Antes de abarcarmos dentro da nova legislação, se faz necessário traçarmos uma linha do tempo de como se deu o início do processo licitatório dentro das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal, englobando Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário, Tribunais de Contas e do Ministério Público.

De antemão, é de bastante relevância trazermos à baila o que Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta como definição básica para licitação:

Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (MELLO, 2009, p. 519).

A primeira norma com finalidade para licitações e contratos foi instituída no Império, datada de 14 de maio de 1862. O Decreto nº 2.926/1862 regulamentava as arrematações de serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, foi assinado pelo ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello e rubricado pelo imperador Pedro II.

Neste decreto já se falava em amostras de objetos a serem fornecidos, porém quem deveria disponibilizar as amostras era o próprio interessado, ou seja, o órgão licitante, o qual deveria oferecer também plantas e demais detalhes técnicos aos interessados pelas obras. Para se ter acesso aos orçamentos era necessária permissão do Ministro, onde era estendida a todos interessados. Para ingressar os interessados deveriam apresentar fiador idôneo ou caução como condicionante do certame. Os envolvidos precisavam apresentar na data estipulada nos anúncios para serem inscritos em um livro destinado para esse fim, e após isso eram sorteadas as posições em que cada concorrente apresentaria de forma oral a sua proposta.

Percebe-se muita semelhança com o pregão presencial, modalidade muito utilizada atualmente. A diferença é que não havia uma segunda oportunidade para oferecimento de uma nova proposta ou a conhecida rodada de lances. Nesse caso a sorte era crucial, vez que quem por último apresentasse a proposta levava vantagem sobre os demais concorrentes.

Havia previsão de modificações e aditivos nos serviços, desde que não ultrapassassem um quinto do valor do contrato, caso em que o contratante poderia requerer a rescisão do contrato.

Denota-se que era uma lei incompleta e que não abrangia todos os órgãos e esferas governamentais, porém já ficou ali estabelecidas as bases para as futuras legislações.

Seguindo a ordem cronológica, após algumas modificações no Decreto Nº 2.926/1862, foi promulgado o Decreto Lei Nº 4.536/1922, que organizava o Código de Contabilidade da União, e praticamente apenas 20 artigos dessa Lei diziam respeito a licitações.

O Artigo 49 obrigava a utilização da concorrência pública para os fornecimentos acima de um determinado valor, bem como para obras que ultrapassassem o dobro do valor estipulado para fornecimento. Havia uma fase preliminar em que era julgada a idoneidade do proponente no prazo de dez dias. Existia a obrigatoriedade de publicação em diário oficial com todas as informações necessárias aos interessados. Nota-se neste caso o que hoje é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse jaez, veio à tona o Decreto Lei Nº 200/1967, estabelecendo a reforma administrativa federal e abordando sobre licitações no Título XII, contendo em torno de 20 Artigos. Surgindo assim, pela primeira vez, a referência a “Princípios da Licitação”.

Os ordenamentos jurídicos anteriores mencionavam os casos em que era necessária a realização de licitações, já nesse novo decreto existe a previsão dos casos em que é dispensável a licitação. Entretanto não existia ainda uma diferenciação entre dispensa e inexigibilidade. Contudo, surge a previsão, pela primeira vez, de manutenção de um registro cadastral.

Os editais deveriam ser publicados em imprensa oficial com antecedência de trinta dias em caso de Concorrência Pública e quinze dias em caso de Tomada de Preços, assim como é praticado pela legislação recém abandonada. O edital deveria conter todas as informações quanto ao local, objeto, condições e participação, habilitação, julgamento etc.

O artigo 131 previa que na habilitação poderia se exigir do licitante a documentação relativa à personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira.

Já no ano de 1968, emergiu a Lei nº 5.456, que previa apenas que o Decreto-Lei nº 200/67 deveria ser aplicado aos Estados e Municípios, sendo que os prazos de publicação poderiam ser reduzidos à metade e que leis estaduais fixariam os valores que deveriam ser aplicados em cada modalidade de licitação.

Até esse momento os Estados e Municípios tinham a liberdade de legislar sobre os procedimentos para licitação, entretanto o Artigo 4º permitia que os Estados legislassem supletivamente sobre licitações.

