

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO

LAIS ESPINDULA SCANDIAN

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA ORIGEM E APLICABILIDADE DO INSTITUTO**

VITÓRIA

2021

LAIS ESPINDULA SCANDIAN

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA ORIGEM E APLICABILIDADE DO INSTITUTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Salesiano, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Thyago Brito de Mello

VITÓRIA

2021

LAIS ESPINDULA SCANDIAN

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA ORIGEM E APLICABILIDADE DO INSTITUTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Salesiano, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de _____, por:

Prof. Me. Thyago Brito de Mello – Orientador

Dra. Bettina De Carli Fonseca Brito - Membro Externo

Dr. Flávio Fabiano - Membro Externo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de prestar meus agradecimentos a todos que contribuíram para a minha formação acadêmica, especialmente aos professores Adriano Athayde Coutinho, Bethânia Silva Belisário, Davi Pascoal Miranda, Jeane Santos Bernardino Fernandes, Thaise Valentim Madeira e ao meu orientador Thyago Brito de Mello, que possuem grande influência quanto a profissional que serei.

Agradeço ainda aos meus amigos, que me motivaram nessa caminhada e ainda mais nessa reta final, em particular Francieni Barbosa Soares, Geovanna Rodrigues da Silva, Luziel Felipe Alves Jr., Marcello Harckbart Ahnert e Salisia Menezes Peixoto, por todas as palavras de apoio e incentivo nos meus momentos de desânimo, pois afinal *“foi o melhor dos tempos, foi o pior dos tempos”* – Charles Dickens, Um Conto de Duas Cidades.

RESUMO

O Diálogo Competitivo teve sua origem na Europa, no ano de 2004, o instituto possuía o objetivo de ajudar a Administração a solucionar questões de enorme complexidade, relacionados a temas muito específicos que necessitem de projetos e execuções de alta expertise e/ou grande conhecimento acerca de inovações tecnológicas, que fogem do conhecimento do Poder Público, visto ser impossível ter conhecimentos avançados sobre todas as áreas.

A figura do Diálogo se dará de forma em que os participantes da licitação, através de diálogos realizados diretamente com a Administração, desenvolverão o melhor método para desenvolver e/ou executar o objeto do edital, sendo que, ao final, o Ente Público escolherá a melhor solução que o atenda.

O diálogo competitivo se assemelha a vários outros institutos vigentes no ordenamento, porém nenhum deles se confundem, a licitação possui uma maior abrangência e objetivos diferentes, de modo que sua inutilidade somente poderá ser medida com o passar do tempo, onde veremos como a Administração irá usar, ou não, o diálogo competitivo, ou se ainda, poderá haver futuramente um desvio de finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo; Lei nº 14.133/2021; lei de licitações e contratos administrativos; Diretiva 2014/24/EU; diálogo competitivo.

ABSTRACT

The Competitive Dialog originated in Europe in 2004, the institute had the objective of helping the Administration to solve issues of enormous complexity, related to very specific themes that require projects and executions of high expertise and/or great knowledge about technological innovations, which are beyond the knowledge of the Public Authorities, since it is impossible to have advanced knowledge in all areas.

The figure of the Dialog will be the one in which the participants of the bid, through dialogs held directly with the Administration, will develop the best method to develop and/or execute the subject of the bid, and, at the end, the Public Entity will choose the best solution that meets its needs.

The competitive dialogue is similar to several other institutes in force in the legal system, but none of them are confused, the bidding has a wider scope and different objectives, so that its uselessness can only be measured over time, where we will see how the Administration will use, or not, the competitive dialogue, or if, in the future, there may be a misuse of purpose.

KEY WORDS: administrative law; Law n°. 14.133/2021; law on tenders and administrative contracts; Directive 2014/24/EU; competitive dialogue.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	REFERENCIAL TEÓRICO	16
	2.1 DAS LICITAÇÕES	16
	2.2 DA ORIGEM	17
	2.2.1 da implementação na Europa	21
	2.2.2 da implementação no Brasil	24
	2.2.3 Da definição	25
	2.2.4 Da aplicação	28
	2.2.5 Do procedimento	30
	2.3 DOS VETOS	34
	2.3.1 do inciso III, artigo 32 da Lei 14.133/2021	34
	2.3.2 Do inciso XII, parágrafo 1º, artigo 32 da Lei 14.133/2021	35
	2.4 DAS SEMELHANÇAS COM OUTROS INSTITUTOS.....	36
	2.4.1 Da contratação integrada (art.9º da Lei nº 12.462/2011)	36
	2.4.2 das contratações de inovação (art. 20 da Lei nº 10.973/2004)	38
	2.4.3 Da inexigibilidade de licitações (art. 25 da Lei nº 8.666/1993)	39
	2.4.4 Do procedimento de manifestação de interesse (Decreto nº 8.428/2015)	41
	2.5 DO DESVIO DE FINALIDADE	42
3	CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Após anos de espera e diversos projetos de lei, enfim temos uma nova lei de licitações e contratos administrativos, apesar da Lei nº 8.666/93, ser uma lei relativamente nova, desde 1995 já existiam projetos com o intuito de realizar emendas ao seu texto, resultando em enormes alterações, como por exemplo os PLs 1.292/95, 559/13, 6.814/17 e o Projeto de Lei promulgado nº 4253/2020 que ainda obteve diversos vetos.

Em grande parte, essas mudanças se deram necessárias devido ao grande avanço tecnológico do período, que geraram uma importante mudança no mercado, relacionados a forma de fornecimento, aos bens disponíveis e aos serviços necessários.

A nova lei 14.133/2021, veio atender a vontade dos juristas e interessados da área, que estavam insatisfeitos em trabalhar com uma “colcha de retalhos”, muito recorrente na área administrativa, unificando e aprimorando diversas disposições acerca do tema. A nova lei promulgada, revogará, dentro de 02 anos, a antiga lei de licitações (lei 8.666/93), a Lei do Pregão (10.520/02) e os artigos 1º ao 47-A da Lei do Regime Diferenciado de Contratações (lei 12.462/11).

O propósito da nova legislação é, essencialmente, a atualização da formação, formalização e execução dos contratos públicos e, para isso, o legislador se valeu de experiências e institutos aplicados no mundo inteiro, trazendo para o nosso ordenamento figuras até então desconhecidas, como por exemplo, o Diálogo Competitivo, a nova modalidade de licitação que será tema principal do presente trabalho.

Partindo da premissa de que a intenção do legislador, ao elaborar uma nova lei de licitações e contratos, foi a de promover uma maior modernização, flexibilização e transparência ao ordenamento, a problemática que surge, considerando se tratar de uma lei recente com pouca colocação prática, se há chances de ser dada uma real utilidade à figura do Diálogo Competitivo, visto que, além de se tratar de um objeto estranho no ordenamento, já existem na legislação pátria outros institutos bem similares ao analisado.

Desse modo, o objetivo geral se torna a de desvendar esse instituto pouco conhecido, comparando-o com outras figuras vigentes no ordenamento pátrio, analisando se

havia a necessidade de se importar o instituto ou outro já existente poderia ser utilizado em seu lugar, observando ainda como poderá se dar sua aplicação no Brasil.

As hipóteses a serem consideradas no presente trabalho são a de: i) o instituto ter uma boa recepção por parte dos Administradores, sendo devidamente aplicado conforme o disposto em lei e nos princípios da administração pública; ii) o instituto não ter uma boa recepção, de modo que não será utilizado e entrará em desuso e inutilidade; e iii) o instituto ser recepcionado, porém sendo utilizado de maneira promiscua, resultando em desvios de interesse e finalidade, trazendo benefícios pessoais ao Administrador e se desviando dos princípios da administração pública.

Tais hipóteses vieram do fato de que o Diálogo Competitivo, apesar de há muito tempo ser utilizado nos países europeus, se trata de uma modalidade licitatória em que é necessária confiança entre os envolvidos, visto que as conversas, diálogos, ocorrem em sigilo, sendo declarado o escolhido a partir de critérios do licitante, que podem se tornar superficiais e evasivos, visto que a Lei nº 14.133/21 não apresentou expressamente quais seriam esses critérios de avaliação deixando a encargo do edital da licitação.

Sendo consenso entre diversos juristas nacionais que para que o Diálogo Competitivo venha a se tornar uma licitação de sucesso, é necessário que haja uma mudança educacional e cultural em seus aplicadores, para que ele seja utilizado em casos realmente de alta complexidade e que as licitações corram conforme a intenção do legislador, não sendo desviada para atender a desejos pessoais do administrador.

Em relação à metodologia da presente monografia, trata-se de uma pesquisa exploratória, que realizou uma análise qualitativa, através do levantamento de informações acerca do surgimento e aplicação da figura do Diálogo Competitivo partindo de um contexto histórico acerca do nascimento e execução do instituto em outras localidades do mundo, como se dará sua aplicação pela administração.

E, noutra vertente, para compará-lo a outros institutos similares e já vigentes na legislação pátria, destacando as semelhanças e diferenças entre eles, para concluir se sua inserção foi necessária e se será de real utilidade para a Administração, tais acepções serão formadas a partir das disposições previstas na Lei nº 14.133/21, averiguando-se a possibilidade de uma real utilização do Diálogo Competitivo durante

as contratações no Brasil, respeitando-se os princípios da administração pública, aplicando-se o método dedutivo.

