

BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Bruno Werneck, Mario Saadi, Juliana Deguirmendjian, Júlio Barboza, Maria Cristina de Oliveira e Laís Youssef.

MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Em dezembro de 2020, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 4.253/2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 559/2013 ou “PL” ou “Nova Lei de Licitações”), que agora aguarda sanção presidencial.

O PL tramitou por cerca de 25 anos na Casa Legislativa e traz ajustes necessários evidenciados pela prática resultante das conhecidas Leis nº 8.666/1993 (atual Lei de Licitações), nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), dentre outras. Além disso, altera vários dispositivos, incluindo do Código de Processo Civil e do Código Penal.

O texto irá centralizar institutos, que antes estavam esparsos, e concentrar tendências até então encontradas apenas nas leis especiais, jurisprudência e doutrina.

Em vista desse cenário e das mudanças trazidas pelo PL, faremos, de maneira contínua, a divulgação de boletins de Direito Administrativo, focados em pontos relevantes da Nova Lei de Licitações.

No boletim de hoje, falaremos das alterações acerca das modalidades de licitação.

AS INOVAÇÕES ATINENTES ÀS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

O PL reformula o tratamento dado às modalidades de licitação, desvinculando-as do valor estimado do objeto a contratar, extinguindo aquelas em desuso e criando uma nova modalidade.

Originalmente a Lei 8.666/1993 estabeleceu 5 modalidades de licitação: **(i)** a concorrência; **(ii)** a tomada de preços; **(iii)** o convite; **(iv)** o concurso; **(v)** o leilão. Tradicionalmente, as modalidades de licitação seriam determinadas em função do montante previsto da contratação. O art. 23 da Lei 8.666/1993 estabeleceu valores de referência para a utilização das modalidades de concorrência, tomada de preços e convite.

Já as modalidades concurso e leilão eram aplicadas em função de suas finalidades. O concurso era utilizado para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante

a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios estabelecidos no edital (art. 22, § 4º, da Lei 8.666/1993). Já o leilão era a modalidade voltada à venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis a quem oferecesse maior lance (art. 22, § 5º, da Lei 8.666/1993).

Posteriormente, a Lei nº 10.520/2002 instituiu nova modalidade de licitação: o pregão, voltado à contratação de bens e serviços comuns pelo critério de menor preço. Trata-se de procedimento simplificado para hipóteses em que o Poder Público visa adquirir bens e serviços amplamente disponíveis no mercado, de características padronizadas, sem peculiaridades e portanto passíveis de serem fornecidos por empresa comum.

São 5 as modalidades de licitação previstas no art. 28 do PL: **(i)** o pregão; **(ii)** a concorrência; **(iii)** o concurso; **(iv)** o leilão; e **v)** o diálogo competitivo.

Conforme estabelece o art. 18, VIII, da Nova Lei de Licitações, na fase preparatória do processo licitatório caberá ao gestor público definir a modalidade a ser utilizada, considerando a mais apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso no caso concreto. Não obstante, O art. 28, §2º, do PL proíbe a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas previstas no artigo.

O PREGÃO

O PL definiu o pregão em seu art. 6º, XLI, como “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou de maior desconto”. No mesmo artigo, no inciso XIII, traz a definição de bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

O PL adotou a definição trazida pela Lei 10.520/2002, inovando em relação a possibilidade de adoção de maior desconto como critério de julgamento.

Adicionalmente, a Lei passou a prever a aplicação do pregão para obras e serviços de engenharia. Não se trata de uma inovação propriamente dita, mas de uma positivação do entendimento já consolidado e previsto na Súmula 257 do Tribunal de Contas da União.

Por fim, o art. 29 da Nova Lei de Licitações prevê que o pregão segue o rito procedimental comum, que será elucidado no terceiro boletim desta série.

A CONCORRÊNCIA

A concorrência foi definida no PL como modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: **(i)** menor preço; **(ii)** melhor técnica ou conteúdo artístico; **(iii)** técnica e preço; **(iv)** maior retorno econômico; **(v)** maior desconto (art. 6º, XXXVIII).

Como já mencionado, a Nova Lei de Licitações extingue o balizamento por valor para modalidade, que passa a ser aplicável sempre que for o procedimento mais adequado para obtenção dos bens e serviços descritos acima. Assim como no pregão, a concorrência segue o rito procedimental comum estabelecido no art. 17 da Lei.

O CONCURSO

Quanto à modalidade concurso, o PL não alterou materialmente o tratamento dado a este. Difere da Lei 8.666/1993 por prever de antemão o critério de julgamento, que será o de melhor técnica ou conteúdo artístico. Anteriormente, a Lei 8.666/1993 estabelecia que o critério seria estabelecido no edital da licitação.

Adicionalmente, a o PL estabelece em seu art. 30, parágrafo único, que nos concursos destinados à elaboração do projeto, o vencedor fica obrigado a ceder à Administração Pública, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto, além de autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade dos gestores públicos.

O LEILÃO

A Nova Lei de Licitações simplificou a definição de leilão, que passou a ser definida como “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance”. Com a nova redação, a alienação de bens móveis ou imóveis da Administração Pública passa a ser realizada exclusivamente na modalidade leilão.

O DIÁLOGO COMPETITIVO

O diálogo competitivo é modalidade de licitação inédita no direito brasileiro trazida pela Nova Lei de Licitações.

Inspirado na Diretiva 2014/24 da União Europeia, o diálogo competitivo é procedimento destinado a contratar obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados, visando desenvolver alternativas

capazes de atender às suas necessidades, com a apresentação de proposta final pelos licitantes após o encerramento dos diálogos (art. 6º, XLII da Nova Lei de Licitações).