Com a obrigatoriedade de aplicação do Decreto Lei nº 200/67, os Estados e Municípios só poderiam legislar supletivamente. De certa forma essa obrigação trouxe uma maior segurança às contratações, vez que ao menos o esqueleto básico de uma licitação, seria padronizado para todos os entes federativos.

18 anos mais tarde, veio o grande marco da licitação no Brasil até aquele momento, a criação do Decreto Lei 2300/86, denominado no primeiro Artigo de Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, o mesmo trouxe 90 Artigos divididos em seis capítulos, os quais eram pertinentes ao âmbito da Administração Federal.

Em seu capítulo I havia seis seções, abordando em sua primeira seção os princípios básicos da igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e de princípios correlatos.

Nesse sentido, pela primeira vez, em 1988, uma Constituição Federal Brasileira abordava sobre licitações e contratações administrativas, em seu artigo 22 e 37, já definindo assim a competência da União para legislar sobre normas Gerais de Licitação para todos os entes da federação, vejamos:

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; (grifamos).

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica

e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Não obstante, chegamos na legislação recentemente abandonada, conhecida Lei de Licitações, a Lei 8.666/1993 foi baseada por inteiro no Decreto Lei 2300 de 1986. Ela veio com uma proposta de trazer maior segurança às contratações públicas, o legislador aumentou de 90 para 126 artigos, burocratizando e aumentando quase o dobro o volume das normas, haja vista que foram implantados incisos e parágrafos entre os artigos já existentes.

O que pode se notar é a busca incansável de segurança contra corrupção, o legislador pensa apenas em endurecer a norma e burocratizar procedimentos, ao invés de criar mecanismos de controle e fiscalização.

Com a burocratização dos procedimentos, a celeridade e eficiência das contratações públicas são prejudicadas. Restringe a participação de empresas que não têm uma equipe técnica voltada para esse tipo de contratação.

Diante da burocratização criada pela Lei de Licitações, e visando dar mais agilidade nas contratações públicas, fora instituído, no âmbito da União, em consonância com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o pregão como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, através da Medida Provisória nº 2.026/00, onde mais tarde a respectiva medida foi convertida na Lei nº 10.520/02.

Ficando definido que o pregão poderia ser presencial ou eletrônico. Em ambos os casos, aplicará a Lei nº 10.520/02 e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93.

O Pregão deve ser utilizado para as contratações em que o objeto seja bem ou serviço comum, como aqueles em que padrões de performance, execução e qualidade podem ser definidos de forma objetiva. São, geralmente, fornecidos por diversos produtores ou prestadores de serviços.

Em ato contínuo, surgiu no Brasil o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, sendo uma modalidade de licitação pública criada no Brasil para atender às necessidades de contratações para obras destinadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, e da Copa do Mundo FIFA de 2014, além de obras de infraestrutura aeroportuária em capitais distantes até 350 quilômetros daqueles eventos esportivos.

A Lei nº 12.462 pode ser realizada de forma eletrônica ou presencial, abordando a lógica de disputa utilizada no Pregão para as contratações de obras. Sendo feita no

Comprasnet eletronicamente para os órgãos do Governo Federal, ou realizadas de forma presencial por Estados, Distrito Federal ou municípios.

O Regime Diferenciado de Contratações trouxe avanços quanto à forma de realização das obras, oriundos da contratação integrada que traz algumas mudanças de paradigma em relação aos processos montados pela Lei nº 8.666/1993, possuindo como modo de disputa aberto, fechado, ou a combinação dos critérios.

Já em 2019, o Decreto 10.024 regulamentou o pregão em sua forma eletrônica, instituindo o procedimento eletrônico de dispensa de licitação. Assim, o novo Regulamento explica melhor essa situação, além de tornar a utilização do pregão eletrônico obrigatória e não mais preferencial.

Por fim, surgiu o mais novo avanço no que diz respeito a Licitação no âmbito da Administração Pública, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, consolidando quase todas as normas para as contratações públicas, revogando a Lei de 8666/93, a Lei do Pregão (2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (2011).

A nova legislação cria modalidades de contratação, como o “diálogo competitivo” e amplia o uso da “contratação integrada”. Também exige seguro-garantia para grandes obras, tipifica crimes relacionados ao assunto e disciplina vários aspectos do tema para as três esferas de governo (União, estados e municípios).