Foi então, uma pesquisa puramente bibliográfica e documental, amparada em leituras de artigos científicos, livros e teses acerca da matéria, sendo alguns materiais físicos e outros eletrônicos.

Uma última e importante observação a se fazer nessa introdução, é acerca da nomenclatura legal “Diálogo Competitivo”, como pode ser percebido no discorrer do texto, o termo utilizado pelo conselho europeu foi traduzido como “Diálogo Concorrencial”, porém a fim de evitar possível confusão com a modalidade de licitação “Concorrência” prevista na Lei nº. 8.666/93, o legislador brasileiro escolheu adotar a terminologia “Diálogo Competitivo”, para se referir à nova modalidade.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 DAS LICITAÇÕES

Um das principais alterações realizadas pela Lei 14.133/21, foi no capítulo das licitações, além de revogar duas modalidades de licitações, foi inserida uma nova modalidade, a do Diálogo Competitivo, que será utilizada pela primeira vez no Brasil. Antes de iniciarmos nossa análise é de essencial importância discorrermos acerca do que vem a ser uma licitação e sua relevância.

Nas palavras do estudioso José do Santos Carvalho Filho, 2019, p. 246, licitação se conceitua como:

(..) o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Se trata de uma competição entre propostas, apresentada por interessados, onde o jurado é a Administração, que selecionará a melhor, levando em consideração os melhores atributos e aptidões que atendam a sua necessidade.

Uma pequena, porém, importante alteração se encontra no inciso I, artigo 11, da Lei 14.133/21 que determina como objetivo do processo licitatório, *“assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”*.

Nota-se que a mudança se encontra na palavra “resultado”, assim, a contratação mais vantajosa para a Administração deixa de ser, puramente, a de menor preço e passa a ser a com o melhor resultado.

Outra novidade se encontra no inciso IV, do artigo 11, da mesma lei, que também pontua como objetivo do processo licitatório *“incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”*, ou seja, a partir desse objetivo a licitação deixa de ser simplesmente um contrato e passa a ser uma política de desenvolvimento nacional.

É fundamental ressaltar, nas palavras de Irene Patrícia Nohara, 2021, p.17, que:

A inovação pode assumir variadas formas, não sendo necessário que se invente algo novo, podendo mesmo decorrer da submissão de uma ideia já existente a uma nova forma de realizá-la ou a uma nova

situação. Também se pode associar inovação com tecnologias sustentadas, capazes de fazer um produto ou serviço adquirir melhor desempenho do que aqueles já existente, a partir de um diferencial que agrega valor.

Sendo que a inovação possui previsão constitucional, expressa no artigo 218 da Carta Magna “*O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação*”, sendo tal previsão inserida pela emenda constitucional nº 85/2015.

Ainda, conforme dados publicados recentemente pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), atualmente, as compras públicas consistem em cerca de 12% dos gastos da Administração, o que representa um valor de mais de R\$ 700 bilhões de reais, compras que vão de canetas até a execução de grandes obras e infraestruturas.

Se tratando de um valor tão alto, e de tamanha importância, é fundamental que tais compras sejam realmente necessárias à Administração, atendendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia que são a base do Direito Administrativo e principalmente, os objetivos dos processos licitatórios previstos no artigo 11, da Lei 14.133/21.

2.2 DA ORIGEM

Desde 1996, a União Europeia já apresentava a necessidade de haver uma maior comunicação, ou seja, um maior diálogo entre a Administração Pública e a iniciativa privada, a fim de que ambos se ajudassem a desenvolver técnicas para solucioná-los, antes mesmo de publicar a abertura do processo licitatório. É interessante destacar que tal percepção se deu durante uma época de grande expansão nas redes transeuropeias, que possuem projetos enormes e complexos que demandam alto conhecimento e tecnologia.

Ainda no ano de 1998, a Comissão das Comunidades Europeias expressou a intenção de propor uma alteração nas diretivas vigentes, com a finalidade de incluir uma nova modalidade, que seria utilizada nos casos em que os adjudicantes tivessem determinadas demandas, mas não soubessem como satisfazê-las, modalidade essa que, no futuro, se tornaria o diálogo concorrencial.

Ainda sobre o período antecedente à Diretiva 2004/18/CE é importante mencionar que autores indicam semelhanças entre o diálogo competitivo e o instituto do *appel d'offres sur performances* presente no Código de 2001 da França (Decreto 2001-210, de 7 de março de 2001), que é um dos países com maior histórico de utilização do diálogo competitivo. (OLIVEIRA, 2017, p.7)

Então, em março de 2004, a União Europeia, reuniu seu conjunto normativo por meio da Diretiva 2004/18/CE, com o intuito de revisar, modernizar e conciliar as normas a respeito das contratações públicas, apresentando novidades à matéria.

A Diretiva destacou o desafio de implementar diretrizes aplicáveis a todos os 27 Estados-Membros que permitiriam o aprimoramento dos processos de concessões dos contratos públicos e, assim, atender às deficiências das administrações nacionais, de forma que fosse criada uma maior integração no âmbito do mercado europeu.

A nova legislação planejava dar base à Administração Pública, para adequar o procedimento escolhido ao objeto do contrato e assim obter o maior grau de eficiência possível, como consequência da aplicação do diálogo, além disso, conforme o “considerando”, buscava, entre outros, dar maior celeridade, concorrência, transparência, simplicidade, modernidade e até mesmo uma certa flexibilidade, em casos específicos, ao processo licitatório, sendo tais anseios muito similares ao da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nesse cenário, no artigo 29 da Diretiva, o diálogo concorrencial aparece como um modo de flexibilização do processo licitatório, devendo ser utilizado em casos que abrangem o que eles denominam de contratos “particularmente complexos”, porém tal modalidade só poderia ser utilizada quando o concurso não autorizasse a adjudicação do contrato.

[...] Nesse ponto, é elucidativa a lição de Mark Kirkby, que menciona a adequação do diálogo nos casos em que a entidade adjudicante tem “défices de informação” em relação ao que há no mercado para satisfazer a sua demanda. O caso das PPP's é bem ilustrativo das situações que justificam o recurso ao diálogo, pois nas parcerias entre o público e o privado o Estado quer uma solução, mas a quer com a colaboração do privado, que irá empreender assumindo parcela considerável dos riscos. Com isso, não será difícil a ocasião em que a autoridade adjudicante não terá conhecimento das soluções que o mercado tem para oferecer. (KIRKBY, 2011, p.24, apud OLIVEIRA, 2017, p.12)

Sendo disposto no artigo 1º, item 11, alínea "c", da citada diretiva, que para fim de aplicação da norma, se entende como “particularmente complexos”, um contrato público quando a entidade adjudicante:

- não está objectivamente em condições de definir os meios técnicos, de acordo com o disposto nas alíneas b), c) ou d) do n° 3 do artigo 23º, capazes de responder às suas necessidades ou aos seus objectivos, e/ou

- não está objectivamente em condições de estabelecer a montagem jurídica e/ou financeira de um projecto;

Após a Diretiva 2004/18/CE, diversos países da União Europeia passaram a dotar o diálogo concorrencial em seus ordenamento interno, podendo-se citar entre os principais países a Alemanha de acordo com o Ato Contra as Restrições da Concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), a Itália, por meio de seu Código de Contratos Públicos de 2006 (Codice dei Contratti Pubblici), França, através do Code des Marchés Publics, do Reino Unido, pelo seu Regulamento de Contratos Públicos de 2006 (The Public Contracts Regulation), além de Portugal, Espanha, dentre outros.

Embora a utilização do diálogo concorrencial entre os Estados-membros da União Europeia não tenha transcorrido de forma igualitária, sendo que de 2010 a 2013, em torno de 79% dos casos que se utilizaram do diálogo para sua solução se deram apenas no Reino Unido e na França, ao ser elaborada a Diretiva 2014/24/EU, em 26 de fevereiro de 2014, o Conselho Europeu manteve o Diálogo concorrencial, em seu artigo 30º, e ainda destacou sua importância e utilidade, como pode ser visto no item 42 do “considerando” pertencente a Diretiva 2014/24/EU:

(...) Os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na ótica da contratação pública. **Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores dos contratos, nos últimos anos. Revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados.** (grifo nosso)

Uma alteração importante, presente na Diretiva de 2014, se encontra em seu artigo 26º, Item 4, que determinou hipóteses em que seu uso será obrigatório, vejamos:

Artigo 26º. Item 4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:

a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preenchem um ou mais dos seguintes critérios:

i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,

ii) os produtos ou serviços incluem a concessão ou soluções inovadoras,

iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas,

iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na acessão dos pontos 2 a 5 do Anexo VII;

Essa imposição criada pelo legislador deve ser vista como uma tentativa de incentivar e perpetuar o uso do diálogo concorrencial pelos Estados-Membros. É importante destacar que, de um modo geral, as disposições acerca do Diálogo Concorrencial tratadas nas Diretivas 2004/18/CE e de 2014/24/EU são bastante semelhantes.

Podemos ainda reforçar com as palavras de Rafael Sérgio Lima de Oliveira, 2017, p.9, que:

O diálogo foi previsto na Diretiva de 2014 com mais força que na de 2004, o que é possível perceber na forma como foi regulamentado. É perceptível que o instituto ganha força porque foi previsto agora como um procedimento cuja adoção pelos Estados-Membros é obrigatória. O artigo 26º, item 4, da Diretiva 2014/24/UE, fala que os Estados da União Europeia devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizar o diálogo. Ou seja, o instituto deixa de ser de adoção facultativa, como era na Diretiva de 2004, e passa a ser de previsão obrigatória. Com isso, 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.