O art. 32 do PL estabelece um rol taxativo de hipóteses nas quais a modalidade poderá ser utilizada, que são: **(i)** quando a Administração vise contratar objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica; impossibilidade de execução sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; ou impossibilidade de especificação técnica com previsão pela Administração; **(ii)** quando verifique-se a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades; **(iii)** caso a Administração considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

Neste sentido, trata-se de modalidade a ser utilizada quando a complexidade do objeto a ser contratado não permita a estruturação de uma licitação em seu formato tradicional, sendo necessário recorrer a *expertise* dos licitantes para a definir qual solução deverá ser contratada para melhor atender os interesses da Administração Pública.

Esse procedimento poderá ser acompanhado e monitorado por órgão de controle externo, que terá competência para opinar sobre a legalidade, legitimidade e economicidade da licitação antes da celebração do contrato, conforme previsto no art. 32, §1º, XII da Nova Lei de Licitações.

AS MODALIDADES EXTINTAS

O PL extinguiu duas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993, que na prática já haviam caído em desuso: a tomada de preços e o convite.

As duas modalidades eram voltadas à contratações de menor vulto: o convite era aplicável para obras e serviços de engenharia de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e demais compras e serviços de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); já a tomada de preços era utilizada para contratações de obras e serviços de engenharia de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e demais compras e serviços de até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (art. 23 da Lei nº 8.666/1993).

Ambas as modalidades tornaram-se desnecessárias com o fim do balizamento por valor, visto que estas contratações agora são englobadas pelo pregão e/ou concorrência.

Abaixo, é possível conferir a tabela comparativa da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e a Nova Lei de Licitações entre dispositivos relacionados as modalidades de licitações. Confira:

TABELA COMPARATIVA DAS LEIS DE LICITAÇÕES – MODALIDADES DE LICITAÇÕES

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
<p>Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:</p> <p>(...)</p> <p>XIII – bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado</p>		<p>Art. 1 (...)</p> <p>Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.</p>
<p>Art. 6º, XIV – bens e serviços especiais: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do caput deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante;</p>		
<p>Art. 6º, XXXVIII – concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:</p> <p>a) menor preço;</p> <p>b) melhor técnica ou conteúdo artístico;</p> <p>c) técnica e preço;</p> <p>d) maior retorno econômico;</p>	<p>Art. 22. São modalidades de licitação:</p> <p>(...)</p> <p>§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.</p>	

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
e) maior desconto		
Art. 6º, XXXIX – concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor	Art. 22, §4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.	
Art. 6º, XXXIX – leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;	Art. 22, § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.	
Art. 6º, XLI – pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo objeto de julgamento poderá ser o de menor preço ou de maior desconto;		Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Art. 6º, XLI – diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
<p>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;</p>		
<p>Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:</p>		
<p>Art. 17, VIII – a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar os resultados de contratação mais vantajoso para a Administração</p>		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
Pública, considerando todo o ciclo de vida do objeto		
Art. 28. São modalidades de licitação:	Art. 22. São modalidades de licitação:	
Art. 28, I – pregão;		
Art. 28, II – concorrência;	Art. 22, I – concorrência;	
Art. 28, III – concurso;	Art. 22, IV – concurso;	
Art. 28, IV – leilão;	Art. 22, V – leilão.	
Art. 28, V - diálogo competitivo.		
Art. 28, § 1º Além das modalidades referidas no caput deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 77 desta Lei.		
Art. 28, § 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no <i>caput</i> deste artigo.	Art. 22, § 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.	
Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
especificações usuais de mercado		
Art. 29. Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea a do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei		
Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:	Art. 52. O concurso a que se refere o § 4º do art. 22 desta Lei deve ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital.	
	Art. 52, § 1º O regulamento deverá indicar:	
Art. 30, I – a qualificação exigida dos participantes;	Art. 52, § 1º, I - a qualificação exigida dos participantes;	
Art. 30, II – as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;	Art. 52, § 1º, II - as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho;	
Art. 30, III – as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedido ao vencedor.	Art. 52, § 1º, III - as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos.	
	Art. 52, § 2º Em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar	

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
	a Administração a executá-lo quando julgar conveniente.	
<p>Art. 30, parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 92 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.</p>	<p>Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.</p>	
<p>Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.</p>	<p>Art. 53. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.</p>	
<p>Art. 31, § 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os</p>		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
valores dos bens a serem leiloados.		
Art. 31, § 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterà:		
Art. 31, § 2º, I -- a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;		
Art. 31, § 2º, II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;		
Art. 31, § 2º, III - a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;		
Art. 31, § 2º, IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;		
Art. 31, § 2º, V - a especificação de eventuais ônus, gravames ou		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
pendências existentes sobre os bens a serem leiloados		
<p>Art. 31, § 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração, e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.</p>	<p>Art. 53, §4º O edital de leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se realizará.</p>	
<p>Art. 31, § 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital.</p>		
<p>Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:</p>		
<p>Art. 32, I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições</p>		
<p>Art. 32, I, a) inovação tecnológica ou técnica;</p>		
<p>Art. 32, I, b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de</p>		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
soluções disponíveis no mercado; e		
Art. 32, I, c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;		
Art. 32, II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:		
Art. 32, II, a) a solução técnica mais adequada;		
Art. 32, II, b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;		
Art. 32, II, c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;		
Art. 32, III - considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.		
Art. 32, § 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:		
Art. 32, § 1º, I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
<p>oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse de participação na licitação;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e</p>		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
<p>gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;</p>		
<p>Art. 32, § 1º, IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem</p>		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
distorçam a concorrência entre as propostas;		
Art. 32, § 1º, X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;		
Art. 32, § 1º, XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;		
Art. 32, § 1º, XII - órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato.		
Art. 32, §2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que		

Projeto de Lei 4.253/2020	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 10.520/2002
possam configurar conflito de interesses.		

* * * * *