2.1 DIFERENÇAS ENTRE A NOVA LEI E A ANTIGA LEI DE LICITAÇÕES

Nesta oportunidade, abordaremos de forma concisa, mas bastante explicativa, as diferenças entre as antigas legislações e a nova Lei de Licitações e Contratos, vez que ela veio com uma tentativa de ser menos burocrática e mais ágil nas contratações.

A primeira diferença diz respeito ao responsável pela realização da licitação. A Lei 8.666 determina que a Comissão de licitação será composta por, no mínimo, 3 membros, sendo pelo menos 2 servidores permanentes.

A legislação que instituiu o pregão prevê que a figura do pregoeiro será auxiliada pela equipe de apoio que deverá ser integrada, em sua maioria, por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego, preferencialmente, pertencentes ao quadro permanente. Por seu turno, o Regime Diferenciado de Contratações dispõe que deve haver uma Comissão Permanente ou Especial de licitações composta majoritariamente por servidores pertencentes aos quadros permanentes.

Já a nova lei de licitações exige que os agentes públicos que desempenham funções de licitações devem ser preferencialmente permanentes na Administração pública, ao passo que o agente de contratação deve ser pessoa dos quadros permanentes.

No que diz respeito às modalidades de licitação, tanto a Lei 8.666, quanto a Lei 14.133 preveem a concorrência, o concurso e o leilão, a antiga prevê ainda a tomada de preços e o convite, enquanto a nova, o pregão e o diálogo competitivo. Insta salientar que o pregão, anteriormente, era previsto apenas em lei específica. Já a Lei 11.079 previa, inicialmente, somente a concorrência e a Lei 14.133 incluiu a possibilidade de realizar também o diálogo competitivo.

Já referente aos regimes de contratação previstos na Lei 8.666, no Regime Diferenciado de Contratações e na nova lei de licitações, existem 4 (quatro) regimes em comum: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral. O RDC prevê ainda a contratação integrada e a nova lei de licitações preveem também a contratação integrada, a semi-integrada, bem como o fornecimento e prestação de serviço associado.

Os critérios de julgamento também variam de acordo com cada uma das leis, a Lei 8.666 prevê o menor preço, a melhor técnica, a técnica e preço, e o maior lance ou oferta. As parcerias público-privadas têm como critérios o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; a melhor proposta em razão da combinação do critério acima e a melhor técnica; o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com a melhor técnica.

O Regime diferenciado de contratações públicas prevê os seguintes critérios de julgamento: menor preço ou maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior oferta de preço e maior retorno econômico.

Já a nova lei de licitações estabelece a utilização de critérios como menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance para o leilão e maior retorno econômico.

Ainda, é possível perceber que o Regime diferenciado de contratações e a nova lei de licitações possuem critérios bastante parecidos, apesar de a letra das legislações utilizar termos diferentes.

Entretanto, percebe-se que todas possuem um rol de critérios que são comuns a todas as leis, que seriam o menor preço (ou tarifa), e a técnica e preço (menor tarifa ou valor a ser pago pela administração, no caso do PPP).

Notamos que algumas leis trouxeram instrumentos para possibilitar a realização dos processos licitatórios, ou seja, previram a realização de procedimentos auxiliares. O Regime Diferenciado de Contratações cria a pré-qualificação permanente, o cadastramento, o sistema de registro de preços e o catálogo eletrônico de padronização.

Por outro lado, a nova lei de licitações prevê o uso do credenciamento, da pré-qualificação, do procedimento de manifestação de interesse, do sistema de registro de preços e do registro cadastral.

Ainda, na nova lei de licitações, existe a possibilidade de ocorrerem lances intermediários e o reinício da disputa aberta, caso a diferença entre o melhor lance e o subsequente seja de, pelo menos, 5%, enquanto na legislação do RDC este percentual é de 10%, outra grande possibilidade de cobrança são os prazos trazidos pelas leis.

Além disso, a nova lei de licitações estabelece que a contratação de bens e serviços comuns deve ser realizada, obrigatoriamente, por meio do pregão, ao passo que pelas legislações antigas existe a possibilidade de realização do pregão para as contratações comuns.

