

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

GIOVANI DA SILVA CORRALO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Giovani da Silva Corralo, Emerson Affonso da Costa Moura, Ricardo Augusto Bonotto Barboza – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-035-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Com alegria apresentamos os textos aprovados, apresentados e debatidos no grupo de trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II” no âmbito do XXXI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação stricto sensu com o tema “Um olhar a partir da inovação e das novas tecnologias” entre os dias 27 a 29 de novembro de 2021 na cidade de Brasília.

Nenhuma disciplina tem se sujeitado a transformações tão constantes no Direito Público como o Direito Administrativo, que sujeito aos influxos da ordem política, econômica e social, bem como, dos próprios ditames da burocracia e da sociedade civil tem a sua teoria, dogmática e prática alvo de inúmeras modificações adequando ao exercício da função administrativa.

Encontram-se aqui discussões dos fundamentos do Direito Administrativo como o interesse público e novas formas de legitimação como a consensualidade, dos novos instrumentos trazidos pela nova lei de licitações e contratos e a necessidade de parâmetros para atuação do Estado na economia, da intervenção dos ministérios nas agências e controle na lei anticorrupção.

Todos os temas apontam para a necessidade de redimensionamento da relação entre Estado, mercado e sociedade e, portanto, da busca pela construção de um Direito Administrativo capaz de garantir os interesses econômicos e proteger os direitos fundamentais, superando dogmas e apontando novos rumos para atuação da Administração Pública.

No trabalho “Interesse público e sua supremacia ou não sobre o interesse privado no atual contexto constitucional” se discute a partir do processo de constitucionalização do Direito Administrativo a necessidade de interpretação da categoria do interesse público à luz dos valores constitucionais, em especial, do sistema dos direitos humanos.

Em igual sentido, no texto “Interesse público e direitos fundamentais: uma relação de unidade, harmonia e ponderação de interesse analisa a partir da teoria dos direitos fundamentais a utilização da técnica de ponderação como forma de produção de uma decisão racional quando envolver conflito com os interesses públicos.

Na pesquisa, “Consensualidade no Direito Administrativo” analisa-se a necessidade de incremento e obstáculos jurídicos e institucionais para implementação da consensualidade na gestão pela Administração Pública em um ambiente onde o interesse público é diversificado, plural e coletivo e há as falências do sistema adversarial.

O texto “Licitações sustentáveis e combate à corrupção: programas de integridade como ferramentas para a sustentabilidade das contratações públicas”

traz a lume a partir da sustentabilidade no tripé, em especial, econômico, que a exigência na NLCC da existência de programa de integridade para grandes vultos seja instrumentos de sustentabilidade por meio do combate à corrupção.

O trabalho “Licitações e contratações de grande vulto: a natureza de norma específica da definição contida na lei nº 14.133/2021” busca delimitar o conteúdo das obras, serviços e fornecimentos designadas como de “grande vulto” a partir do regime dado pela NLCC com a tutela de regras específicas mais protetivas para as contratações que envolvem o dispêndio de maior volume de recursos públicos.

A pesquisa “A conveniência da aplicação do diálogo competitivo nos processos de adjudicação de contratos públicos oriundos de licitações internacionais” aponta a utilização da nova modalidade da NLCC nestas contratações, por proporcionar relação linear e cooperativa na busca da solução adequada, bem como, aquisições e contratações complexas como PPP.

O texto “A despersonalização da pessoa jurídica pelas vias administrativas: perspectivas do Direito Administrativo Sancionador” busca discutir as potencialidades do instrumento na prevenção de fraudes e reforço da integridade e transparência na Administração Pública, mas com a necessidade de observância dos princípios decorrentes do due process of law no processo administrativo.

O trabalho “A importância do Estado na promoção do desenvolvimento econômico: uma forma de intervenção pública na vida privada” pretende verificar a partir da atuação ativa da Administração Pública no mercado interno, a necessidade de não gerar impedimentos à

participação privada na atuação econômica e promover atuação conjunta se necessária para o desenvolvimento.

A pesquisa “A intervenção ministerial no caso de omissão das agências reguladoras” aponta os parâmetros e legitimidades do controle do Ministério quando houver omissão das agências, que deve ser considerado a partir de um regular espaço decisório quanto à maturação e reflexão acerca políticas setoriais regulatórias ao qual cabe implementar.

Por fim, no texto “Análise de impacto regulatório como instrumento de participação social” pretende-se discutir a partir dos marcos normativos de execução e acompanhamento da AIR a importância da equalização do setor e sociedade através de processo dinâmico e continuado, bem como, a sua harmonização a partir de guia orientado da Presidência da República.

São importantes contribuições que os autores trazem ao debate do Direito Administrativo e que nos apontam rumos para constante reelaboração da literatura jurídica na matéria no que tange ao aperfeiçoamento dos institutos e aplicação dos instrumentos, mas acima de tudo, da busca por uma teoria conciliadora do Estado com a sociedade.