Abordando as fases procedimentais do Diálogo Concorrencial europeu, previstas na diretiva mais recente, a de 2014/24/EU, podemos dividi-lo, basicamente, em três etapas:

Primeira fase: Previsto no capítulo III da Diretiva, do artigo 56 ao 66, denominada fase de qualificação, é nessa fase que a Administração efetua a escolha das entidades adjudicatórias. Vale destacar que os critérios para tal seleção, previstos no artigo 58, são bem similares aos previstos na Lei nº 8.666/1993. Se enquadrando nos requisitos, as entidades adjudicatórias, serão apontados como “qualificados” e irão para a próxima fase, sendo que esta fase possui critérios objetivos de avaliação e a Administração ainda pode especificar uma quantidade limitada de candidatos a se qualificar;

Segunda fase: É o período em que ocorre os diálogos entre a Administração Pública e as entidades privadas, de modo que se desenvolva a melhor solução a perfazer as necessidades do Ente Estatal, sendo esse o momento ideal para que a criatividade e a inovação sejam ressaltadas, porém sempre se mantendo a isonomia e o sigilo entre os participantes, podendo ser claramente visto a flexibilidade do procedimento, destaca-se ainda que essa é a única fase que não há um critério objetivo de análise, sendo possível que o licitante se utilize de seu livre convencimento como objeto de escolhas para a próxima fase. Como bem destacado a seguir:

[...] Já no diálogo, a dificuldade da Administração Pública está na fixação do que irá contratar, pois, dada a complexidade – técnica, jurídica ou financeira – da solução apta a atender a sua necessidade, o Estado precisa da colaboração dos operadores econômicos na definição do objeto contratual. A flexibilidade do diálogo, então, está na fase que antecede o julgamento das propostas, isto é, na fase de definição da solução da qual o Poder Público carece. (OLIVEIRA, 2017, p.10)

Terceira fase: é a fase final, o real momento da competição, onde as entidades privadas apresentam suas propostas finais, se utilizando como base os debates e diálogos realizados durante a segunda fase. Após os envios a Administração avaliará as propostas, sob uma ótica objetiva, e escolherá a vencedora com base no critério “qualidade-preço”, conforme expresso na Diretiva 2014/24/EU.

Por fim, insta salientar que o diálogo competitivo, regularmente, é um procedimento demorado, possuindo valores altos, tanto em relação aos custos, quanto ao tempo de realização.

2.2.1 da implementação na Europa

Os países europeus possuem diferentes costumes e tradições, de modo que o diálogo concorrencial possui experiências diversas em cada Estado. Para entendermos a inserção e recepção de um instituto até então desconhecido dentro de uma comunidade com um direito interno consolidado, é fundamental que nós vejamos como a aplicação e o êxito da figura se deu, na prática, em outro Estado, para só então se concluir qual será a sua possível funcionalidade no país importador.

As diretivas europeias definem o diálogo concorrencial como:

Diálogo concorrencial é o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento,

tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta. (PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU, Diretiva 2004/18/CE, Artigo 29)

O Conselho Europeu, a partir da Diretiva 2004/18/CE, determinou em seu texto a obrigatoriedade da implantação do Diálogo Concorrencial, na legislação interna dos Estados-Membros até janeiro de 2006.

Alguns países foram rápidos nessa adoção, como a Alemanha e a França, porém outros passaram por um demorado processo, como por exemplo, Portugal, que adotou a modalidade somente em 2008, dois anos após o término do prazo estipulado pela União Europeia. Como consequência dessa desigualdade nos períodos de adaptação, as experiências de cada país em relação ao instituto são bem diferentes.

Em Portugal, a previsão veio com a promulgação do Código dos Contratos Públicos (CCP), foi adotado como uma modalidade de licitação junto com outras já previstas pelo ordenamento vigente, como o concurso público, ajuste direto, da negociação com publicação prévia de anúncio, entre outros, sendo necessário uma prévia qualificação como procedimentos pré-contratuais, havendo em seu artigo 30, hipóteses de aplicação e ainda disposição vedando a realização de leilão eletrônico nos casos em que ocorra o diálogo concorrencial.

No caso dos contratos serem publicados no Jornal Oficial da União Europeia, os prazos para candidaturas são os mesmos 37 dias previstos na Diretiva, caso contrário, a lei portuguesa prevê que pode haver prazo diverso, desde que não inferior a 9 dias, conforme os artigos 208 e 173 CCP. Determina ainda que as propostas devem ser apresentadas eletronicamente, preferencialmente.

A norma portuguesa também detalha procedimentos que não foram pormenorizados pela diretiva europeia, como por exemplo, relatórios a serem elaborados, prazos para audiências, entre outros, de modo que alguns juristas entendem que Portugal criou uma maior burocratização para o instituto.

Já na França, o diálogo concorrencial vem sendo utilizado em parcerias público-privadas desde 2004. Porém só disciplinado em 2006, também como procedimento licitatório, na forma do Art. 26. Desde a criação do regimento, a França é o país que mais aplicou a figura do diálogo, sendo diversos casos relacionados a construção de modernos hospitais e penitenciárias

Na Espanha, o diálogo competitivo, como lá é chamado, somente foi implementado em 2007, pela *Ley de Contratos del Sector Público*, também se tratando de procedimento licitatório.

O legislador espanhol, apesar de não detalhar o procedimento e aplicação da matéria, determinou expressamente a partir da vigência da nova lei, todos os contratos de parcerias público-privadas seriam realizados por meio do diálogo competitivo.

Em continuidade, o legislador espanhol repetiu diversas deliberações previstas pela Diretiva, como a da possibilidade de restringir o número de participantes do diálogo e ainda a de eliminar, progressivamente, as propostas oferecidas.

Uma característica interessante criada pela legislação espanhola, se trata de uma comissão específica, criada pelo Estado, para acompanhar os diálogos, sendo que essa “mesa especial” deve ser formada por indivíduos que estejam inseridos no assunto a ser tratado no diálogo, conhecedores da matéria.

Nessa mesa, pelo menos um terço dos participantes não podem ter vínculo nenhum direto com a Administração. Além de ser um instrumento de validade, a mesa possui atuação direta nas deliberações, inclusive com participação nos votos.

O Reino Unido teve forte influência na criação do diálogo concorrencial, pois participou ativamente na elaboração da Diretiva 2004/18/CE, sofrendo pressão tanto por parte da iniciativa privada, quanto da pública para que a Diretiva fosse construída o mais próximo possível das leis e práticas britânicas já existentes.

Como nos países citados anteriormente, o diálogo concorrencial é descrito como um procedimento licitatório, também utilizado recorrentemente nos contratos PFI, que são análogos aos nossos contratos de parceria público-privada, não havendo divergências significantes entre o Regulamento britânico e a Diretiva comunitária.

Em busca de realizar um plano de reforma educacional, o Reino Unido se utilizou do diálogo competitivo no projeto governamental *Building Schools for the Future* – BSF. Iniciativa que buscava reformular as escolas britânicas, construindo novas e reformando as já existentes, com o intuito de implantar as mais modernas tecnologias na área da educação.

Como é de se imaginar, se trata de um projeto complexo e que demandou conhecimentos bem específicos acerca de tecnologias e sobre os locais impactados,

visto a necessidade em adequar o projeto à cada localidade. Outro exemplo que se utilizou diversas vezes dessa modalidade de licitação, foram as obras e projetos realizados para as Olimpíadas de 2012, em Londres, onde foram desenvolvidos parques e arenas bastante modernas e tecnológicas para a época.

Enquanto isso na Itália, o Diálogo Concorrencial foi previsto pelo Código de Contratos Públicos desse país. A legislação Italiana não difere em nada o Disposto da Diretiva 2004/18/CE, porém uma curiosidade se encontra no fato de que apesar na norma ter sido editada em 12 de maio de 2006, a novidade legislativa teve sua eficácia suspensa até o dia 1º de fevereiro de 2007, pelo Decreto-lei 173/06, ou seja, o instituto só pode ser utilizado a partir de 2007.

Como outros exemplos a dotarem o Diálogo Concorrencial, temos a Holanda, a Alemanha e a Dinamarca, que não fizeram muito mais do que transcrever as disposições normativas prevista pela Diretiva, seja por leis específicas ou através de aditivos a leis já existentes.

2.2.2 da implementação no Brasil

O Diálogo Competitivo foi importado, da Diretiva 2014/24 da União Europeia, conforme descrito em seu artigo 30º, denominado como *Diálogo Concorrencial*.

Quanto à origem do diálogo competitivo no ordenamento brasileiro, é interessante destacar que, apesar da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ter surgido após diversos projetos de lei e de emendas à lei 8.666/93, em nenhum dos projetos apresentados ao Senado Federal havia a previsão legal do Diálogo Competitivo, nem mesmo no Projeto de Lei nº 559/2013, o projeto principal e mais duradouro que teve enorme contribuição para a nova lei, a modalidade de licitação nem mesmo ao menos foi motivo de discussões antecedentes ao momento de sua inclusão.

O diálogo competitivo só foi inserido em uma das últimas versões do Substitutivo de relatoria do Senador Fernando Bezerra, em 2 de agosto de 2016, inserido ao Projeto de Lei nº 163/1995, após recomendações do governo federal no decurso do recesso parlamentar, ressaltando a enorme inspiração na normativa europeia (OLIVEIRA, 2020).