Ainda, outra diferença entre as leis está no método de escolha das modalidades de licitações. A lei 8.666 estabelece faixas de valores que vinculam o administrador público à contratação de cada modalidade, enquanto a lei do pregão não estabelece valores, somente a necessidade de ser bem ou serviço comum, assim como a Lei 14.133 que não fica presa a valores, e sim à natureza do objeto a ser contratado.

Uma das mais significativas mudanças abordadas pela nova Lei de Licitações, sendo de suma importância para entender as principais semelhanças e diferenças entre as legislações, foi o expressivo aumento dos limites para a dispensa de licitações. O limite da Lei 8.666 era de R\$ 33.000,00 para obras e serviços de engenharia, e de R\$ 17.6000,00 para os demais serviços e aquisições. Já na Lei 14.133, obras e serviços de engenharia, bem como a manutenção de veículos automotores possui um limite de dispensa de R\$ 100.000,00 e demais serviços e compras de R\$ 50.000,00.

Ainda, podemos citar também as diferenças no estabelecimento do limite de inexequibilidade da proposta oferecida pelo licitante. A Lei 8.666 estabelece que será considerada inexequível a proposta que for inferior, para obras e serviços de engenharia, a 70% do menor dos seguintes valores: média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração e o valor orçado pela administração.

Em contraponto, o conceito de exequibilidade, para a nova lei de licitações, considera, para obras e serviços de engenharia, valores inferiores a 75% do valor orçado pela administração. Ainda, a nova lei legislação trouxe algumas novidades que não constavam nas leis anteriores, como a possibilidade de realização de contrato por tempo indeterminado, caso a Administração Pública seja usuária do serviço público em regime de monopólio. Como também, houve a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas, onde serão disponibilizadas todas as informações pertinentes às licitações, de forma a alcançar a publicidade dos procedimentos.

2.2 IMPACTO SOCIOECONÓMICO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A Nova Lei de Licitações também apresenta novos critérios de julgamento, além dos previstos na legislação anterior (menor preço, técnica e preço e maior lance). São eles: maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico e maior retorno econômico.

O critério de maior desconto tem como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o critério de maior retorno econômico foi proposto exclusivamente para os contratos de eficiência, nos quais a administração pública estabelece o pagamento do fornecedor com base na economia obtida a partir da execução do contrato.

O critério de maior retorno econômico é uma das grandes novidades previstas na Nova Lei de Licitações, e vai ao encontro do princípio da eficiência da administração pública. Nos contratos realizados com base neste critério, as compras, contratos ou locações de produtos devem proporcionar economia ao setor público, sendo que a remuneração do fornecedor deve ser definida com base na economia gerada.

Desta forma, caso o contratado não consiga alcançar a economia estimada durante a celebração do contrato, o valor restante deverá ser descontado da sua remuneração. Nos casos em que a diferença seja maior do que o valor da remuneração, a administração pública deverá ser ressarcida pelo contratado.

Este novo critério de contratação é um avanço importante alcançado pelo setor público pois possibilita que a administração pública priorize a celebração de contratos mais eficientes, que garantam economia aos cofres públicos. Mais do que isso, o mecanismo de ressarcimento nos casos nos quais o fornecedor não consiga cumprir com os valores acordados no contrato traz a segurança jurídica necessária para que os órgãos públicos priorizem este tipo de contratação.

2.3A MOROSIDADE DENTRO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Antes de falarmos da burocracia dentro da nova Lei de Licitações e Contratos é interessante traçar noções gerais sobre o conceito de burocracia. Desse modo, Chiavenato (2018, p. 38) afirma que burocracia é:

A burocracia é uma organização ligada por normas e regulamentos estabelecidos previamente por escrito. Em outros termos, é uma organização baseada em uma legislação própria (como a Constituição para o Estado ou estudos para a empresa privada) que define antecipadamente com organização burocrática deverá funcionar. Essas normas e regulamentos são escritos e são exaustivos porque abrangem todas as áreas da organização, preveem todas as ocorrências e os enquadram dentro de um esquema definido capaz de regular tudo o que ocorre dentro da organização.