Brasília, 27 de Novembro de 2024.

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo

Universidade de Passo Fundo

Prof. Dr. Ricardo Augusto Bonotto Barboza

Universidade de Araraquara

**A CONVENIÊNCIA DA APLICAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO
PROCESSO DE ADJUDICAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS ORIUNDOS DE
LICITAÇÕES INTERNACIONAIS**

**THE ADVISABILITY OF APPLYING THE COMPETITIVE DIALOG IN THE
PROCESS OF PROCESS OF AWARING PUBLIC CONTRACTS ARISING FROM
INTERNATIONAL TENDERS**

**Alice Rocha da Silva
Hélcio Pires de Mendonça Júnior**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apreciar a conveniência do Diálogo Competitivo, como modalidade de adjudicação de contratos públicos, às contratações públicas internacionais. Para tal, perpassa a evolução da Administração Pública, desde a Administração Patrimonial, Burocrática, Gerencial, até o modelo neoconstitucional, que abarca a Administração Pública Dialógica em um cenário de Direito Administrativo Global. O Direito Brasileiro busca na fonte europeia a adequação ao cenário internacional cada vez mais globalizado e que exige que o Estado Brasileiro esteja em consonância com a cultura jurídica predominante nas relações entre os Estados, e destes com órgãos internacionais. O modelo de Diálogo Competitivo utilizado no Direito Europeu e importado pelo Direito Administrativo Brasileiro é apresentado como modalidade de adjudicação adequada aos contratos públicos estabelecidos com ente privado internacional, por ser procedimento voltado para contratações complexas, aos moldes dos contratos de Parcerias Público-Privadas e Concessões de Serviços Públicos. Dessa forma, a Administração Estatal se vê em uma relação linear com o particular, característica predominante no cenário internacional em vista do poderio financeiro dos operadores econômicos, devendo se socorrer de modalidade adjudicatória adaptada à cultura jurídica predominante.

Palavras-chave: Diálogo competitivo, Contratação internacional, Administração pública dialógica, Direito administrativo global, Direito europeu

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this article is to assess the suitability of Competitive Dialogue, as a method of awarding public contracts, for international public procurement. To this end, it goes through the evolution of Public Administration, from Patrimonial, Bureaucratic and Managerial Administration to the neoconstitutional model, which embraces Dialogic Public Administration in a scenario of Global Administrative Law. Brazilian law looks to European sources to adapt to the increasingly globalized international scenario, which requires the Brazilian state to be in line with the prevailing legal culture in relations between states, and between states and international bodies. The Competitive Dialogue model used in European Law and imported into Brazilian Administrative Law is presented as an appropriate award

modality for public contracts established with international private entities, as it is a procedure aimed at complex contracts, along the lines of Public-Private Partnerships and Public Service Concessions. In this way, the State Administration finds itself in a linear relationship with the private party, a predominant characteristic on the international scene in view of the financial power of economic operators, and must resort to an adjudication modality adapted to the prevailing legal culture.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Competitive dialogue, International contracting, Dialogic public administration, Global administrative law, European law

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo se consolida como ramo do direito após as Revoluções Burguesas, em especial a Revolução Francesa, quando se tem pela primeira vez a ideia de que as ações da Administração face ao cidadão devem estar balizadas por um escopo de direitos individuais. Antes desse marco temporal, a Administração Pública se caracterizava pelo exercício do poder estatal de forma arbitrária, aos moldes do Antigo Regime. A Administração exercia o papel de guarda real, recolhadora de impostos e defesa do Estado.

A evolução do Direito da Administração perpassou por escolas filosóficas até o momento atual em um contexto pós-positivista e neo-constitucionalista, que dentre outras características, tem-se a superação da interpretação jurídica com base apenas na literalidade da norma, buscando-se a solução mais justa para o caso concreto em um sistema que considera lei e moral, ou seja, os valores de uma sociedade sopesados na construção e interpretação do Direito.

Nessa toada, o Direito Administrativo passou por um processo de transformação e evolução chegando ao estágio de uma Administração Dialógica, onde mais do que observar direitos fundamentais na atuação estatal, busca-se também a participação do ente privado e do cidadão na atuação do Poder Público, de forma que o interesse coletivo seja alcançado também com o apoio da sociedade, em um modelo de Administração Pública Dialógica.

É de conhecimento que o Direito Administrativo Brasileiro é formado pela influência do Direito Administrativo Francês, Alemão, Italiano de base romanística e do Direito Administrativo anglo-americano inserido no sistema da “*common law*”. A Constituição Federal de 1988 tratou com detalhes sobre a Administração Pública, estabelecendo princípios e regras delimitadoras da atuação do Estado Brasileiro com base na teleologia da Carta Constitucional.

Da mesma forma, o Direito Administrativo Brasileiro passou a se inspirar no Direito Comunitário Europeu, internalizando princípios e procedimentos, nesse caso, de um modelo de Direito Administrativo Supranacional, possivelmente o mais consolidado modelo de regras para atuação da Administração Pública e que abrange mais de um Estado.

