

## AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATO

**Rafael Sérgio de Oliveira**

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.  
Mestre em Direito e Especialista em Direito Público.  
Pós-graduado em Direito da Contratação Pública pela Universidade de Lisboa.  
Procurador Federal da AGU e Fundador e Colaborador do Portal L&C.

Atendendo à indicação dos nossos leitores em enquete realizada no *Instagram*, este L&C Comenta trata das modalidades de licitação previstas no Projeto de Lei (PL) nº 6.814/2017, o Projeto da Nova Lei de Licitação e Contrato, que tramita atualmente na Câmara dos Deputados.

O texto ora analisado pelo Parlamento brasileiro é resultante do trabalho da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, criada pela Presidência do Senado Federal em 2013. Mencionada comissão apresentou uma proposta de lei, gerando assim o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013. O Senado brasileiro aprovou, com algumas alterações substanciais, o referido projeto em dezembro de 2016 e o remeteu para a Câmara, onde agora é analisado por uma comissão especialmente instalada para tanto.

Vale ressaltar que o PL nº 6.814/2017 tem chances de virar lei dentro de alguns meses, pois o Governo Federal o incluiu entre as prioridades para o desenvolvimento da economia brasileira.

### Considerações Gerais sobre o Procedimento Licitatório no PL nº 6.814/2017

O PL em comento revoga as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002<sup>1</sup> e nº 12.462/2011<sup>2</sup>, instalando um modelo geral de contratação pública que assimila experiências já vividas com o pregão e com o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, assim como inova com a previsão de institutos ainda não experimentados no Brasil.

Segundo o PL nº 6.814/2017, o processo licitatório tem os seguintes objetivos: a) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública; b) assegurar a justa

---

<sup>1</sup> Lei do Pregão.

<sup>2</sup> Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

competição entre os licitantes; c) e incentivar a inovação tecnológica e o desenvolvimento socioeconômico (art. 9º).

Há aí algumas alterações significativas, quando comparadas às finalidades da licitação previstas na Lei nº 8.666/1993 (art. 3º). Primeiramente, a vantajosidade almejada deixa de ser a da proposta e passa a ser a da contratação, o que deve significar que os requisitos exigidos do contratado (definição do objeto e habilitação) e o critério de seleção devem levar em conta elementos que contemplem o valor da proposta e outros aspectos representativos dos ganhos contratuais presentes no momento da execução e ao final do contrato; segundo, ao invés de expressar a preocupação com a igualdade entre os licitantes pela necessidade de tratamento isonômico, o projeto se refere à justa competição, indicando, assim, um relevante vetor finalístico para a isonomia nos procedimentos licitatórios, qual seja, a justa concorrência<sup>3</sup>; e, terceiro, a finalidade instrumental da contratação pública, que na Lei nº 8.666/1993 é expressada pela promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*, e no PL nº 6.814/2017 vem com a previsão do incentivo ao desenvolvimento socioeconômico acrescido do incremento à inovação tecnológica<sup>4</sup>.

Ressaltamos que, embora de forma tímida, o projeto procura fugir da rigidez procedimental contida na Lei nº 8.666/1993. Um exemplo disso pode ser encontrado no art. 10, inciso III, que prevê: “o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo”. Enxergamos neste dispositivo a previsão do *princípio do formalismo moderado*, que empresta às formas legais de prática dos atos uma compreensão instrumental.

Além disso, percebemos no projeto a admissão da possibilidade de contato entre a Administração e o mercado para a formulação do objeto a ser

---

<sup>3</sup> Relevante notar que a competitividade nos procedimentos licitatórios tem um viés econômico (conseguir no mercado o maior ganho possível com a contratação) e outro isonômico, na medida em que não confere privilégios pessoais, tratando todos os interessados habilitados em condições de igualdade (GONÇALVES, Pedro Costa. Concorrência e Contratação Pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública. In: **Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles**. V. I. Coimbra: Almedina, 2012, p. 479-516).