As características da burocracia são: impessoalidade, sistema social formal e direção administrativa profissional. Tendo por finalidade uma tentativa de evitar favoritismo, demonstrações de simpatia e antipatia, visando à eficiência no serviço público prestado, pode se concluir que o administrador burocrático tem como característica ser imparcial e objetivo, que visa cumprir a missão relacionada às obrigações de seu cargo. Por vários motivos uma organização pública é mais burocrática que a privada, entre diversos motivos, como a hierarquização, o tamanho da estrutura organizacional e a diferença do público-alvo

Dentro da nova legislação existem incômodos que podemos classificar como excesso de burocratização, como forma de colocar na legislação diretrizes criadas ao longo dos anos por órgãos públicos como controladorias, procuradorias e tribunais de contas, assim engessando a lei, o que pode trazer problemas para os gestores na hora de usá-la.

A nova legislação pecou pelo excesso de documentos, ou seja, o uso exagerado de documentos que contribui para travar o processo administrativo,

dificuldade de adequação das organizações às novas realidades, ênfase exagerada nos métodos e procedimentos administrativos, proporcionando o inchaço das organizações, excesso de formalismo, despersonalização do relacionamento, categorização do relacionamento, exibição de sinais de autoridade.

A nova lei de licitações e contratos veio com a promessa de dar mais agilidade nas contratações dentro da Administração Pública, diminuir os esquemas de corrupção, entretanto, ao requisitar uma série de documentos à empresas privadas, visando dar “formalidade” ao procedimento, ele o engessa, vez que nem sempre a organização privada dispõe de equipe técnica.

Assim, diante desse empasse, podemos dizer que ao invés de aumentar a eficiência das licitações estamos criando um procedimento mais moroso e ineficaz, vez que será necessário um corpo técnico maior dentro da Administração Pública para analisar essa vultuosa quantidade de documentos, para assim dar prosseguimento no trâmite licitatório.

Por fim, diante desse cenário moroso, estaríamos contrariando a economicidade, vez que a Administração teria que contratar mais servidores para lidar com o procedimento, bem como deixando de lado o Princípio da Eficiência na Administração Pública, visto o extenso lapso de tempo gasto para analisar essa extensa gama de documentos.

3. NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA

O diálogo competitivo está estabelecido pela Nova Lei de Licitações, a Lei no 14.133/21. Mas, diferentemente das outras modalidades licitatórias, como por exemplo o pregão, onde o poder público não sabe quem são os licitantes que estão participando do certame, a novidade possibilita que a administração não só saiba quem são como conversa com os licitantes.

Assim surge o nome “diálogo competitivo”, pois trata-se de uma modalidade em que a administração pública realiza diálogos com os licitantes previamente selecionados para, através de critérios objetivos, escolher a melhor solução. Nesse cenário o vencedor não é aquele que oferecer o melhor preço, vez que estamos diante de um tipo de licitação que visa a contratação de serviços ou a compra de produtos técnicos.

A administração usará o diálogo competitivo quando necessitar de um licitante que tenha a melhor qualificação, ou seja, um fornecedor que vá de fato resolver seus problemas.

Quando estamos diante de um diálogo competitivo, podemos dizer que a licitação se divide, de maneira geral, na fase do diálogo e fase competitiva.

Na fase do diálogo a administração vai conhecer as soluções disponíveis e definir qual é a mais vantajosa. Ela se inicia com a instauração de uma comissão de contratação, que é formada por servidores efetivos, mas que pode ser assessorada por consultores técnicos contratados.

Posteriormente é feita a publicação do Edital, expondo as necessidades da administração e definindo as condições para manifestação de interesse, e a partir daí, ocorrem as reuniões com os interessados. Através desses encontros, a administração vai poder compreender as especificidades, vantagens e desvantagens de cada uma das soluções apresentadas. A partir daí, a solução entendida como sendo a mais vantajosa é escolhida, dando fim a fase de diálogo.

Já na fase competitiva as empresas que participaram da fase anterior vão apresentar contrapropostas para a solução escolhida.

Ela se inicia com a publicação de um novo edital, no qual a administração especifica o objeto com indicação de todas as características da solução técnica a ser fornecida, bem como as condições de fornecimento e os critérios de julgamento da melhor proposta. A partir daí, todos aqueles que estiveram presentes na fase de diálogo podem participar dessa segunda fase se acharem que a sua solução ainda é mais vantajosa do que a escolhida.