É mister reconhecer que beber da fonte europeia é uma busca do Direito Brasileiro em se adequar à cultura de um dos principais atores das relações internacionais e também, persecução por aperfeiçoamento na cultura-jurídico administrativa, de maneira a se adequar a um cenário internacional cada vez mais globalizado e que exige que o Estado Brasileiro esteja

em consonância com a cultura jurídica predominante nas relações entre os Estados, e destes com órgãos internacionais.

A nova Lei de Licitações Brasileira, em seu art 6º, XXXV, definiu licitação internacional como a competição processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro.

Em que pese os mecanismos de protecionismo voltados aos fornecedores nacionais e estipulados pela própria Lei, em um mundo cada vez mais dinâmico, integrado e tecnológico, as contratações internacionais têm sido recorrentes em diversos ramos. (BITENCOURT, 2023, p. 147). Considerando o compartilhamento de cultura jurídico-administrativa, a importação do Diálogo Competitivo, oriundo do Direito Administrativo Europeu para o Direito Administrativo Brasileiro, vem não só para modernizar o procedimento de licitação no âmbito do Direito Brasileiro, mas também para alinhar as práticas administrativas do direito intraestatal com procedimentos consagrados internacionalmente, sobretudo no mais consolidado exemplo de bloco de integração , a União Europeia, e no próprio Regulamento de Aquisições para Mutuários de Financiamento de Projeto de Investimentos do Banco Mundial (BIRD) (BIRD, 2016)

Nessa toada, o Diálogo Competitivo é ferramenta que aproxima a prática do Direito Administrativo Interno Brasileiro à uma modalidade de contratação aplicada em processos internacionais no âmbito da União Europeia e em contratações internacionais com recursos do BIRD, sendo uma consequência desse compartilhamento de cultura jurídico-administrativa. Fica evidente a intenção do legislador, se considerarmos que as modalidades licitatórias dos diplomas anteriores são consagradas e continuam sendo a principal ferramenta para a contratação pública, como as modalidades concorrência e pregão. Buscou-se mais do que modernizar, criar condições de compartilhamento e integração. (FILHO, 2021, p. 455)

A adoção do instituto do Diálogo Competitivo pelo Direito Administrativo Europeu, se dá com a Diretiva 2004/18/EU, em substituição ao *negotiated procedure*, que proporcionava a negociação apenas depois de estarem definidos todos os termos do contrato (NETO, 2019, p. 353). O instituto passa a integrar as normas supranacionais, de forma mais abrangente, atendendo a demanda do mercado. Entretanto, é um modelo de adjudicação que não encontrava

semelhante em todos os Estados membros do bloco, cabendo uma breve digressão dessa difusão.

A Diretiva 2004/18/EU definiu Diálogo Competitivo como procedimento em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos e no qual qualquer operador econômico pode solicitar sua participação, visando desenvolver uma ou mais soluções para atender às necessidades do Poder Público. Em cima das soluções apresentadas, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta. (UNIÃO EUROPEIA, 2004.)

A intenção da internalização do Diálogo no Direito Comunitário foi proporcionar um método adequado para adjudicação de contratos complexos, como contratos de infraestrutura, redes de transportes, sistemas de tecnologia da informação, mas sobretudo, as Parcerias Público-Privadas, pois estas demandam não só a complexidade do objeto adjudicado como a concepção jurídica mais elaborada (MORIC, 2013, p. 394)..

O artigo adota uma abordagem dedutiva, realizando o levantamento da literatura, com pesquisa em bases de dados virtuais, a fim de que seja analisado a conveniência da aplicação do procedimento chamado Diálogo Competitivo no processo de adjudicação de contratos públicos oriundos de licitações internacionais, por ser este vocacionado a contratos complexos nos quais a Administração não consegue definir com precisão sua necessidade. Assim, o trabalho possui natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica em relação aos meios.

2. A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATÉ O MODELO NEOCONSTITUCIONAL.

No advento do liberalismo com a necessidade de limitação do poder do Estado, se deu ascensão do Direito Administrativo, todavia, a relação de Direitos Fundamentais como limitador da atuação do poder do Estado se dá, de fato, com a ascensão da Democracia Constitucionalista ou a constitucionalização do Direito. A aproximação entre o constitucionalismo e democracia destacou a força da constituição e essa passou a ser o centro da interpretação do direito em um Estado democrático constitucional.