Posteriormente, foi verificado que tal Substitutivo ao Projeto de Lei nº 163/1995, foi fortemente influenciado pelo Projeto de Lei nº 559/2013, de modo que a Câmara dos Deputados, em 02 de dezembro de 2020 “*determinou a autuação da matéria como Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nº 163, de 1995; e nº 559, de 2013*” (HAAB, 2020, p.32). O que resultou na publicação no Diário Oficial do Senado Federal e na tramitação do Projeto de Lei nº 4.253/2020.

Insta salientar que as únicas modificações realizadas no novo instituto só foram feitas na análise final pelo Poder Executivo Federal, que vetou o inciso III e o inciso XII do §1º, ambos do artigo 32 da atual Lei nº 14.133/2021. Mudanças essas, que foram aclamadas pela doutrina e que serão objeto de análise mais adiante.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), tem entre seus principais objetivos, trazer uma maior transparência, modernidade, dinamicidade, conseqüentemente uma desburocratização e uma interação mais direta e fácil entre o particular e a Administração Pública.

É importante destacar que ainda pelo período de dois anos a Administração manterá tanto a lei 8.666/93, quanto a 14.133/2021 em vigência, de modo que poderá optar pela aplicação de uma, ou outra, consoante o disposto nos artigos 191 e 193 da nova lei.

2.2.3 Da definição

Na Lei nº 14.133/2021, o Diálogo Competitivo encontra sua definição em seu artigo 6º, inciso XLII, como sendo a:

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;

Ante o exposto, é fundamental destacar que “*da mesma forma que o diálogo competitivo era proveniente de aspirações de mudança no cenário europeu, a nova modalidade licitatória, por aqui, traz anseios de uma administração pública mais eficiente e consensual*” (HAAB, 2020, p.35), uma vez que o texto da lei se aproxima muito do texto expresso nas diretivas europeias.

Assim, após ser realizada uma seleção dos candidatos a licitantes, se iniciam os debates pertinentes aos interesses da Administração, que intencionam solucionar e/ou complementar carências da Administração pública em relação a “obras, serviços e compras” essenciais, conforme o disposto em lei, porém que, obrigatoriamente, devem ser objetos e projetos de alta complexidade que demandam conhecimentos técnicos e específicos a uma determinada área que estão além dos domínios de conhecimento da Administração.

Ou seja, o Diálogo Competitivo surgiu a fim de ser aplicado aos casos em que o *“Poder Público sabe de suas necessidades, mas não sabe, diante da variabilidade do mercado, como melhor supri-las.”* (NOHARA, 2021, p.11).

Nos dias contemporâneos, as invenções e avanços tecnológicos se dão de modo rápido e algumas vezes até inesperados, de forma que na maioria das vezes a Administração não se encontra envolvida, ou mesmo informada de tais acontecimentos:

Nem sempre o Poder Público tem conhecimento do estado da arte de tudo que existe no mercado em termos de soluções em prestações de serviços ou mesmo da gama de produtos e técnicas possíveis para uma contratação mais customizada, assim, a ideia da nova modalidade é fugir do padrão imposto pelas modalidades mais rígidas nas licitações com o objetivo de **possibilitar que a Administração Pública estruture uma contratação amoldada a solucionar especificamente um problema seu.** (NOHARA, 2021, p.11) (grifo nosso).

Ante o exposto, nos basta compreender como e quando se utilizar o diálogo competitivo, sempre buscando aproveitar ao máximo as possibilidades e novidades que a modalidade pode apresentar como opções, e ainda se cultivando o consenso e a eficiência entre a relação da Administração e do ente privado.

É importante ainda frisar que, ao ser previsto tal modalidade no ordenamento, estamos diante de uma mudança de postura Estatal, onde não mais se entende como uma figura detentora de todos os conhecimentos, mas sim, de um reconhecimento acerca de suas limitações, nas palavras de Augusto Schreiner Haab, 2020, p. 39:

(...) não estamos mais nos referindo a um “Estado infalível”, que assegura ter consciência de quais são as melhores formas para se obter a solução adequada dos mais distintos problemas, e sim de um Estado que, através do diálogo com o setor privado, o qual, em determinados casos, por trabalhar especificamente com a atividade, possui maior destreza no assunto e, por consequência, está mais apto para propor ideias com o fim de solucionar da melhor maneira a

necessidade posta, levando em consideração as peculiaridades da casuística.

Tal atitude não pode ser considerada um desprestígio à Administração, e sim sendo considerada uma desigualdade de conhecimento natural, que surge a partir de tantos avanços tecnológicos que estão ocorrendo cada vez com maior frequência.

Como já citado anteriormente, o que também impacta nas áreas de estudos e aperfeiçoamento dos profissionais, que necessitam cada vez mais de se qualificarem e demonstrarem conhecimentos de alto nível sobre determinado assunto, sendo completamente incoerente se exigir da Administração que possua expertise em todas as suas áreas de atuação (HAAB, 2020).

Destaca-se ainda que se aplica ao novo procedimento, todos os princípios previstos pelo artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, muitos inseridos durante a alteração legislativa, são eles:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, **da competitividade**, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e **do desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (grifo nosso).

Um princípio que merece ser destacado no assunto em discussão, é o princípio da competitividade ou concorrência, princípio que é essencial ao comércio, empreendedorismo e, neste caso, às contratações públicas e muito destacado nas doutrinas estrangeiras.

O princípio da competitividade é fundamental para gerar estímulos à economia e estabelecer relacionamentos saudáveis entre os entes privados envolvidos e os adjudicantes, ressalta-se ainda que tal princípio possui grande relevância visto o imenso impacto que as compras públicas geram no mercado, o que já foi brevemente abordado no capítulo intitulado “DAS LICITAÇÕES” e se aplica totalmente ao Diálogo Competitivo, pois este instituto, em seu conceito, busca promover a competitividade dos participantes a fim de que a modalidade licitatória induza o setor privado a buscar mais eficiência, excelência, agilidade e melhores preços, com a finalidade de despertar o interesse do Licitador.

Aponto ainda a inserção do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, que, como também destacado no capítulo supramencionado, se caracteriza como um dos objetivos das licitações, se tornando uma política de desenvolvimento nacional.

2.2.4 Da aplicação

Com a inserção do Diálogo Competitivo no ordenamento, nós possuímos, atualmente, cinco modalidades de licitações vigentes, sendo que as hipóteses de aplicação do Diálogo Competitivo possuem previsão expressa na lei nº 14.133/21, mais precisamente em seu artigo 32:

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

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III - (VETADO). (grifo nosso)

Como pode ser extraído da leitura dos artigos acima, entende-se que a ideia do instituto é ser de utilidade restrita, apenas utilizada em contratações que relacionadas à demandas complexas e/ou de soluções indefinidas, em que a Administração desconhece o melhor método para se satisfazer.

Retornando à análise do texto previsto no artigo 32 da Lei nº 14.133/2021, é de fácil percepção de que os seus incisos I e II são muito similares as subalíneas i, ii e iii, da alínea “a”, item 4, presentes no artigo 26 da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, que dispõe:

4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:

- a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços **que preencham um ou mais** dos seguintes critérios:

- i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,
- ii) os produtos ou serviços incluem a concessão ou soluções inovadoras,
- iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas. (grifo nosso)

Nota-se a existência da locução “e” presente na alínea “b”, inciso I, do artigo 32, da lei nº 14.133/21, que implica em uma interpretação cumulativa entre as exigências para se aplicar o Diálogo Competitivo, assim, para o instituto poder ser aplicado em uma contratação, o objeto licitado necessita preencher as imposições condicionadas pelas três alíneas.

Por outro lado, quando observamos a Diretiva Europeia, mais especificamente a alínea “a”, item 4, artigo 26, vemos a utilização do vocábulo “ou”, dando a entender que basta o objeto licitado se enquadrar em uma das subalíneas para que o diálogo concorrencial se aplique.

Passando para o inciso II, se averigua que o legislador buscou destacar quais seriam os meios e possibilidades mais adequadas a solucionar demandas da administração ressaltando os principais aspectos a se considerar, presente em suas alíneas “a”, “b” e “c”, que por sinal, são muito similares a subalínea III, da alínea “a”, do artigo 26 da Diretiva Europeia.

É importante salientar que o *caput* do inciso II, se utilizada do termo “*com destaque para os seguintes aspectos*” dando a entender que tais aspectos não são taxativos, de modo que a administração, contatando outras dificuldades e/ou desafios envolvendo uma contratação que se enquadra no inciso I, poderá se utilizar do diálogo competitivo, porém, tal afirmação só será confirmada quando iniciarmos a utilizar o instituto e assim, vemos como a Administração e a jurisprudência interpretará o dispositivo.

Em suma, podemos estabelecer que a central distinção entre os incisos I e II “*é que naquele a dificuldade se encontra na complexidade do objeto, enquanto neste está na dificuldade de definição e identificação do objeto que tem a capacidade de satisfazer as necessidades da Administração Pública*” (HAAB, 2020, p. 42).

