V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A532
Anais do V Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Raphael Moreira Maia, Sílvio Teixeira da Costa Filho e Camila Ramos Celestino Silva – Belo Horizonte: FAMINAS, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-367-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Resistência Democrática no Brasil pós pandemia.

1. Direito. 2. Pandemia. 3. Democracia. I. V Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte (1:2021 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

As mudanças tecnológicas, políticas, culturais dos últimos anos trouxeram impactos em todas as esferas da vida. E, sem dúvida, a pandemia do COVID-19 acrescentou ainda mais mudanças, abalos e dúvidas. E isso repercute na esfera pública, na esfera política e na esfera do Direito.

Por isso, o Congresso Internacional do Vetor Norte, em 2021, chegou a sua quinta edição sob o tema central "O Direito e a resistência democrática no Brasil pós pandemia".

A proposta do V Congresso Internacional do Vetor Norte foi proporcionar discussões e debates para pensar a democracia e cidadania de forma ampla, de modo a contemplar as noções macro e públicas como constitucionalismo e questões micro e privadas: como direito sucessórios, testamentos emergenciais e etc.

Isso, pois entende-se que a cidadania e autonomia do cidadão está em conhecer seus direitos no espaço público e espaço privado, bem como partiu-se da ideia que defender o conhecimento emancipador é defender o Estado Democrático.

Nesse sentido, propôs-se grupos de trabalho e painéis que debatessem as repercussões desse novo normal nos nossos Direitos públicos e privados, repercussões essas que antecedem a COVID-19, se afloraram na pandemia e certamente continuarão no pós-pandemia.

Dessa forma, buscou-se levar aos congressistas a experiência de imersão reflexiva sobre direitos políticos, direitos sociais e direitos privados para esse momento em que se começa ver a luz no fim do túnel da pandemia, de modo que possamos avançar e não retroceder como sociedade democrática.

E dessa experiência de fomento de reflexão e pesquisa acadêmica, mas, sobretudo, de compartilhamento de conhecimento, alcança-se o presente fruto: os presente anais são a reunião desses debates, ideias, críticas, reflexões presentes na V Congresso Internacional do Vetor Norte.

Organizadores

Raphael Moreira Maia

Sílvio Teixeira da Costa Filho

Camila Ramos Celestino Silva

O DIÁLOGO COMPETITIVO: MODALIDADE DE LICITAÇÃO NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

THE COMPETITIVE DIALOGUE: BIDDING MODALITY WITHIN THE SCOPE OF BRAZILIAN PUBLIC CONTRACTS IN LIGHT OF THE NEW LAW ON PUBLIC PROCUREMENT AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Edwiges Carvalho Gomes [1]

Resumo

A pesquisa aborda o instituto do diálogo competitivo, nova modalidade de licitação, e como é regulado pela Lei nº 14.133 de 2021, que instituiu a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Conclui-se que o instituto é oriundo do direito estrangeiro, especialmente das diretivas de Contratações Públicas da União Europeia. A pesquisa pertence à vertente metodológica jurídico-normativa. Quanto à averiguação das informações, foi selecionado na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020),

Palavras-chave: Licitação, Diálogo competitivo, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

The research addresses the institute of competitive dialogue, a new bidding modality, and how it is regulated by Law No. 14,133 of 2021, which instituted the new Bidding and Administrative Contracts Law. It is concluded that the institute comes from foreign law, especiallythe Public Procurement Directives of the European Union. The research belongs to the legal-normative methodological aspect. Regarding the investigation of the information, the classification of Gustin, Dias and Nicácio (2020),

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bidding, Competitive dialogue, Public administration

[1] Graduanda em Direito, modalidade Integral, e integrante do Grupo de Iniciação Científica “Direito e Tecnologia” da Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A dimensão das contratações públicas no Brasil possui um histórico marcado por diferentes legislações que a regularam ao longo do tempo. Um dos marcos legais hodiernos que está transformando a forma de contratar no Brasil é a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que contempla dentre diversas novidades o instituto do diálogo competitivo. À vista disso, o presente trabalho busca examinar essa nova modalidade de licitação adota pelo ordenamento jurídico pátrio, se especificando em seu aspecto histórico e seu rito procedimental.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico do país – prevê que "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" (BRASIL, 1988). Nesse sentido, a Administração deve-se atentar em proporcionar que o julgamento da licitação seja igualitário e objetivo, permitindo um tratamento isonômico a todos os licitantes interessados. Desse modo, o diálogo competitivo se destaca como um método licitatório que busca compreender os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, assim como possibilitar uma contração que satisfaça o interesse público face às suas carências.