A Constituição de 1988 tem a virtude de simbolizar a travessia democrática brasileira, sendo fator decisivo para a consolidação da estabilidade política. Por meio dela, os principais ramos do direito infraconstitucional foram contemplados, como o Civil, Penal, Trabalho,

Processual, Financeiro, Orçamentário, Tributário, Internacional e o Direito Administrativo, este último abrangeria o ramo específico do Direito Público que lida, repetidamente, com a Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados. (BARROSO, 2012. p. 40). Em verdade, o Direito Administrativo Brasileiro não fora contemplado com a importância dada a tal ramo aos moldes do Direito Francês, onde o Direito Administrativo é direito autônomo e o Conselho de Estado é órgão julgador máximo das demandas a nível administrativo. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios para atuação do gestor, criando evidente vinculação e restrição à atuação do agente público, flexibilizando a ideia de discricionariedade e corroborando com a ideia do direito fundamental como limitador da atuação do ente público. (BINENBOJM, 2006. p. 17).

Quanto às circunstâncias para a constitucionalização do Direito Administrativo no âmbito do Direito Brasileiro, cumpre apontar a existência de grande quantidade de normas voltadas para a disciplina da Administração Pública, as transformações do Estado Brasileiro e a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito. Sobre este ponto, menciona-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a preservação dos direitos fundamentais como vetor da quebra de paradigmas como a ideia da supremacia irrestrita do interesse público sobre o privado, a vinculação da administração à Constituição e a possibilidade de controle do ato administrativo. (BARROSO, 2012. p. 48)

O modelo de administração pública precisa estar em convergência com o contexto do Estado Democrático Constitucional de Direito. Repisa-se que o Estado Democrático de Direito, sob a égide da Constituição é aquele onde os direitos fundamentais vão além de impor ao Poder Público sua fiel observância, inclui, portanto, o direito de participação do cidadão na vontade política do Estado. (BARROSO, 2018, p. 18)..

A doutrina moderna aponta quatro modelos de Administração Pública em conexão com os paradigmas do constitucionalismo moderno, esboçando uma senda evolutiva da Administração Pública, pontuando que a percepção desses modelos pode variar, pois a gestão pública não é estanque em determinado modelo, ou absolutamente independente. (LIMA, 2013, p. 72 e 78)

O primeiro modelo de Administração Pública proposto é a Administração Pública Patrimonial, ou seja, aquela em que os negócios públicos encontram-se vinculados ao patrimônio ou à propriedade. Este modelo está relacionado ao patrimonialismo inerente ao regime senhorial, corporificada em uma atuação legal desprovida de racionalidade

administrativa. Consubstancia-se em uma autoridade detentora de poder, sem diretriz objetiva ou impessoalidade. (LIMA, 2013, p. 79).

O modelo da Administração Pública Burocrática, segundo modelo, teve e continua tendo seu valor para consecução da atividade administrativa. O presente modelo estaria associado ao Estado Social e seria uma consolidação do princípio da legalidade e da possibilidade de defesa de direitos pelo controle judicial. Contudo, é um modelo anti-dialógico, pois está associado a positivação de normas de forma a estabelecer o rito das ações da Administração. (LIMA, 2013, p. 88).

A Administração Pública Gerencial apregoa um sistema de fiscalização e controle sobre os serviços públicos e está relacionada às reformas constitucionais promovidas na última década do século passado e invoca reformas administrativas. Nesse modelo há uma evidente preocupação com resultados, com a finalidade do serviço e o atendimento ao cidadão. Pressupõe considerável margem de confiança no agente público, exigindo discricionariedade na atuação. Pressupõe também descentralização administrativa na busca da eficiência. (LIMA, 2013, p. 92).

A convergência perfeita com o Paradigma do Estado Democrático de Direito se dará com o último modelo de Administração, ou seja, a Administração Pública Dialógica. Este último absorve características no modelo burocrático e gerencial. (LIMA, 2013, p. 100)

O Modelo de Administração Pública Dialógica pressupõe a atuação do Poder Público de forma conjunta com os particulares, inserindo a atuação deles na atividade estatal. Destaca a participação política do cidadão na definição dos rumos do Estado, emprega a consensualidade no trato das matérias ou questões públicas. (LIMA, 2013, p. 111).

Portanto, vê-se que a Administração Pública Dialógica está relacionada a participação política do cidadão, participação na formulação de políticas públicas, mas também participação do ente privado na atuação do Poder Público. Nesse contexto, o procedimento idealizado para o Diálogo Competitivo traz a possibilidade de participação do privado na busca da solução para o interesse coletivo, sucedido por um processo de seleção pessoal e isonômico, convergindo com princípios da Administração Pública inerentes à Democracia Constitucional.

3. A UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO EUROPEU.

Inicialmente, a Diretiva 2004/18/EU não vinculava ao Estado membro a obrigação de regular e absorver o modelo do Diálogo Competitivo, não constituindo um sistema supranacional de regulação de contratos públicos, apenas limitando a fornecer um quadro mínimo que os integrantes da União Europeia devem respeitar. Nesse caso, os Estados membros têm a liberdade de implantar regras e práticas e aplicar as suas próprias políticas nacionais. (UNIÃO EUROPEIA, 2004)

Contudo, o que se observou foi a adoção do procedimento em grande parte dos países da União Europeia. França, a origem do instituto, se fez acompanhar por Reino Unido, Alemanha, Espanha, Dinamarca, Bélgica, Noruega, Portugal, dentro outros. Os Estados, em sua maioria, optaram por praticamente copiar o texto da Diretiva, sem complementar os seus requisitos, deixando as autoridades adjudicantes a flexibilidade permitida pela própria Diretiva e isso provocou distorções, considerando a variedade da cultura jurídico-administrativa dos Estados integrantes do Bloco (ARROWSMITH, CRAVEN, 2012, p 33).