3.1 AS FORMAS DE CABIMENTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

Conforme já mencionado anteriormente, a nova modalidade não é utilizada para obter serviços ou produtos de uso comum, vez que podem ser encontrados nos mais diversos lugares por preços diferentes, não havendo a necessidade de dialogar com os licitantes, vejamos o que diz a Lei no Art. 6, inciso XLII:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...)
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;

Assim, de acordo com a nova legislação, o diálogo competitivo deve ser empregado na contratação de inovações tecnológicas ou técnicas. Como forma de delinear o entendimento o Art. 32, inciso I da lei, estabelece os tipos de contratação na qual o diálogo competitivo deve ser utilizado pela administração pública:

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

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

Em outras palavras, o diálogo competitivo é indicado para contratações específicas, inovadoras e complexas, especialmente aquelas que envolvam inovação tecnológica. Rodrigo Bordalo Rodrigues esclarece que:

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

Não obstante, vejamos as lições de Marçal Justen Filho:

A opção pelo diálogo competitivo reflete o reconhecimento da insuficiência da atuação isolada da Administração Pública ou de um determinado agente econômico privado para delinear as condições da contratação. A adoção do diálogo competitivo depende da inexistência de solução consagrada para o atendimento de necessidades ou a incerteza quanto às soluções a serem adotadas. Essas hipóteses ocorrem em contratações de grande complexidade e, usualmente, de vulto econômico significativo.

Sem dúvida, trata-se de um importante canal de participação da iniciativa privada, pois teremos soluções externas provenientes dos interessados, que poderão ser utilizadas para a formação da vontade estatal, notadamente nas situações para as quais não existem soluções de forma imediata para a Administração.

Assim, visto que o procedimento permite essa troca de ideias entre a administração e os proponentes, fica mais fácil definir com mais precisão as necessidades da administração e apresentar uma solução mais eficiente e inovadora.

3.2 DESAFIOS DA NOVA MODALIDADE.

Restou mais que claro neste trabalho que o Diálogo competitivo visou inovar ao promover uma maior interação entre o ente público e os licitantes, objetivando romper o paradigma tradicional, que apresenta um modelo burocrático, fechado e por adesão dos interessados

Entretanto, toda novidade vem acompanhada de seus desafios a serem superados face a sua operacionalização, não sendo diferente do Diálogo. Uma pesquisa realizada com membros do Centro Europeu de Especialistas em Parcerias Público-Privadas (*European PPP Expertise Centre*) aponta o uso significativo do diálogo competitivo em contratações públicas complexas, como as parcerias público-privadas

Alguns dos entrevistados expressaram preocupações, alegando que o processo é considerado dispendioso em termos de recursos e tempo. Outro ponto abarcado na pesquisa foi a falta de servidores capacitados para conduzir o procedimento, dependendo, de forma excessiva, de consultores externos. Além disso, segundo os gestores entrevistados, a modalidade não apresenta flexibilidade e/ou clareza nem consegue se ajustar a diferentes circunstâncias.

Diante do cenário experimentado pela comunidade europeia diante da adoção de um instrumento inovador, verifica-se a necessidade de capacitar os gestores públicos brasileiros e, principalmente, a fiscalização ora realizada pelos órgãos de controle interno e externo, que sempre basearam suas auditorias nos critérios mais tradicionais das contratações públicas.

Seguindo a linha de raciocínio acima, verifica-se a ausência de capacidade do gestor público em realizar a escolha que apresente a melhor solução apresentada pelos participantes.

Assim, já que o Diálogo competitivo é utilizado em contratações em que a Administração Pública não tem capacidade de indicar com exatidão as especificações técnicas ou conhecimento acerca das soluções ofertadas no mercado, como garantir que o gestor público fará a melhor escolha entre as ofertadas pelos competidores? O

desafio está não apenas na escolha da melhor solução proposta, mas também na escolha dos próprios competidores que participarão do certame, quando a própria Administração não possui conhecimento suficiente sobre o mercado.

Contudo, visando solucionar a problemática acima, a nova legislação em seu art. 32, inciso XI, prevê a possibilidade de contratação de profissionais de assessoramento técnico, entretanto, por mais que tal providência solucionasse a questão de falta de conhecimento, isso demandaria mais tempo e mais recurso da Administração.