É ainda fundamental destacar que a mesma lei supracitada, em seu artigo 180, promoveu a alteração na Lei nº 11.079, para fazer constar a possibilidade de se utilizar

o Diálogo competitivo, ao lado da modalidade de licitação “concorrência” nas contratações de parceria público-privada, vejamos o texto integral:

Art. 180. O caput do art. 10 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, **passa a vigorar** com a seguinte redação:

“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade **concorrência ou diálogo competitivo**, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:” (NR) (grifo nosso).

Essa previsão também é inspirada na aplicação do diálogo concorrencial na legislação, visto que em sua grande maioria, os Estados europeus determinaram em suas normas internas a obrigatoriedade do uso da modalidade em todas as contratações de parceria público-privada.

Conclui-se que as disposições dos artigos relacionados as possibilidades de aplicação do diálogo competitivo podem resultar em diversas interpretações, relativas ao interesse do administrador, pois possuem termos que podem possuir ser utilizados de forma muito ampla, de modo a banalizar o instituto futuramente.

2.2.5 Do procedimento

Apesar de possuir definição bem similar a do irmão europeu, o instituto brasileiro legislou superficialmente acerca do procedimento a ser seguido, não definindo critérios objetivo acerca do modo de avaliação das propostas.

O procedimento da modalidade em discussão foi previsto como forma complementar às hipóteses de aplicação, de modo que encontra previsão nos parágrafos 1º e 2º do artigo 32 da Lei nº 14.133/2021, sendo que o §1º possui onze incisos, que iremos analisar a seguir:

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I – a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

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;

III – a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

Como pode ser visto, a lei buscou estabelecer um prazo para adesão dos interessados a licitação, um prazo de 25 dias, inferior ao previsto na Europa, sendo que os critérios de pré-seleção obrigatoriamente devem estar previstos em edital.

Constata-se que a doutrina já se manifesta no sentido em que o 1º Enunciado, da I Jornada de Direito Administrativo CJP/2020, que trata acerca do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), também se aplica ao Diálogo Competitivo, vejamos:

A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse, quando concedida mediante restrição ao número de participantes, deve se dar por meio de **seleção imparcial** dos interessados, com **ampla publicidade e critérios objetivos**. (grifo nosso)

Assim, deve-se interpretar que “os critérios”, mencionado no inciso II, do parágrafo em análise devem ser critérios objetivos, pois só dessa maneira será possível garantir uma impessoalidade e a ampla concorrência dos participantes, para que o processo licitatório não se restrinja a pouco escolhidos com base em parâmetro duvidosos. Seguimos com os próximos incisos do §1º, do artigo 32, da Lei nº14.133/2021:

IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

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;

VI – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

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;

Os incisos acima destacam a responsabilidade da Administração em relação ao sigilo das propostas apresentadas, a não ser que o licitante expresse seu consentimento, isso é fundamental para que os participantes se sintam à vontade para compartilhar suas expertises com a Administração, pois muitos empresários costumam esconder seus “truques” de negociações e mercados de seus concorrentes e, usualmente, as empresas que se dispõem a participarem de licitações públicas possuem o mesmo ramo de atuação, logo, são concorrentes de mercado.

Destaco que esse assunto já é bastante discutido no âmbito europeu, em uma pesquisa realizada pelo Her Majesty’s Treasury (HM Treasury), departamento responsável pelo desenvolvimento das finanças e política econômica da Inglaterra,

levantou dados em que 55% dos setores públicos ressaltam que a divulgação das soluções apresentada pelos licitantes, normalmente, influenciam no certame negativamente, muitas vezes causando um direcionamento nas escolhas, o que eles chamam de *cherry picking*, porém os entes afirmam que sempre procuram respeitar o sigilo das propostas.

A mesma pesquisa demonstrou que, comparado a outros procedimentos alternativos, o Diálogo é o que possui o custo mais alto, tanto para o setor público, quanto para o privado, salientou-se ainda o fato de que 86% dos participantes da pesquisa afirmaram que com certeza o Diálogo Concorrencial é muito mais custoso que o procedimento de Negociação.

4.7 It is generally accepted that compared to alternative procurement routes, Competitive Dialogue procurements are more costly to both the public and private sectors. 86% of general survey respondents believe that compared to the Negotiated Procedure, Competitive Dialogue has increased, or significantly increased bid costs, with 55% of contracting authorities of the same opinion. (HM TREASURY, 2010, p. 19)

4.24 Contracting authorities clearly recognise this issue; 55% of public sector respondents to our survey consider bidders to have a considerable or very considerable perception that cherry picking is an active issue. (HM TREASURY, 2010, p. 21)

4.25 On the whole, evidence suggests contracting authorities are respecting the concerns of the private sector and are giving due care to the security of data, ensuring all those involved in the bid process (particularly stakeholders) are aware of their responsibility to maintain confidentiality. (HM TREASURY, 2010, p. 21)

Se tratando do inciso V e próximos, supracitados, podemos abordar o fato de que a Administração somente poderá se utilizar o diálogo competitivo em busca de tentar solucionar um verdadeiro problema, não podendo o fazer por mera conjectura ou pura curiosidade.

No cenário europeu existem dois modos de condução da fase segunda fase, ou seja, a fase dos diálogos, pode-se aplicar uma abordagem consultiva, onde a Administração possui uma solução para o seu impasse, porém não sabe como executá-la, ou uma abordagem investigativa, onde a Administração ainda está em busca de sua solução.

A abordagem consultiva facilita o andamento dos diálogos e a organização e planejamento das propostas, já a investigativa é mais abrangente, de condução mais problemática, pois ainda será debatida a própria solução, além dos meios de alcançá-la, sendo comum, portanto, que demora mais. Esta abordagem investigativa é tanto mais ajustada quanto a Administração detiver menos conhecimento técnico e *know-how*, por isso que se admite a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão. (NOHARA, 2021, p. 23 e 24)

As reuniões onde ocorrerão os diálogos serão gravadas e registradas em atas, sempre lembrando de se manter a confidencialidade do processo. Vejamos agora os incisos restantes:

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;

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

XII – (VETADO).

§ 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 possam configurar conflito de interesses.

A fase de diálogo se encerrará com uma declaração fundamentada da Administração, que abrirá prazo de 60 dias para que os licitantes apresentem seus projetos, sendo que o vencedor será escolhido conforme o critério da vantagem em relação ao resultado, não mais o preço, como definia a legislação antiga.

Em relação a fase competitiva, subsequente a fase de diálogo:

A fase competitiva se iniciará a partir da declaração, pela Administração, que o diálogo foi concluído. Novo edital será divulgado e conterá a especificação da solução que atenda às necessidades do poder público e os critérios objetivos a serem utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa. (MARINELA e SANCHES, 2021, p. 124)

O Diálogo Competitivo será dirigido por dois servidores ou funcionários análogos, sendo a possível a contratação de assessores. A contratação de assessores pela administração pode ser fundamental para que exista um profissional com conhecimento técnico sobre o objeto licitado que defenda os interesse da Administração e constate se as propostas são coerentes com o problema, se é executável e confiável, visto que, como já mencionado, a Administração não possuindo conhecimento acerca do tema, poderia ser ludibriada com falsas soluções.

Por fim, conclui-se que cabe a Administração utilização a flexibilidade prevista no instituto para o bem, buscando suprir as deficiências do poder público, sempre atendendo os interesses da população.

2.3 DOS VETOS

Para que o Projeto de Lei nº 4.253/2020 viesse a se tornar a Lei nº 14.133/2021, ele passou por alguns vetos, sendo dois deles no texto relacionado ao Diálogo Competitivo e que iremos realizar uma breve análise a seguir.

2.3.1 do inciso III, artigo 32 da Lei 14.133/2021

Como ressaltado no decorrer do texto, os dispositivos do artigo 32 da Lei 14.133/2021 são muito similares a legislação estrangeira, o que não ocorria com seu inciso III, vetado pelo poder executivo, tal dispositivo possuía o seguinte texto *“considerare que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas”*, o veto se deu pelo fato de tal previsão fazer referência a uma forma de se analisar as propostas apresentadas, o que foi considerado correspondente à outra modalidade de licitação chamada de “concorrência com negociação”, não se enquadrando ao “diálogo competitivo”.

O veto expôs que, apesar do legislador demonstrar boas intenções “não seria adequado vincular o diálogo competitivo ao modo de disputa para a apreciação adequada das variações entre propostas, tampouco à solução de eventuais deficiências com modos de disputa” (NOHARA, 2021, p. 14).

Ainda nas palavras de Irene Patrícia Nohara, 2021, p. 14:

É óbvio que se for o caso em que outros modos de disputa solucionem e permitam uma apreciação adequada de variações de propostas, não haveria necessidade do diálogo competitivo para isto, mas, realmente, o diálogo competitivo é uma modalidade que apresenta seus escopos e características próprias, não aderente exatamente com a questão dos modos de disputa.

Entende-se que a inserção do inciso III no Projeto de Lei nº 4.253/2020, se deu por um equívoco na interpretação do artigo 26 das Diretivas de 2014/24/EU, pois ele se

trata ao mesmo tempo do diálogo competitivo e do procedimento concorrencial com negociação (HAAB, 2020).