Como exemplo, a Fase do Diálogo ficou muito flexível para os agentes da administração dos Estados membros, tendo como consequência essa multiplicidade de aplicação e aproveitamento. É curioso que essa adoção das regras do Diálogo de forma replicada se deu em países que tradicionalmente já tratam as regras da União Europeia como uma regra interna do Estado, como era o caso do Reino Unido, antes do BREXIT e da Dinamarca. Mas também em países que costumam regular detalhadamente as Diretivas Europeias, como a França. Assim, a maioria dos Estados membros colocou o procedimento a disposição de suas autoridades adjudicantes, sem detalhar procedimentos e sem aprofundar as razões de sua aplicação (ARROWSMITH, CRAVEN, 2012, p 49)

Para tanto, o Diálogo Competitivo foi introduzido pela Diretiva 2004/18/EU para projetos complexos como concessões de serviços públicos e Parcerias Público Privadas. O procedimento também visava a melhoria da comunicação entre licitantes e autoridade contratante, por meio de um processo transparente e flexível, combinando soluções inovadoras e eficazes ao interesse público. Nesse sentido, o Diálogo permite a abertura de uma interação com vários operadores econômicos para desenvolver uma solução que se aproxime da ideal. (BUCCINO, 2020, p 165)

Portanto, o Diálogo Competitivo Europeu se diferencia das demais modalidades pelo fato que, deste procedimento, no que se refere a fase de seleção, participam apenas os

candidatos qualificados na fase do diálogo, de forma que sejam colocadas em disputa as soluções que satisfaçam as necessidades que ensejaram a instauração do procedimento (CABRAL, MELO, 2023, p. 355).

A Diretiva 2014/24/EU, que substituiu a Diretiva 2004/18/EU, é o diploma de Direito Administrativo Europeu vigente e que regula os contratos públicos no âmbito do Direito Europeu. A referida Diretiva reafirmou a modalidade instituída pela norma superada com maior contundência. A adoção pelos Estados membros passa a ser obrigatória. Ademais, diversamente da anterior, a Diretiva estabelece as hipóteses de utilização do Diálogo Competitivo. (OLIVEIRA, 2021, p. 14)

O artigo 26 da Diretiva 2014/24/EU diz que o Diálogo Competitivo deverá ser aplicado às contratações de obras, fornecimentos, ou serviços e devem atender as necessidades da autoridade adjudicante. Para aquisição de produtos ou serviços que incluem a feitura de soluções inovadoras e para contratos que não podem ser adjudicados sem negociação prévia, devido a sua complexidade, montagem jurídica, financeira e riscos relacionados. Por fim, quando as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade administrativa. (NETO, 2019, p. 353)

Infere-se que o Diálogo Competitivo é modalidade adjudicatória consolidada em um modelo de Direito Administrativo Supranacional consolidado, como é o caso do Direito Administrativo Europeu, sendo também, procedimento indicado em regulamentos e normas internacionais e idealizado para contratações complexas, sendo, portanto, procedimento aconselhável para contratações internacionais. Nessa toada, a importação do instituto para o Direito Brasileiro vem a constituir importante ferramenta para a eficiência da atuação do ente estatal em contratos originados de licitações internacionais.

4. O CONTRATO PÚBLICO INTERNACIONAL NO EMERGENTE CENÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL.

A divisão do direito estatal em público e privado, se reportando as condutas impostas e de unidade indivisível dentro do Estado são, no que se refere ao ramo público, o poder soberano e a ordem política que regula a relação entre o Estado e suas coletividades, na seara

do Direito Privado temos o sistema de regulação entre os particulares. (BITENCOURT, 2023, p. 52)

Nesse ínterim, os contratos celebrados pela Administração Pública se constituem da “*supremacia de poder*”, exemplo didático se tem com as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, que seriam restrições impostas pelo Estado ao contratado. (FILHO, 2021.p. 1280). Dessa forma, vislumbra-se questão a ser analisada quanto a aplicação do Direito Público de um Estado fora de seu território. Bitencourt consolida que em discussão havida na França em 1975, na Reunião anual do Comitê Francês de Direito Internacional Privado, concluíram os debatedores que não deveriam ser ignoradas as normas estrangeiras em matéria de licença de importação ou exportação, de concorrência, ou de controle de câmbio (BITENCOURT, 2023, p. 52) Existe decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional à guisa de que um Estado não possa invocar contra outro Estado sua própria Constituição para se esquivar de obrigações em virtude do Direito Internacional ou de tratados vigentes. (ACCIOLY, 2009) Todavia, o que se tem é bem diferente do idealizado pelo Direito Internacional Clássico, cada vez mais vemos um crescente sistema emergente de governança internacional, experimental e em rede. (LADEUR, 2010, p. 5)