Por fim, outro desafio a ser enfrentado pela Administração Pública é a retenção de informações competitivas e inovadoras por parte dos competidores, em virtude dos riscos e vazamentos aos seus rivais, tornando o procedimento mais moroso e menos efetivo.

4. CONCLUSÃO

Embora não se possa afirmar que a nova lei abandonou por completo o maximalismo que marca a Lei nº 8.666/1993, é certo que tentou criar mecanismos que possibilitem ao gestor público realizar não apenas contratações simples, como a prestação de serviços de zeladoria, mas também de serviços mais complexos, como os de telecomunicações, de informática etc.

Verifica-se que o legislador tentou criar uma legislação mais flexível, atribuindo ao Gestor Público a definir os critérios desse procedimento, o que, embora possa ser visto como uma flexibilização vantajosa, não deixa de constituir uma falta de regulação específica.

Diante do exposto, verificamos que a Lei nº 14.133/2021 foi bem comedida ao tratar sobre regramento dessa nova modalidade competitiva, estando assim, os gestores públicos sujeitos à fiscalização e eventual sanção por parte dos órgãos de controle, o que pode acabar se torando um empecilho para o uso da nova modalidade.

Contudo, os pontos ora elencados neste trabalho não visam tirar o crédito das inovações abarcadas pela nova Legislação, apenas apresenta questões que podem ser objeto de aprimoramento legislativo.

Por fim, concluímos que para viabilizar a implantação e o desenvolvimento do Diálogo Competitivo, contaremos com a coragem para inovar dos Gestores Públicos, o preparo dos advogados públicos e privados e a flexibilização por parte dos órgãos de Controle.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar de forma concisa a nova Lei de Licitações e Contrato, bem como suas atualizações, trazendo à tona a nova modalidade, o diálogo competitivo, vez que a nova legislação está na iminência de ser adotada de forma definitiva dentro do Estado. A metodologia a ser utilizada na elaboração da pesquisa envolverá o método explicativo, e a pesquisa se dará através de doutrinadores e pesquisadores com amplo conhecimento acerca do tema. Buscaremos enfatizar a questão do diálogo competitivo dentro da nova Lei de Licitações, bem como seu avanço jurídico dentro da Administração Pública e Privada, buscando de certa maneira, esclarecer as dúvidas ora existentes.

Palavras-chave: Administração Pública. Nova Lei de Licitações. Diálogo competitivo. Administração Privada

ABSTRACT

This paper aims to concisely address the new Bidding and Contracting Law, as well as its updates, bringing to light the new modality, the competitive dialogue, since the new legislation is on the verge of being adopted definitively within the State. The methodology to be used in the preparation of the research will involve the explanatory method, and the research will be done through doctrinaires and researchers with extensive knowledge on the subject. Bucaremos emphasize the issue of competitive dialogue within the new Bidding Law, as well as its legal advancement within the Public and Private Administration, seeking to somehow clarify the doubts now existing.

Keywords: Public Administration. New Bidding Law. Competitive Dialogue. Private Administration.

4. REFERÊNCIAS

ROSILHO, André. Licitação no Brasil. 1ª edição, São Paulo, editora Malheiros Editores, 2013

FILHO Benedicto de Tolosa. Pregão Uma Nova Modalidade de Licitação. 5ª edição, Editora Forense, 2012

NOHARA, Irene Patrícia e Câmara, Jacintho Arruda. Tratado de Direito Administrativo Vol 6 - Licitação e Contratos Administrativos. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais – RT, 2019

NIEBUHR, Joel Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª edição, São Paulo, Editora Fórum, 2022.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças (e-book). São Paulo: Expressa, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

VAZ, Levi Rodrigues. Manual da Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21. Primeira edição, São Paulo, Editora Via Jurídica, 2022.

European PPP Expertise Centre. Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe: A review of public sector practices across the EU. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf. Acesso em 20 de maio de 2021.

CASAGRANDA, Sidinei, Licitações-Evolução Histórica no Brasil, Analista de Licitações, 2020, Disponível em: <https://analistadelicitacoes.com.br/historia-das-licitacoes-nobrasil/>