2.3.2 Do inciso XII, parágrafo 1º, artigo 32 da Lei 14.133/2021

O inciso XII, parágrafo 1º, artigo 32 da lei nº 14.133/2021 possuía a seguinte redação *“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.”*

O dispositivo legal demonstra a boa intenção do legislador em buscar garantir que o diálogo competitivo não tenha seu objetivo e utilidade desviados, por outro lado, tal monitoramento poderia coagir os entes públicos e privados a focarem no procedimento legislativo, não se empenhando nos diálogos, barrando a criatividade de inovação e solução nos projetos a serem desenvolvidos. (NOHARA, 2021, p. 22)

Conforme expresso por Augusto Schreiner Haab, 2020, p. 49, acerca das normas relacionadas ao monitoramento externo e confidencialidade, no âmbito do Diálogo Competitivo:

Tais previsões, em que pese se saiba que necessitam ser bem guiadas para que haja sucesso, pois de nada adianta tão somente a previsão legal, são vistas como importantes. A uma, porque são instrumentos aptos a guardarem a lisura do procedimento, analisando, se necessário, o ocorrido nos diálogos. A duas, pois são instrumentos que podem auxiliar a evitar a captura informacional, fenômeno que ocorre quando os agentes econômicos, aproveitando-se do excesso informacional que detêm, fazem com que a Administração Pública, involuntariamente, atue em favor dos interesses privados.

Porém, como expresso no título do atual capítulo, o Poder Executivo, as vésperas da promulgação da lei, mais especificamente no dia 1º de abril de 2021, vetou a dispositivo sob o seguinte argumento:

Razões do veto

“A proposta legislativa dispõe que 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.

Entretanto, e em que pese o mérito da propositura, a medida, ao atribuir aos Tribunais de Contas o controle da legalidade sobre atos internos da Administração dos três poderes da República, extrapola as competências a eles conferidas pelo constituinte, por intermédio do art. 71 da Carta Magna, e também viola o princípio da separação dos

poderes, inscrito no art. 2º da Constituição Federal.” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2021, Mensagem nº 118)

Logo, apesar do legislador ter pensado em proteger o procedimento licitatório de maus usos e evitar desvios de finalidade, estamos diante de uma norma possivelmente inconstitucional.

Aqui existe, sem dúvida, uma questão controvertida. Pelo artigo 74, inciso IV, da Constituição Federal o controle interno dos Poderes deve apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, e não exatamente o contrário, para que não haja interferências indevidas que causem disfunções no controle. Em suas ações estratégicas e inovadoras, acoplar o controle externo além de poder representar uma morosidade a um procedimento que, por sua natureza, já é demorado, ainda pode incentivar a que o controle externo comece a se imiscuir, neste acompanhamento/monitoramento, em decisões próprias de modelagem que seriam discricionárias do Poder Executivo. (NOHARA, 2021, p. 22)

2.4 DAS SEMELHANÇAS COM OUTROS INSTITUTOS

2.4.1 Da contratação integrada (art.9º da Lei nº 12.462/2011)

A Contratação Integrada possui origem na Lei nº 12.462/11 (Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC), uma das leis revogadas pela nova lei de licitações e contratos, conforme o expresso em seu artigo 193. Por bem, a modalidade de contratação integrada foi incorporada a lei 14.133/2021, com algumas alterações em sua definição, porém em sua criação, a contratação integrada possuía hipóteses de aplicação muito similares ao do diálogo competitivo, vejamos a seguir:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Pode-se concluir que a modalidade de contratação cabia em situações em que a Administração deveria se utilizar de novas e/ou desconhecidas tecnologias ou metodologias de execução, parecido com os critérios do diálogo competitivo.

Na época de sua implementação, a contratação integrada gerou boas expectativas nos juristas da época, sendo considerada *“um interessante exemplo de modelagem de licitação de resultado que, se bem planejada, pode servir como instrumento de*

incentivo à geração de inovação no campo das contratações públicas” (SOROMENHO, 2017, p. 142).

Ocorre que na fase procedimental, existem algumas diferenças nítidas entre os dois institutos:

Cabe enfatizar que na contratação integrada é o próprio contratado quem elabora o projeto executivo e também o projeto básico. O edital respectivo tão somente “deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço” (sendo vedada a participação direta ou indireta, na correspondente licitação, da pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o ante projeto de engenharia). (VICENTINO e PAULO, 2019, p. 795)

Enquanto isso, no diálogo competitivo, cabe ao licitante apresentar possíveis soluções e técnicas inovadoras ao problema exposto pela Administração, “ensinado” à administração o que há de novo no mercado e ampliado sua visão para as possíveis saídas, sendo de responsabilidade do ente público, a elaboração de um futuro projeto. Nas palavras de Irene Patrícia Nohara:

A Administração, no diálogo competitivo, não repassa/delega ao particular apresentar a solução, a partir da modelagem que é feita por ele, dado que **ele busca, na fase de diálogo, tomar contato com as soluções, isto é, com o “estado da arte/técnica” existente no mercado de licitantes que participam do certame para ela mesma, de posse de tais informações, modelar uma contratação que atenda melhor às suas necessidades**, chamando, então, os mesmos licitantes que participaram da licitação para, na segunda fase, apresentarem as propostas compatíveis com o que ela desenhou/modelou depois do diálogo. (grifo nosso)

No entanto a nova lei, se limitou a descrever a contratação integrada como:

Art. 46, XXXII, da Lei nº 14.133/21 – contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Assim, considerando as definições dos institutos e a que o diálogo competitivo é uma modalidade de licitação, enquanto a contratação integrada é um regime de execução contratual, podemos concluir que em futuros casos em que ocorra uma licitação por diálogo competitivo que envolva obras e serviços de engenharia, posteriormente, nós podemos executar as soluções encontradas pelo diálogo, por meio da contratação integrada, para se elaborar os projetos básico e executivos relacionados ao objeto da licitação.

Provavelmente ainda iremos nos deparar com situações em que a melhor solução se daria por meio do diálogo competitivo, porém o administrador se utilizou diretamente da contratação integrada e vice e versa, tal confusão pode ser até compreensível, ante a similaridades dos institutos e a confusão de alguns gestores, principalmente quando temos uma figura nova e, até então, desconhecida, porém com o passar do tempo e com o uso prático dos institutos, eles devem ser aperfeiçoados e melhor utilizados. (ZAGO, 2021)

2.4.2 das contratações de inovação (art. 20 da Lei nº 10.973/2004)

A Lei nº 10.973/2004 que “*dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências*”, descreveu, mais precisamente em seu artigo 20, a possibilidade da Administração realizar contratações diretas que envolvam pesquisa, desenvolvimento e inovações tecnológicas. Vejamos:

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

A grande questão a ser debatida seria a utilidade de se importar o diálogo competitivo, vez que já existiria a possibilidade de que a Administração contrate entidades ou empresas para que desenvolvam tecnologias ao seu favor, para isso é importante observarmos que o diálogo competitivo é um instituto muito mais amplo, que apesar de procurar por inovações tecnológicas, essa busca possui uma finalidade específica, possui um problema real e presente a ser solucionado.

Além disso é possível que tenhamos projetos supercomplexos que, não necessariamente demande inovação, mas sim, debate acerca do melhor método para desenvolvê-lo.

Contratações de inovação pelo poder público, de forma bastante simplificada, apresentam dois desafios principais: (i) a dificuldade de adaptar as regras de licitação e contrato às peculiaridades da contratação de uma inovação, e (ii) o risco tecnológico em contratações que envolvem o desenvolvimento de novos produtos e serviços. O diálogo competitivo é capaz de solucionar a primeira dificuldade – a fase de diálogo serve, justamente, para identificar a solução técnica a ser contratada e para modular as condições de fornecimento –, mas

não resolve, por si só, a questão do risco tecnológico e as consequências, para a contratação, da não-obtenção do resultado esperado. (ZAGO, 2021)

Outra grande diferença entre as figuras se encontra no fato do diálogo competitivo ser uma modalidade de licitação, enquanto as contratações de inovação, previstas no artigo 20 da lei nº 10.973/2004, são hipótese de dispensa de licitação conforme o descrito no antigo artigo 24, XXXI, da Lei nº 8.666/93, agora recepcionado pelo artigo 75, V, da Lei nº 14.133/2021:

Há dois pontos que justificam a dispensa. De plano, trata-se da necessidade de fomento à pesquisa e tecnologia, setor dentro do qual deve possibilitar-se a contratação direta em razão das peculiaridades do ajuste. Ademais, **não há interesse econômico direto da contratação**; ao contrário, exige a Lei nº 10.973/2004 que se privilegiem entidades sem fins lucrativos (art.3º), **sobrepondo-se**, por conseguinte, **o aspecto social inspirador** dos mandamentos constitucionais regulamentados. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 275) (grifo nosso)

Ou seja, se tratam de procedimentos com finalidades bem diferentes e que não se confundem.

2.4.3 Da inexigibilidade de licitações (art. 25 da Lei nº 8.666/1993)

As possibilidades em que não haverá necessidade de se exigir a licitação, estão previstas, atualmente, no artigo 74, da lei nº 14.133/2021, com redação muito similar a constatada na antiga lei de licitações e contratos públicos, Vale ressaltar que o rol que elenca as possibilidades de inexigibilidade é simplesmente exemplificativo, o que pode ser concluído com base na interpretação dada a locução “em especial”, que destaca as hipóteses em lei, porém não impossibilita que outras ocorram.

Insta salientar que do mesmo modo que acontece na dispensa, nos casos em que a licitação for inexigível, a decisão deverá ser fundamentada enviada a autoridade superior, que poderá discordar da escolha, ou não, neste caso deverá ser dada publicidade à justificativa acerca da inexigibilidade, para que, somente assim, o ato tenha eficácia (CARVALHO FILHO, 2019).