Esse sistema emergente de governança global, e em rede, transforma o Direito Estatal, bem como o Direito Internacional e abre uma nova perspectiva sobre uma pluralidade de ordens jurídica que não são exatamente públicas, nem tão pouco privadas, seriam híbridas, se desenvolvendo em algo que vai além do Direito Administrativo Particular e do Direito Internacional Clássico, sendo um Direito Transnacional Administrativo, Público e Global, sendo carente de fontes legais facilmente identificáveis, suas instituições e procedimentos são subdesenvolvidos e a relação entre o público e o privado muitas vezes é opaca. (LADEUR, 2010, p. 15) Direito Administrativo Global é o conjunto de mecanismos, princípios, práticas e compreensões sociais de apoio que promovem ou de alguma forma afetam a *accountability* dos órgãos administrativos globais. (KRISH, KINGSBURY, STEWART, 2016, p. 13) Esse direito transnacional e híbrido abarca, em nosso entendimento, as licitações internacionais, ou processos de compras e contratações públicas internacionais, por reunir em um único fio dessa tecelagem global o interesse soberano de um Estado, extensivo aos limites desse mesmo Estado, entretanto amarrado pelos interesses do órgão fornecedor internacional, ou até mesmo, o procedimento realizado em todo no território estrangeiro. O que afastaria ainda mais a incidência perfeita do direito público interno, ficando o Estado mais vulnerável às condições estabelecidas em um contrato que se aproxima da perspectiva contratual do Direito Privado.

O tipo de contrato administrativo ao qual nos referimos é o contrato que necessariamente tem como uma das partes a Administração Pública de um determinado Estado e de outro, um ente privado não pertencente ao Estado contratante, por evidente, não se pretende trazer à baila o contrato estabelecido entre dois entes privados, em que pese o caráter híbrido do Contrato Administrativo Internacional ser uma das ideias essenciais para o que se pretende demonstrar.

Um acordo de vontade entre as partes que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações é o que se define como “*contrato*” no campo do Direito Privado, por sua vez, Contrato Administrativo é o ajuste de vontade de duas ou mais partes sendo uma delas, necessariamente, a Administração pública. (FILHO, 2021, p. 1193) Portanto, o contrato administrativo difere do contrato privado pela ausência de simetria entre as partes. Em virtude do princípio setorial (BARROSO, 2020, p. 312) da Supremacia do Interesse Público (DI PIETRO, 2022, p. 83). No contrato administrativo o ente público possui uma série de prerrogativas face ao ente privado, uma das mais didáticas são as chamadas cláusulas exorbitantes que se constituem como a capacidade da Administração de fiscalizar, estipular garantias, impor sanções e rescindir ou alterar unilateralmente um contrato, conforme art. 104 da lei 14133/21.

Debatendo o segundo conceito, extraído da teoria do Direito Administrativo Global, tem-se como Rede Global Transnacional a expressão de uma nova lógica de Governança Global, a partir de uma ideia que não pode ser mais considerada centrada no Estado, nem como algo além do Estado. Trata-se de uma transformação do Direito Estatal e do Direito Internacional por uma lógica acêntrica, uma pluralidade de ordens jurídicas híbridas (LADEUR, 2010, p. 5), ou seja, acordos internacionais estabelecidos entre particulares, entre Estado e particulares ou mesmo entre entidades paraestatais sem o controle de órgão supranacional formalizado no âmbito do Direito Internacional ou mesmo sem a supervisão de um Estado.

Os sistemas transnacionais de regulamentação ou movimentos de cooperação para regulação por meio de tratados internacionais e redes intergovernamentais informais de cooperação transferem grande parte das decisões da esfera nacional para a global e os órgãos administrativos globais estão regulando redes de coordenação informais, órgãos híbridos público-privados que exercem funções de governança transnacional (KRISH, KINGSBURY, STEWART, 2016, p. 13-14).

Portanto, o Contrato Administrativo Internacional estabelecido como resultado de um processo licitatório realizado por um Estado, que resulta na contratação de órgão internacional, se mostra como um fio dessa tecelagem definida como Rede Global, pelo seu caráter híbrido, pois o Estado não consegue impor sua supremacia diante de um ente privado internacional, sendo muitas vezes obrigado a aceitar as condições contratuais estabelecidas pelo órgão privado internacional, considerando seu poderio econômico diante da necessidade ou interesse público na respectiva contratação.