<sup>4</sup> Salientamos que a *sustentabilidade* é prevista no projeto como um princípio (art. 4º).

contratado, abandonando-se, em certa medida, os meios de contato mecânicos e rígidos, bem como abrindo portas para uma atuação colaborativa entre a iniciativa privada e o Poder Público. Tal constatação é verificada na positivação do instituto do *procedimento aberto de manifestação de interesse*<sup>5</sup>, o PMI (art. 24), e na modalidade licitatória do *diálogo competitivo* (art. 29).

Outro aspecto relevante é a **ampliação do procedimento eletrônico para todas as modalidades de licitação**. Segundo o texto do PL nº 6.814/2017, os certames deverão ser realizados na forma eletrônica (*e-procurement*), admitindo-se a licitação presencial apenas nos casos previstos na lei<sup>6</sup> (art. 10, VI, e art. 15, §§ 2º e 4º).

O procedimento da licitação, **em qualquer das suas modalidades**, engloba no projeto uma série de fases, que devem ocorrer na seguinte sequência: a) preparatória; b) publicação do edital da licitação; c) apresentação de propostas e lances, nos casos em que há lances; d) julgamento; e) habilitação; f) recursal; g) homologação (art. 15).

Como se viu no parágrafo anterior, **o PL nº 6.814/2017 traz para todas as demais modalidades de licitação a inversão das fases de julgamento e habilitação já presente no pregão e no RDC**. Se aprovado o projeto, todas as modalidades passam a ser processadas com o julgamento antes da habilitação, pelo que só é habilitado o vencedor do certame. Ressalvamos o fato de o projeto admitir, mediante exposição das vantagens, a realização da habilitação antes das fases de apresentação das propostas e lances e de julgamento.

### As Modalidades de Licitação no PL nº 6.814/2017

Modalidade de licitação no Direito brasileiro significa a marcha do procedimento pelo qual é escolhido o contratado. Isto é, existem procedimentos diversos para licitar os contratos a serem firmados pela Administração, correspondendo cada um deles a uma modalidade de licitação. Essa variedade

---

<sup>5</sup> Instrumento pelo qual a Administração pode solicitar ao mercado a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos.

<sup>6</sup> A licitação presencial passaria a ser admitida apenas nos seguintes casos: inviabilidade técnica e desvantagem para a Administração; contratação que demande a verificação da conformidade do objeto; e as licitações realizadas por Municípios com até 10.000 eleitores (art. 15, § 2º, incisos I, II e III).

existe em razão das diferenças de valor e das diversas espécies de contratos celebrados pelo Poder Público, pelo que se exige uma adequação entre o procedimento de adjudicação e o objeto a ser contratado.

O art. 25 do Projeto da Nova Lei de Licitação e Contrato prevê as seguintes modalidades licitação: a) concorrência; b) convite; c) concurso; d) leilão; e) pregão; f) e diálogo competitivo. A tomada de preços não consta no projeto. Já o RDC, considerado atualmente como uma modalidade licitatória, deixa de existir como tal, embora muitas das práticas desse regime diferenciado tenham a sua aplicação facultada nas modalidades previstas no projeto (orçamento sigiloso, contratação integrada, o critério de julgamento de maior retorno econômico, os modos de disputa aberto e fechado etc.). A novidade é o diálogo competitivo, pois as demais modalidades previstas no PL em comento já existem no regime licitatório brasileiro.

As modalidades previstas são aplicáveis nas seguintes situações:

MODALIDADE	CABIMENTO
Concorrência (art. 5º, XXXVI c/c art. 26)	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor estimado seja igual ou superior a R\$ 150.000,00;</li> <li>➤ Contratação de bens e demais serviços considerados especiais ou cujo valor estimado seja de grande vulto<sup>7</sup>.</li> </ul>
Convite (art. 5º, XXXVI c/c art. 27)	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Contratação de bens, serviços e obras com valor estimado inferior a R\$ 150.000,00<sup>8</sup>.</li> </ul>
Concurso (art. 5º, XXXVIII)	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Escolha de trabalho técnico, científico ou artístico.</li> </ul>
Leilão (art. 5º, XXXIX)	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos.</li> </ul>
Pregão (art. 5º, XL, c/c art. 26, §§ 1º e 2º)	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Contratação de bens, serviços e obras comuns, assim considerados aqueles que possuam <b>padrões de</b></li> </ul>

<sup>7</sup> Aquelas superiores a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), conforme definido no inciso XX do art. 5º do PL.