Segundo a Diretiva 2014/24/EU, o diálogo competitivo é destinado a atender casos complexos, em que a Administração não consegue por si só delimitar sua necessidade e, por conseguinte, o objeto da licitação. Em diálogo com a nova legislação que regulamenta essa temática no Brasil, aprovada em 2021, o instituto em investigação apresenta circunstâncias específicas e procedimentos que o tornam fundamental em casos que sejam de difícil solução pelo Poder Público. Assim, o diálogo competitivo compreende uma nova forma de auxiliar a gestão Administrativa quanto as contratações públicas.

Destaca-se que a pesquisa que se propõe, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-normativa. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Logo, o presente trabalho objetiva analisar a modalidade licitatória do diálogo competitivo e como esse foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tal como sua influência estrangeira e rito para sua aplicabilidade aos casos complexos.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIÁLOGO COMPETITIVO FACE À INFLUÊNCIA DO DIREITO EUROPEU

O direito brasileiro possui forte estigma do direito estrangeiro, especialmente o ramo do Direito Administrativo pátrio. Segundo Di Pietro (2020, p. 110), "o Direito Administrativo brasileiro sempre se inspirou no direito estrangeiro [...]. Essa inspiração continua presente". Nesse sentido, é possível destacar o instituo do diálogo competitivo, modalidade de licitação estabelecida pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – sancionada em abril de 2021 –. À vista disso, urge analisar essa inspiração europeia recente que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme Oliveira (2017, p. 4), Portal L&C, "o diálogo competitivo é um instituto do Direito dos Contratos Públicos cuja origem se encontra no Direito Europeu". Nessa perspectiva, é passível de destaque a Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, que instituiu em seu artigo 29 o regime licitatório em tela. A respectiva Diretiva europeia foi clara ao dispor que o diálogo competitivo ou diálogo concorrencial deveria ser utilizado "em caso de contratos particularmente complexos" (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2004). Logo, havia uma especificação de circunstância contratual cuja modalidade licitatória seria admitida.

Em diálogo com Haab (2021), revista eletrônica Consultor Jurídico, as disposições da Diretiva 2004/18/CE, especialmente em que pese ao diálogo competitivo, foram admitidas nas legislações internas de vários países da União Europeia, como França, Espanha e Itália. Entretanto, a norma de procedimento "relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços" (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2004) supracitada, foi revogada pela Diretiva 2014/24/EU. Apesar disso, o instituto do diálogo concorrente foi mantido e, para mais, incentivado, tendo em vista seu êxito em casos peculiares em que a Administração Pública encontrava entraves para alcançar uma solução.

Nesse diapasão, o artigo 26 da diretiva em vigência estipula que: "4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem [...] diálogo concorrencial [...]" (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2014). Sob esse viés, a nova diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho demonstra a obrigatoriedade de estipulação do diálogo competitivo, retirando a faculdade de sua utilização aos países signatários – como era regulado pela Diretiva de 2004 –. Desse modo, "os Estados-Membros estão obrigados a

prever o diálogo competitivo em sua legislação interna com obediência à maneira como ele foi regulamentado no Direito Europeu" (OLIVEIRA, 2017, p. 9).

No Brasil, o diálogo competitivo foi inserido ao direito pátrio por meio da Lei federal n. 14. 133, de 1º de abril de 2021 (BRASIL, 2021), que trata da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Segundo Oliveira (2017), a terminologia adotada foi distinta daquela utilizada pelo direito português europeu que tratou como diálogo concorrencial, de modo que o legislador brasileiro buscou tornar mais próximo da nomenclatura em inglês, o *competitive dialogue*, em função disso é importante destacar que se trata de expressões sinônimas. Assim, a legislação atual que regulamenta a dimensão licitatória dispõe o instituto do diálogo competitivo como:

> 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).