5. A PERTINÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA CONTRATAÇÃO INTERNACIONAL.

O Diálogo Competitivo Europeu, importado pelo Direito Administrativo Brasileiro, tem como características o diálogo com o setor privado sem a noção de hierarquia do ente público face ao ente privado, típico da cultura jurídico-administrativa europeia e importada pelo Direito Brasileiro. Sendo assim, a iniciativa privada vai apresentar a solução até então desconhecida pelo ente público e que será eleita como o objeto a ser licitado, portanto, esse modelo cooperativo é uma quebra de paradigma no que se entende por Supremacia da Administração Pública.

Nesse viés, o Contrato Administrativo Internacional resultante da licitação internacional tem caráter híbrido, por estabelecer um acordo entre as partes, afastando a imposição de prerrogativas da Administração dado ao poderio econômico do ente privado e o interesse público em concretizar a contratação. Por essa razão, o ente privado se vê em condições de estabelecer cláusulas e condições, tendo participação decisiva no fio da tecelagem da Rede Global Transnacional de regulação híbrida e informal que é o Contrato Administrativo Internacional.

A Licitação Internacional se demonstra necessária quando o mercado apresenta uma ausência de competidores brasileiros em condições de atender a demanda da Administração Pública, sendo situação direcionada à competição internacional, pois no exterior poderá haver possíveis interessados com a expertise ou produto necessário à pretensão administrativa, sendo praticamente um caso de licitação internacional vinculada.

A Administração tem como objetivo a busca de interessados além dos limites de seu Estado de vinculação por uma especificidade de serviço ou material que o mercado interno não atende ou não dispõe do modelo satisfatório.

Nesse sentido, a alínea “c” do inciso II do Artigo 32 da Lei de Licitações e Contratos Brasileira dispõe quanto a impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão pela Administração. Tal dispositivo elenca os aspectos que o gestor público deve considerar na Fase do Diálogo em uma contratação desenvolvida com base no rito do Diálogo Competitivo (REISDORFER. 2022, p. 74). Portanto, a situação em que a Administração se vê obrigada a recorrer ao mercado internacional, via de regra, caracterizarão condições nas quais a Administração precisará da flexibilidade constituinte do Diálogo Competitivo para adaptar as especificações técnicas com as soluções existentes no mercado internacional.

Por evidente, será compreensível situação em que o Administrador tenha dificuldade em delimitar os parâmetros da contratação que melhor se molde ao interesse público quando se tratar de objeto de contratação disponível apenas em âmbito internacional, dessa forma, as características do Diálogo Competitivo favorecem a busca pela solução disponível que melhor atenda à necessidade pública, por proporcionar flexibilidade na atuação do agente, diálogo com os agentes econômicos e discricionariedade na escolha da solução considerada ideal dentre as disponíveis (NETO. 2019, p. 358).

Ademais, a principal razão para a concepção do Diálogo Competitivo no Direito Comparado se deu em relação aos contratos de Parceria Público-Privada, tratando-se de contratos de elevado valor econômico e que demandam expertises técnicas a saúde financeira que, possivelmente, será conseguida também em contratos com empresas estrangeiras, resultando em contrato administrativo do Estado Brasileiro junto à empresa estrangeira, ainda que está esteja totalmente submetida ao regime jurídico nacional, não se pode perder de vista o contexto internacional cada vez mais direcionado para uma simetria entre o público e o privado, sobretudo a nível internacional.

Diante disso, vê-se que o Diálogo Competitivo favorece a participação da instituição privada na relação transnacional, sendo um exemplo ou mesmo um ponto de partida para o enfrentamento de um dos principais problemas que é a participação insuficiente do ente privado na regulação internacional.

O que se pretende dizer é que o Contrato Administrativo Internacional, sobretudo o contrato resultante de um processo licitatório realizado sob o procedimento do Diálogo Competitivo, é um exemplo da inadequação da produção de regulação internacional sem a participação do ente privado, dado as feições do contexto internacional de relações em redes híbridas, cada vez mais inadaptadas aos parâmetros do Direito Estatal ou mesmo do Direito Internacional Clássico.

A participação de entes privados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, na regulação global, em particular na criação e delimitação de procedimentos, tem sido largamente percebido como uma das potencialidades do Direito Administrativo Global e isso se concretiza como um sinal do crescimento do impacto internacional do regime de regulação global e sua influência na conduta privada ou ao menos na perspectiva desta. Um sinal de que os elementos clássicos de Direito Administrativo são maturados à nível global. (MENDES, 2011, p. 5)

Nessa mesa toada, somado à participação privada na busca da solução de interesse do ente estatal, há que se ter em vista que os processos adjudicatórios à nível internacional são, na maior parte das vezes, voltados para contratações complexas das quais não se tem a solução adequada no mercado interno.

Destarte, sendo o Diálogo Competitivo modalidade adjudicatória delineada para aquisição ou contratações complexas, das quais a Administração não se encontra apta a definir com precisão o objeto de interesse contratual, é mister reconhecer, que os procedimentos adjudicatórios internacionais tenderão a maior eficiência administrativa se procedidos com base no rito da modalidade em questão, se alinhando ainda a tendência das contratações internacionais, se perfazendo em modalidade adequada ao cenário internacional e aos valores atinentes ao modelo de Estado Constitucional de Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As contratações internacionais vêm se tornando cada vez mais comuns no mundo globalizado, onde se tem um intenso intercâmbio de cultura jurídico administrativa, além da atuação das organizações internacionais, órgãos oriundos de acordos internacionais, empresas multinacionais, blocos econômicos além da clássica relação entre os Estados.