<sup>8</sup> Acerca do convite, há uma contradição no texto do PL remetido para a Câmara, pois o art. 27, I, diz que tal modalidade pode ser utilizada no caso de licitações com valor inferior a R\$ 150.000,00, ao passo que o art. 5º, inciso XXXVII, fala que a modalidade convite é cabível nas contratações com valor estimado de até R\$ 150.000,00. Adotamos na tabela acima a posição que privilegia as modalidades com maior competitividade, pelo que, consideramos o limite do art. 27, inciso I, do PL nº 6.814/2017.

	<p><b>desempenho e qualidade aptos a serem objetivamente definidos no edital</b> por meio de especificações usuais no mercado, exceto nos seguintes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Obras e serviços de engenharia comuns com valor estimado igual ou superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);</li> <li>• Compras e demais serviços considerados de grande vulto.</li> </ul>
<p>Diálogo Competitivo (art. 5º, XLI, c/c art. 29)</p>	<p>➤ Contratações cujo objeto é complexo a ponto de a Administração necessitar da colaboração do mercado para desenvolver as alternativas capazes de atender a necessidade/utilidade pública a ser suprida com o contrato.</p>

As hipóteses de cabimento de concorrência mencionadas na tabela acima levam em conta os casos em que tal modalidade é obrigatória. Todavia, pelo fato de esse procedimento ser mais favorável à competitividade, entendemos que, apesar de não haver previsão expressa no projeto<sup>9</sup>, a concorrência se aplica nos casos em que é cabível o convite. Assim deve ser porque o procedimento do convite tem publicidade mitigada, na medida em que não é necessária a publicação de edital, bastando que a Administração obtenha três ou mais cotações (art. 27, inciso II) e que a divulgação da intenção de obter propostas adicionais ocorra em sítio eletrônico ou em outro meio apto (art. 27, inciso III).

Em relação ao pregão, pensamos que deva permanecer o mesmo entendimento que vigora no regime atual, o de que suas hipóteses de incidência são obrigatórias. Ademais, por disposição expressa do projeto, o pregão e a concorrência “seguem rito comum” (art. 26), ou seja, têm exatamente o mesmo procedimento. A diferença entre um e outro está apenas no critério de julgamento

<sup>9</sup> O fato é que o PL nº 6.814/2017 não traz disposição semelhante à do art. 23, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, segundo a qual a concorrência é aplicável nas hipóteses em que o convite é cabível. Ainda assim, entendemos que essa mesma regra é aplicável no sistema do PL, já que, segundo as normas do projeto, a única distinção entre as hipóteses de cabimento do convite e da concorrência é o valor estimado da contratação. Se assim é, deve ser privilegiada a modalidade que ofereça maior eficácia ao princípio da ampla concorrência.

das propostas, pois no pregão são aplicáveis apenas os tipos de licitação de *menor preço* ou de *maior desconto* (art. 5º, XL), ao passo que na concorrência as propostas podem ser julgadas com base nos critérios de *menor preço*, *melhor técnica ou conteúdo artístico*, *técnica e preço* e *maior retorno econômico* (art. 5º, XXXVI).

O concurso e o leilão permanecem basicamente com a mesma configuração que possuem na Lei nº 8.666/1993. Quanto ao leilão, o PL nº 6.814/2017 remete para regulamento as normas sobre seus “procedimentos operacionais” (art. 28).