Sob esse prisma, o diálogo competitivo se manifesta como um instituto voltado para resolver problemas relacionados à escolha da solução apropriada para a necessidade da Administração Pública. Em outras palavras, ele foi desenvolvido para contratos complexos que envolvem, majoritariamente, esferas que estão em constante transformação, quais sejam: tecnológica, técnica, financeira e jurídica. Por conseguinte, o obstáculo do Poder Público se traduz em o que contratar – frente à complexidade da situação –, não o processo de julgamento das propostas, por isso torna-se fundamental o diálogo entre a Administração Pública e os operadores econômicos para delimitarem o objeto contratual (OLIVEIRA, 2017).

A partir disso, a diretriz legislativa da nova lei de licitações estipula os cenários em que é passível a aplicabilidade dessa nova modalidade de segmento licitatório. Por esse ângulo, o diálogo competitivo é específico para contratos de licitação 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 (BRASIL, 2021).

Em vista disso, a legislação brasileira se aproximou, de forma expressiva, do artigo 26 da Diretiva 2014/24/EU. Pois, o título estrangeiro enaltece que o regime do diálogo competitivo deve corresponder a pelo menos uma das circunstâncias a seguir: "i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis, ii) os produtos ou serviços incluem a conceção ou soluções inovadoras, iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias [...]" (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2014). Desta maneira, a disposição brasileira da modalidade licitatória supracitada foi ao encontro das disposições estabelecidas pelas diretivas de Contratações Públicas da União Europeia, de tal sorte que o preenchimento de apenas uma das distintas condições permite que o diálogo competitivo possa ser aplicado ao caso concreto (OLIVEIRA, 2017).

Em suma, é evidente a influência jurídica estrangeira na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos no que diz respeito ao instituto do diálogo competitivo, especialmente por ter como ponto central sua adequação a casos específicos e que há uma maior dificuldade de se encontrar alternativas para solucionar a necessidade do Poder Público.

3. O INSTITUTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO: RITO DA COMUNICAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INICIATIVA PRIVADA

A esfera da Administração está passando por uma remodelação nas contratações públicas no Brasil, sendo o sancionamento da nova legislação que orienta a temática licitatória e contratual administrativa um dos principais motivos dessa mudança. Nessa continuidade, o diálogo competitivo ganha destaque, dado que é um dispositivo de origem europeia e notadamente marcado pelo incentivo do diálogo para se chegar a uma forma de solucionar a demanda pública de maneira adequada. Por consequência, a tendência é que haja maior comunicabilidade entre a Administração e particulares.

A estrutura do procedimento licitatório dessa nova modalidade é composta por dois momentos distintos. O primeiro é uma seleção prévia dos licitantes interessados em participar do diálogo, enquanto no segundo momento ocorre o julgamento das propostas. Assim sendo, as duas etapas "são rígidas e transparentes, uma vez que nessas etapas as decisões tomadas pela Administração ocorrem com base em critérios objetivos previamente fixados nos instrumentos de publicidade e sem o manto do sigilo" (OLIVEIRA, 2017, p. 13).

A princípio, a Administração disponibiliza o edital com a descrição de suas demandas e determina vinte e cinco dias úteis, prazo mínimo, para os licitantes manifestarem interesse no

procedimento do diálogo, ou seja, é uma disposição em participar da etapa de diálogo, não à apresentação das propostas, esta que será em um segundo momento. As informações, condições e critérios para participar da licitação devem estar previstas no respectivo edital – que ainda não limitou o objeto da licitação –, devendo os interessados que atenderem aos requisitos do edital serem aprovados nessa etapa de pré-seleção (BRASIL, 2021). Nessa lógica, visando assegurar um tratamento isonômico do instituto em exame, a legislação licitatória hodierna buscou expressar que:

> III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;
>
> IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;
>
> [...]
>
> VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo; (BRASIL, 2021).

Em consonância com Machado (2020), sítio eletrônico Licita Coop, "os interessados pré-selecionados é que indicarão a solução que entendem mais adequada a ser contrata pela Administração". Pois, são os responsáveis, ao dialogar com a Administração, em delimitar as dimensões da licitação e análises financeira e técnica, podendo essa fase ser repetida em inúmeras oportunidades até que a gestão pública encontre a solução ou as soluções mais satisfatórias à sua necessidade. Diante disso, a Administração deverá manter o sigilo em relação aos demais licitantes quando um deles apresentar soluções, assim como é vetado ao Poder Público expor informações dos interessados de modo desproporcional e discriminatório. Destarte, busca-se evitar o tratamento desigual e injusto na modalidade licitatória em estudo.