O Direito Administrativo se consolidou no modelo das Democracias Constitucionais como sendo ramo do Direito a limitar a atuação do poder estatal à princípios e direitos fundamentais. Sobre este ponto, percebeu-se a evolução do modelo de administração pública perpassando pelo patrimonial, burocrático, gerencial até a chamada Administração Pública Dialógica, que possui como característica precípua um viés cooperativo onde o ente privado é chamado a participar das decisões de interesse coletivo levadas a cabo pela atuação administrativa.

O Diálogo Competitivo é modalidade de adjudicação de contratos públicos oriunda do Direito Administrativo Europeu. Por essa razão, trata-se de modelo consolidado em uma multiplicidade de Estados com culturas jurídico administrativa distintas, sendo ferramenta para a formação de contratos entre o ente estatal e o ente privado a nível supranacional.

O Diálogo Competitivo apresenta como características o chamamento do ente privado para que apresente soluções adequadas aos interesses da Administração Pública dos quais esta não consegue definir com precisão, sendo modalidade vocacionada para contratações consubstanciadas de relativa complexidade.

Trata-se de modalidade de adjudicação de contratos públicos dotada de flexibilidade e discricionariedade que visa a eficiência administrativa no estabelecimento de contratos com complexidade técnica, financeira e jurídica. Aceita no cenário internacional, a modalidade de adjudicação moderniza o processo de contratação ao mesmo tempo que expande as possibilidades do ente público por meio da dialógica cooperativa com o setor privado por meio de ferramenta adaptável à cultura jurídica internacional.

Em um cenário de emergente Direito Administrativo Global, onde as relações internacionais se dão em um contexto híbrido, envolvendo entes privados e entes estatais, quando estes últimos, se veem obrigados a prescindir de suas prerrogativas administrativas de supremacia face ao poderio econômico dos órgãos internacionais privados, o Diálogo Competitivo se demonstra ferramenta adequada a transformar a diminuição da assimetria antes existente entre o Público e o Privado, em relação proveitosa para a Administração, por trazer o Operador Econômico Internacional para uma interação de cooperação, considerando a impossibilidade de imposição da supremacia administrativa no contexto descrito.

Nesse interim, o Diálogo Competitivo se demonstra modalidade adjudicatória adequada às contratações internacionais, por proporcionar relação linear e cooperativa entre público e privado na busca da solução adequada, sendo também procedimento voltado para aquisições e contratações complexas como Parcerias Público-Privadas e Contratos de Concessão de Serviços Públicos. O que poderá ser adequado aos contratos internacionais, considerando que estes muitas vezes são estabelecidos justamente pela ausência do produto ou serviço no âmbito do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 10. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro, 2009

ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª Ed. Saraiva Jur. 2020

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1ª Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2012

BARROSO, Luís Roberto. *O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX*. Revista Publicium. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Brasileira de direito Público (RBDP), Belo Horizonte, Ano 4, n. 14, p. 9-53, jul/set 2006

BIRD. *Regulamento de Aquisições para Mutuários de Financiamento de Projetos de Investimento: Aquisições em Operações de Financiamento de Projetos de Investimento. Bens, Obras, Serviços Técnicos e Serviços de Consultoria*. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/secretaria-executiva/meta-2/documentacao/emprestimo/regulamento-de-aquisicoes-para-mutuarios.pdf>. 03/05/2024.

BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023

BRASIL, Lei 14133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm . 03/05/2024

BUCCINO, Giulia. et al. *Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020

CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. ***O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia***. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Direito Administrativo***. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022

FILHO, Marçal Justen. ***Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas***. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021

KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. ***A Emergência de um Direito Administrativo Global***. In Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattton Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016

LADEUR, Karl-Heinz. “***The State in International Law***.” CLPE Research Paper 27/2010. Vol. 06 No. 6. 2010

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. ***Administração Pública Dialógica***. 1ª Ed. Ed Juruá. São Paulo. 2013

MENDES, Joana. “***Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems***” In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). Global Administrative Law and EU Administrative Law. New York: Springer, 2011

MORIC, Kim. ***Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise en oeuvre du dialogue compétitif étape par étape***. Bruxelles. Larcier, 2013

NETO. Celso de Almeida Afonso. ***Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro***. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba. 2019

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. ***O Diálogo Competitivo Brasileiro***. Belo Horizonte. Fórum, 2021

REISDORFER, Guilherme F. Dias. ***Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas***. Belo Horizonte. Fórum, 2022

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2004/18/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018> . 03/05/2024

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/23/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> . 03/05/2024