Para fins de comparação com o diálogo competitivo, temos que o seu inciso III é o mais relevante:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou

empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

Desse modo, conforme o descrito por José dos Santos Carvalho Filho, 2019, p. 284:

Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de *notória especialização*, ou seja, aqueles que desfrutam de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero. Por outro, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato. (grifo do autor)

No inciso supracitado podemos observar a existência de critérios objetivos e restritivos, somente se enquadrando aos serviços *“técnicos e especializados”*, termo que gera semelhança ao instituto do diálogo competitivo, visto que esse busca inovações e soluções de alta complexidade que, por muitas vezes, demandam o auxílio de entes privados que possuam muito conhecimento técnico e especializado sobre o objeto licitado.

A partir disso, nas palavras de Marina Fontão Zago, 2021:

Ocorre que, a partir da previsão do diálogo, muitas situações que, outrora, seriam enquadradas como inexigibilidade, poderão agora ser enquadradas no procedimento de diálogo competitivo. O diálogo abre a possibilidade de a Administração explorar e conhecer soluções técnicas diferentes, que podem igualmente satisfazer a uma necessidade. Possivelmente, o campo de uso da inexigibilidade ficará mais reduzido – e poderá ser, inclusive, mais questionado.

Além do mais, *“é importante ter em vista que as soluções a serem ofertadas à Administração no procedimento de diálogo competitivo terão cada qual sua especificidade, sendo, em alguma medida, únicas”* (ZAGO, 2021), assim, o

administrador deverá ser mais sábio e cauteloso ao determinar o modo de contratação de acordo com o caso concreto.

2.4.4 Do procedimento de manifestação de interesse (Decreto nº 8.428/2015)

Enfim chegamos ao instituto que mais tem sido comparado ao diálogo competitivo, o que muitos juristas vêm utilizando de modo a questionar a necessidade e utilidade de se inserir uma essa nova modalidade de licitação ao nosso ordenamento.

O procedimento de manifestação de interesse (PMI), possui previsão legal, há algum tempo, em diversas legislações esparsas, como por exemplo, no artigo 18, da lei nº 13.019/2014, assim como no §4º, do artigo 31, da lei nº 13.303/2016, entre outras, porém recentemente fomos presenteados com o decreto nº 8.428/2015, que aborda especificamente acerca do PMI, procedimento que foi abarcado em uma seção própria na nova lei de licitações e contratos (Lei nº 14.133/2021) em seu artigo 81, a seguir:

Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

Logo, estamos diante de um instituto que, assim como no diálogo competitivo, a Administração requer à iniciativa privada que desenvolva e apresente métodos e soluções inovadoras, a fim de sanar uma necessidade do Ente Público, ou seja, a respeito do diálogo competitivo, Irene Patrícia Nohara, 2021, p.11, destaca:

Nesta Perspectiva, trata-se de instituto que se assemelha, no objetivo, ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), o qual foi previsto na lei como *procedimento auxiliar*, pois busca provocar o mercado a compartilhar de sua *expertise* para que o Poder Público, a partir desse compartilhamento de informações, tenha condições de engendrar contratações mais ajustadas às suas necessidades. (grifo da autora)

A principal diferença entre as figuras se encontra no fato do diálogo competitivo ser uma licitação, enquanto o procedimento de manifestação de interesse é auxiliar à licitação, ou seja, não necessariamente será aberta uma licitação acerca do objeto debatido no PMI, não existindo uma garantia de que os participantes irão receber financeiramente pelos serviços prestados e pelo conhecimento compartilhado, sobre o assunto Augusto Schreiner Haab, 2020, p. 36:

Com efeito, o procedimento de manifestação de interesse se trata de instrumento capaz de auxiliar o Poder Público, em etapa anterior ao procedimento licitatório, “destinado a divulgar o interesse da Administração em colher informações adicionais para a consolidação de ideias em torno do projeto que se deseja implantar”. Após a colheita de tais informações e a escolha do vencedor do procedimento, fica a Administração Pública livre para decidir se realizará o certame, não havendo qualquer garantia ou obrigatoriedade de sua realização, tratando-se, pois, de uma verdadeira sondagem do ente público ao setor privado.

Do mesmo modo, Marina Fontão Zago, 2021:

No PMI, particulares apresentam estudos que poderão vir a fundamentar uma futura licitação. Assim, o PMI possibilita o diálogo entre Administração e o setor privado na fase dos estudos – etapa prévia, que envolve a fase preparatória da licitação. Previsto na nova Lei como um procedimento auxiliar (art. 82), o PMI não se configura, pois, como um procedimento de contratação em si (tal como o diálogo), inexistindo qualquer garantia de que o objeto dos estudos realizados pelos privados será, efetivamente, licitado pela Administração.

Deste modo, no diálogo competitivo, os participantes estão mais dispostos em compartilhar seus conhecimentos e truques empresariais, pois há uma perspectiva de que seja o escolhido em uma futura licitação, visto que o Ente Público, uma vez instaurado o Diálogo, fica obrigado a divulgar o edital para o certame, em outras palavras:

No diálogo competitivo os participantes já são players, isto é, já são licitantes integrados em uma situação de competição, com possibilidade, na segunda etapa, do certame, ainda de lograrem vencer e conseguir, portanto, a almejada contratação (NOHARA, 2021, p. 12).

A manutenção do procedimento de manifestação de interesse no ordenamento e a sua inserção e ampliação na nova lei de licitações e contratos, demonstram mais uma vez o interesse da Administração em se comunicar e compartilhar conhecimentos e experiências com a iniciativa privada.

2.5 DO DESVIO DE FINALIDADE

Conforme o descrito no decorrer do presente trabalho, a nova lei de licitações e contratos, Lei nº 14.133/2021, buscou diminuir a burocratização e aumentar a flexibilização nos procedimentos realizados pela Administração, ao mesmo tempo que reforma a transparência e publicidades dos atos do Ente Público.

No procedimento do diálogo competitivo não foi diferente, a lei estabeleceu uma maior flexibilização, principalmente durante a fase dos diálogos e também em relação aos

critérios a serem utilizados, por outro lado estabeleceu a necessidade de se registrar as reuniões através de mídias de áudio e/ou vídeo, que deverão constar nos autos do processo licitatório e ainda de se estabelecer os critérios avaliativos no edital do certame.

Outro “sistema de segurança” a ser considerado, são os próprios participantes do certame, que, com o espírito competitivo inspirado, irão de certa forma vigiar uns aos outros e não deverão tolerar que determinados licitantes tenham vantagens sobre eles. Neste momento, é relevante citar um dos crimes contra as licitações, expresso na nova lei, em que o legislador buscou evitar condutas lesivas à Administração e participação de licitantes sem reais propostas de solução:

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Sendo nítida o propósito do legislador em prevenir fraudes na modalidade, assim como em todas as disposições previstas pela nova lei. Nas palavras de Augusto Schreider Haab, 2020, p. 54:

Entretanto, mais do que demonstrar que o diálogo competitivo, mesmo sendo uma modalidade que concede flexibilidade inexistente até então nas licitações, traz mecanismos aptos no auxílio da diminuição de desvios informais em sua utilização, reconhece-se na estudada modalidade licitatória a presença dos quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto nos apresenta com a lição de que as ações administrativas do Estado pós-moderno não podem mais ser pautadas apenas na validade, eficácia e existência, devendo ser fundamentadas, também, em outros quatro paradigmas, quais sejam, a legitimidade, a finalidade, a eficiência e o resultado.

Por outro lado, nós precisamos considerar a realidade do país, que atualmente, se encontra na 94ª colocação no *ranking* do *Transparency International*, que aferi o nível de corrupção de 180 países, deste modo, o Brasil pode ser considerado um país altamente corrupto, ficando ao lado de países como Sérvia, Sri Lanka, Peru, Etiópia, Tanzânia, Cazaquistão e Suriname, com apenas 38 postos na escala, que vai até 100, sendo que quanto maior a pontuação, menos corrupto o país é considerado.

A partir dessa premissa, é de se considerar que flexibilizar institutos que envolvam o gasto de dinheiro público não se faz muito coerente, diariamente, em especial nos

últimos anos, estamos sendo bombardeados com notícias sobre “facilidades” que os Administradores, concederam a empresas, em troca de favores e dinheiro para proveito pessoal.

Muitas vezes justificando as negociações e vantagens com contratos de compras e serviços para o Poder Público ou até mesmo favorecendo determinadas empresas durante os procedimentos de licitação. Podemos citar a modo de exemplo prático, os casos de corrupção envolvendo a construtora Odebrecht e mais recente, as compras superfaturadas de vacinas contra a Covid-19.

Podemos considerar então, que os “sistemas de segurança” citados anteriormente são suficientes para impedir que o Administrador desvie a finalidade dos institutos em proveito próprio? A resposta é claramente, não, apesar da preocupação do legislador em blindar o dispositivo, até mesmo através de uma norma inconstitucional (inciso XII, §1º, do artigo 32, da Lei nº 14.133/2021), conforme o destacado no capítulo “DOS VETOS”, caso a intenção do Administrador seja a de desviar a finalidade das figuras previstas em lei, isso será feito e possivelmente mais fácil no caso do Diálogo Competitivo, justamente pela flexibilização dos critérios de avaliação de, não possuem previsão expressa em lei e pela confidencialidade dos diálogos.