A novidade é o diálogo competitivo<sup>10</sup>, cujo escopo é a adjudicação de contratos dotados de complexidade técnica, jurídica ou financeira. Trata-se de um instituto oriundo do Direito Europeu cujo foco inicial foi incentivar os Estados-Membros da União Europeia a promoverem parcerias público-privadas, as PPP's. A ideia subjacente nessa modalidade de licitação é a de que o setor privado pode contribuir para as soluções públicas. Por isso, ele é apropriado para aquelas situações nas quais o poder público sabe da sua necessidade, mas não sabe como supri-la. No diálogo competitivo, o objeto da contratação é concebido no curso da licitação.

A peculiaridade desse procedimento é que antes do **juízo das propostas** há uma etapa de **qualificação** técnica e econômico-financeira e outra de **diálogo** com os candidatos. A qualificação e juízo das propostas pouco se diferem do que existe na concorrência na forma como regulada hoje, sendo a fase de qualificação, digamos assim, equivalente à habilitação técnica e econômico-financeira. Na etapa do diálogo, cada candidato apresenta a sua solução à Administração. Reparemos que se trata de diálogo mesmo, pois cada licitante apresenta sua proposta de objeto do contrato de maneira individualizada para a Administração. Escolhida a solução, parte-se para o juízo das

---

<sup>10</sup> Já publicamos aqui no Portal L&C artigo de minha autoria sobre essa modalidade de licitação, tendo em conta, inclusive, a sua regulamentação no PL nº 6.814/2017. Seguem as referências: OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro.** Disponível em: <http://licitacaoecontrato.com.br/exibeArtigo.html?assunto=oDialogoCompetitivoProjetoLeiLicitacaoEContratoBrasileiro>.

propostas, que deve ocorrer de acordo com um dos critérios de julgamento previstos no PL 6.814/2017.

Essa modalidade é apta para casos extremamente complexos, sendo, por isso, de aplicação restrita. Na Europa, poucos são os países que se valem dessa espécie de procedimento, apesar de o terem positivado no seu direito interno. Ele é bastante utilizado na Inglaterra e na França. Além disso, é preciso ter atenção na forma como ele está previsto no projeto, pois possui algumas inconsistências. Por exemplo, se o PL nº 6.814/2017 for aprovado como está, o diálogo não poderá ser aplicado às PPP's.

### **Algumas Considerações Finais**

Não resta dúvida que o PL nº 6.814/2017 avança no sentido de conferir maior qualidade ao procedimento de contratação pública brasileiro. Avanços como a inversão das fases de habilitação e de julgamento, a utilização dos meios de contratação eletrônica, a adoção de um formalismo moderado e a possibilidade de colaboração entre o público e o privado têm potencial para conferir maior efetividade às licitações, na medida em que simplificam o procedimento e permitem, se bem utilizados, um melhor conhecimento do mercado.

Todavia, acreditamos que ainda é possível avançar mais, tanto no que toca às modalidades de licitação, como no que se refere a outros pontos. Em relação às modalidades, por exemplo, é de se perguntar qual a utilidade do convite, já que o pregão eletrônico conseguiria alcançar os mesmos objetivos. Deve-se questionar, também, a razão para a existência de dois procedimentos com “ritos comuns” (art. 26), como é o caso da concorrência e do pregão. A rigor, na sistemática do projeto, não há diferença entre a marcha de um procedimento do pregão e a de uma concorrência. O que muda entre um e outro é apenas o critério de julgamento das propostas e que, ainda assim, pode coincidir em alguns casos, pois o tipo de licitação menor preço é aplicável ao pregão e à concorrência. Se o intuito é simplificar, o ideal seria prever apenas uma dessas duas modalidades, determinando obrigatoriedade do uso do critério de menor preço ou de maior desconto nos casos em que o objeto licitado for comum.

Publicado em 20/4/2018.

As referências a este L&C Comenta deverão ser feitas da seguinte maneira:

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **As Modalidades de Licitação no Projeto da Nova Lei de Licitação e Contrato**. Disponível em: [www.licitacaoecontrato.com.br](http://www.licitacaoecontrato.com.br). Acesso em: dd/mm/aaaa.