A partir disso, quando a gestão pública compreender qual a solução mais apropriada, se iniciará a segunda etapa do procedimento do diálogo competitivo, qual seja:

> 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 pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;
>
> IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

> X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado (BRASIL, 2021).

Por esse ângulo, o legislador brasileiro deixou em aberto a interpretação de quais seriam os critérios utilizados pela Administração no início da fase competitiva que, de certa forma, contribuem para o julgamento final da proposta a ser admitida. Em diálogo com Machado (2020), Licita Coop, como não foi especificado os critérios para a delimitação da proposta vencedora deverão ser aplicados aqueles dispostos no artigo 33 da Lei nº 14.133 de 2021 (BRASIL, 2021), exceto o critério de maior lance, destinado à modalidade do leilão. Diante disso, a utilização dos critérios de julgamento irá variar conforme o objeto em licitação, para que haja consenso entre condições, objeto e adequação da solução à necessidade pública.

Por fim, o procedimento do 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" (BRASIL, 2021). Logo, a fase competitiva do diálogo requer determinada estrutura pessoal da comissão de contratação, que é de fundamental importância para que as demandas públicas sejam atendidas de modo satisfatório e eficiente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise, é possível verificar que o instituto do diálogo competitivo é uma recente modalidade de licitação orientada pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sancionada em 2021. Sob esse viés, o direito europeu foi um dos principais segmentos jurídicos que influenciou a instituição dessa nova modalidade licitatória no Brasil. Desse modo, as diretivas de Contratações Públicas da União Europeia possibilitaram a transformação dos métodos de contratação pública brasileira.

À vista disso, o presente trabalho demonstrou alguns aspectos semelhantes entre a Diretiva 2014/24/EU e a nova legislação que regula a temática de licitação no Brasil. A título de exemplo, o fato do diálogo competitivo ser destinado aos casos complexos em que a Administração apresenta dificuldades de delimitar o objeto da licitação, em razão do contexto de mudança que está inserido, que pode ser: técnico, tecnológico, financeiro ou jurídico. Diante disso, é notório o aspecto histórico europeu do instituto sobre a sua regulamentação no Brasil.

Em última análise, o rito do procedimento do diálogo competitivo é composto por duas fases diferentes, mas que juntas contribuem para que a Administração consiga alcançar uma solução satisfatória face à sua necessidade. Nesse diapasão, ocorre uma pré-seleção para que os licitantes interessados no diálogo se apresentem, e um segundo momento há o julgamento das propostas. Assim, o instituto supracito incentiva uma maior comunicação entre a Administração e a iniciativa privada, tendo em vista a satisfação do interesse público e da coletividade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://bit.ly/3Dseobk. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://bit.ly/3mDFipZ. Acesso em: 29 mai. 2021.

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

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. 5ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HAAB, Augusto Schreiner. Uma análise histórica do diálogo competitivo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 08 abr. 2021, Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/augusto-haab-analise-historica-dialogo-competitivo. Acesso em: 29 mai. 2021.

MACHADO, Ana Carolina Coura Vicente. Ensaios sobre o Projeto de Lei nº 1.292/1995. *Licita Coop*, Belo Horizonte, 20 abr. 2020, Ensaios: Nova Lei de Licitações, Edição 5. Disponível em: https://licita.coop.br/?area=blog&cod=1498ab27bccce08d5afad141534278c7&page=4. Acesso em: 02 jun. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. *Portal L&C*, Licitação e Contrato, Recife, 17 mai. 2017, Artigos. Disponível em: http://licitacaoecontrato.com.br/exibeArtigo.html?assunto=oDialogoCompetitivoProjetoLeiLicitacaoEContratoBrasileiro. Acesso em: 29 mai. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.* União Europeia: Jornal Oficial da União Europeia, 2004. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0018. Acesso em: 29 mai. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *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 Texto relevante para efeitos do EEE*. União Europeia: Jornal Oficial da União Europeia, 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024. Acesso em: 29 mai. 2021.