Insta salientar que mesmo a antiga lei de licitações, nº 8.666/93, buscava coibir atos dúbios da Administração, com previsão expressa de diversos princípios constitucionais e determinações que asseguravam a publicidade dos procedimentos, o que nunca impediu as práticas de corrupção, conseqüentemente, esses atos sucessivos e contínuos veiculados pela mídia televisiva, acarretou uma forte descredibilidade dos Entes Públicos frente aos cidadãos, que somente através de diversas políticas públicas e de progresso nacional poderá ser restabelecido, o que ainda demorará anos para ocorrer.

Muito embora não se desconheçam as diversas peculiaridades socioculturais brasileiras, as críticas doutrinárias e, até mesmo, o fato de a modalidade licitatória ora estudada ter reconhecidamente mais sucesso em países com históricos de contratação pública bem distintas do nosso, procura-se demonstrar o diálogo competitivo como uma forma concreta de melhoria nas nossas licitações. Via de consequência, como um progresso na relação público-privada. (HAAB, 2020, p. 52)

Outro importante ponto a ser ressaltado é a publicidade dos atos públicos, o que vemos na prática não é uma publicidade real, pois a grande maioria da população não tem acesso aos meios de divulgação oficiais do governo, o que a torna praticamente

impossível, muito se dá devido ao fato da grande maioria da população não serem alcançados pela internet, além de não serem informadas sobre a importância da informação e ainda não serem incentivadas a despertarem o interesse, de modo geral o povo é a todo momento desmotivado a se interessar sobre qualquer assunto ligado a política e ao governo, proliferando aquela velha frase popular “*sobre religião, futebol e política, não se discute*”. Ainda sobre o tema:

Sabe-se que o controle e a visibilidade absoluta dos diálogos público-privados é utópica, porquanto uma parcela de informalidade comunicacional sempre existirá. Da mesma forma, no entanto, entende-se que não se pode perder de vista o fato de os diálogos e a interação serem inerentes à administração pública, ou seja, eles ocorrerão, querendo, ou não, o Direito. Logo, o que pode e deve ser feito concretamente é buscar maximizar a demonstração do que ocorreu, isto é, conceder transparência ao procedimento. (HAAB, 2020, p.52)

Assim, nós não devemos culpar o diálogo competitivo ou qualquer outro instituto pela sua ineficiência ou má aplicação, o sucesso ou fracasso da modalidade se dará conforme sua aplicação, sendo que:

O diálogo competitivo, se bem conduzido, tende a melhor instruir a Administração na compreensão das alternativas e dos riscos envolvidos na contratação pretendida (...) tendem a agregar maior consistência, estabilidade e segurança jurídica nas contratações públicas. (RODRIGUES e ZAGO, 2019).

Assim, tudo vai depender da habilidade e do interesse do administrador em fazer bom, e correto, proveito dessa nova modalidade de licitação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova lei de licitações e contratos administrativos veio para suprir expectativas de melhora na burocracia e na segurança dos contratos administrativos e assim, modernizando a legislação pátria, as licitações e os contratos possuem uma grande importância e impacto nacional, devido ao grande impacto financeiro que possuem nas contas públicas. O Diálogo Competitivo foi importado diretamente de uma legislação vigente na União Europeia, a Diretiva 2014/24/EU, ou seja, de países com uma cultura e desenvolvimento muito diverso da nossa realidade.

O diálogo possui similaridade com outros institutos vigentes no ordenamento, porém eles não se confundem, o diálogo competitivo é muito mais amplo, é uma modalidade de licitação e busca trazer conhecimento para a Administração para se solucionar casos de alta complexidade e em que sejam necessárias inovações tecnológicas.

A flexibilidade atribuída a modalidade é uma inovação que busca facilitar e melhorar a resolução de problemas da Administração assim como a comunicação entre o Poder Público e os entes privados, incentivando a participação dos licitantes e estimulando a movimentação do mercado.

Como já mencionado, a Administração não possui domínio de todas as áreas de conhecimento, o que seria praticamente impossível, assim, ela utiliza o diálogo competitivo com a finalidade de suprir o seu desconhecimento, ao mesmo tempo em que expressa e debate com a iniciativa privada as melhores soluções para o objeto da licitação. Porém como, em qualquer outra modalidade, está sujeito à boa fé do aplicador da norma.

Podemos afirmar então que, como já evidenciado na introdução do presente trabalho, nós precisamos de uma mudança educacional e cultural, para que todos os institutos e legislações de todas as áreas de atuação do Direito, alcancem sua finalidade, o ordenamento brasileiro possui diversas e ótimas leis, mas que encontram problemas na hora de serem realmente utilizadas em casos práticos, as normas positivadas existem e foram criadas com a boa intenção de uso, com um fim específico, cabendo ao aplicador da lei, cumprir com os objetivos estabelecidos, sem desviá-los.

Insta salientar que a mudança de mentalidade pela Administração, se abrindo para maiores e melhores trocas de informações com os entes privados, é muito importante

para que o Diálogo Competitivo não entre em desuso, assim como ocorreu com a modalidade de licitação Convite. Porém, conclui-se que a real utilidade do Diálogo Competitivo só poderá ser observada com o passar do tempo, sendo que sua aplicabilidade se dará conforme o interesse e motivação da Administração, por ser uma inovação e pouco se saber sobre ele, poderá gerar algum tipo de insegurança e confusão na hora de sua aplicação, o que, a depender, poderá ainda resultar no desuso do instituto, no seu desvio de finalidade ou ainda em seu sucesso e, conseqüentemente, em um avanço nacional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**: descomplicado. 26. ed. São Paulo: Método, 2019. 1198 p.

BOGOSSIAN, Andre Martins. **O diálogo concorrencial**. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-dialogo-concorrencial/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Cadernos Brasil na OCDE: compras públicas**. Compras Públicas. 2021. Disponível em: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/47061/S2100424_pt.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta O Art. 37, Inciso XXI, da Constituição Federal, Institui Normas Para Licitações e Contratos da Administração Pública e Dá Outras Providências**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. **Dispõe Sobre Incentivos À Inovação e À Pesquisa Científica e Tecnológica no Ambiente Produtivo e Dá Outras Providências**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. **Institui O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 15 nov. 2021

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 1352 p.

ESTORNINHO, Maria João (Coord.). **A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código de Contratos Públicos**. Lisboa: ICJP, 2016, p. 59

FACULDADE CATÓLICA SALESIANA DO ESPÍRITO SANTO. **Guia de elaboração e normalização de trabalhos acadêmicos e de pesquisa**. 4. ed. Vitória: FCSES, 2013.

HAAB, Augusto Schreiner. **O diálogo competitivo previsto no Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação), p. 16. Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Curso de Direito. Porto Alegre, RS, 2020. Disponível em:

<http://biblioteca.fmp.edu.br/pergamum/vinculos/000001/0000010f.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

HMTREASURY, **HM Treasury Review od Competitive Dialogue**. p. 19 e 21.

Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachm ent_data/file/225318/03_ppp_competitive_dialogue.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

KIRKBY, Mark. O Diálogo Concorrencial. In: GONÇALVES, Pedro (Org.) **Estudos de Contratação Pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora: 2008, p. 275- 326.

MARINELA, Fernanda; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Licitações e Contratos Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2021. 876 p.

MORENO, Maís. **O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse**.

ConJur, [s.n.], 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/pmi-procedimento-manifestacao-interesse>. Acesso em: 10 nov. 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Diálogo Competitivo: possibilidade de avanço ou mais uma modalidade a cair em desuso?. In: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny (org.). **Temas controversos da nova lei de licitações e contratos**. São Paulo: Juspodivm, 2021. Cap. 1. p. 9-28.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas LTDA, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **As Diretivas Europeias da Contratação Pública no Cenário Internacional: o caso do Diálogo Concorrencial**. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; PORTELA, Irene Maria; VEIGA, Fábio da Silva. Paradigmas do Direito Constitucional Atual. Barcelos: IPCA, 2017. PDF.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro**. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 03 nov. 2021.

PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Estrasburgo: [s.n.], 31 de março de 2004, Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0018-20160101&from=IT>. Acesso em: 12 nov. 2021.

PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 2014/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Estrasburgo: [s.n.] 26 de fevereiro de 2014, Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>. Acesso em: 12 nov. 2021.

PASQUINO, Gianfranco. **Corrupção**. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 5ª. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1993. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norb erto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RAGANELLI, Biancamaria. Il Dialogo Competitivo dalla Direttiva 2004/18/CE al Codice dei Contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato. In: **Rivista Italiana de Diritto Pubblico Comunitario**. Nº 1/2009. Roma: Giuffrè Editore, 2009, p. 136. No mesmo sentido: ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. Op. cit., p. 29.

SOROMENHO, Adriano Silva. **Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades**. Brasília: UNICEUB, 2017. p.142.

TOURINHO, Rita. **A Evolução do Processo Licitatório no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Expectativas na Tramitação do Projeto de Lei Nº 599/2013**. 50 Anos 72 Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 65, p. 147-163, 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/102165/Book_RMP_65.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX**. 2020. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/about>. Acesso em: 16 nov. 2021.

ZAGO, Marina Fontão. **Diálogo competitivo: diferenças e semelhanças com outros institutos**. diferenças e semelhanças com outros institutos. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/dialogo-competitivo-diferencas-e-semelhancas-com-outros-institutos-06062021>. Acesso em: 14 nov. 2021.