



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O diálogo competitivo e os desafios para sua plena eficácia

The competitive dialogue and the challenges to its full effectiveness

Flávio Garcia Cabral; Liana Antero de Melo

Resumo: O artigo trata do diálogo competitivo e os entraves para sua aplicação após dois anos de vigência da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA). Sua importância reside na necessidade de se obter um maior conhecimento do inovador instituto trazido pela NLLCA, inspirado no direito europeu e introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como resultado de transformações ocorridas no Direito Administrativo. O presente trabalho tem por objetivo identificar obstáculos para a utilização da nova modalidade licitatória e a forma de contorná-los. Conclui-se que a falta de regulamentação não é o único fator que desestimula a utilização do diálogo competitivo pela Administração Pública, havendo outros relevantes impasses, como o próprio caráter inovador da modalidade e a possibilidade de maior ingerência de órgãos de controle nas decisões adotadas pelos gestores públicos.

Palavras-chave: Estado cooperativo; Licitação; Diálogo competitivo; Lei nº 14.133/2021; Regulamentação; Órgãos de controle.

Abstract: This paper analyzes the competitive dialogue and the obstacles to the application of Law nº 14.133/2021, the New Law of Public Procurement and Administrative Contracts (NLLCA), after two years of its publication. Its importance lies in the need to gain greater knowledge of the innovative institute brought by the NLLCA, inspired by European law and introduced into the Brazilian legal system as a result of changes in Administrative Law. This work aims to identify obstacles to the use of this new public procurement form and how to get around them. It was noted that the lack of regulation is not the only factor that discourages the use of competitive dialogue by the public sector, with other relevant obstacles, such as the innovative character of the modality itself and the possibility of greater interference by control institutions in the decisions adopted by the public managers.

Keywords: Cooperative State; Procurement; Competitive Dialogue; Law nº 14.133/2021; Regulation; Control institutions.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10n1p348-367>.

O DIÁLOGO COMPETITIVO E OS DESAFIOS PARA SUA PLENA EFICÁCIA

Flávio Garcia CABRAL; Liana Antero de MELO***

Sumário: Introdução; 1. Contratações Públicas: uma aproximação com o setor privado; 1.1. Reflexos da aproximação da Administração Pública com o setor privado nas contratações públicas; 2. Diálogo Competitivo; 2.1. Origem; 2.2. Tratamento no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 14.133/2021; 3. Dificuldades para utilização efetiva da modalidade pela Administração Pública; 3.1. Possíveis soluções; 4. Conclusão; Referências.

Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLCCA (Lei nº 14.133/2021), com inspiração sobretudo no direito europeu, promoveu grande inovação no campo das contratações públicas, ao prever modalidade de licitação, denominada diálogo competitivo, na qual 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 apresentarem proposta final após o encerramento dos diálogos.

Referida modalidade mostra-se de relevante importância notadamente para contratos que demandam objetos mais complexos, para os quais a Administração, por vezes, não detém a expertise para definir os elementos para que sua necessidade seja concretizada.

Apesar de sua importância, o diálogo competitivo, em dois anos de vigência da NLCCA, ainda não começou a ser utilizado. Por essa razão, o objetivo desse trabalho é identificar quais os obstáculos iniciais para a utilização do diálogo competitivo e de que forma eles podem ser enfrentados.

Parte-se da hipótese de que não apenas a ausência de regulamentação dificulta a utilização do instituto, mas também outros fatores servem de obstáculos a sua plena utilização, a exemplo do temor de sanções dos órgãos de controle (TCU, TCEs etc.) e a ausência de estímulo à participação.

Nessa perspectiva, o presente trabalho analisará a referida modalidade. Para tanto, primeiro abordar-se-á, de forma sucinta, as transformações no campo das

**Pós-doutor pela PUCPR. Especialista e Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UNIRIO. Procurador da Fazenda Nacional.*

***Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Advogada da União.*

contratações públicas que levaram ao desenvolvimento de institutos que permitem uma maior participação dos particulares.

Em seguida, tratar-se-á da origem do diálogo competitivo, assim como o tratamento conferido ao instituto pela legislação brasileira e as principais diferenças do direito europeu.

Ato contínuo, serão apontados fatores que dificultam a utilização da nova modalidade licitatória, assim como possíveis soluções, abordando quais delas seriam possíveis no âmbito infralegal e quais demandariam alteração legislativa, a fim de que seja conferida maior efetividade e eficiência às contratações públicas mais complexas.

Cumprido esclarecer que a presente pesquisa adota a abordagem do tipo dedutiva, a partir do levantamento da literatura, com busca em bases de dados virtuais, a fim de que seja analisado o atual panorama de tratamento da matéria. Assim, possui natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica em relação aos meios.

1. Contratações públicas: uma aproximação com o setor privado

Diferentemente da esfera privada, na qual o particular escolhe livremente com quem estabelecerá relações jurídicas, a Administração Pública, em respeito à princípios constitucionalmente consagrados, necessita, regra geral, realizar um processo licitatório para a escolha daqueles com que irá celebrar contratos, conforme art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr, licitação “[...] é o processo administrativo condicional à celebração de contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública expõe a sua intenção de firmá-lo, esperando que, com isso, terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas” (2022, p. 31).

Aponta o autor justamente a diferença entre as contratações públicas e as privadas, uma vez que a licitação é uma “limitação à atuação da Administração Pública, impondo-lhe rigores mais estreitos do que aqueles a que se sujeitam os particulares, porque ela precisa tratar todos os interessados no contrato com igualdade” (NIEBUHR, 2022, p. 31).

Consiste a licitação, portanto, em um processo público destinado à escolha, entre os diversos interessados, do particular que apresenta a proposta mais vantajosa para atender às necessidades da Administração.

Essa sistemática visa a dar concretude a princípios republicanos, como os princípios da impessoalidade e eficiência, não por acaso também positivados no art. 37 da Constituição Federal, mesmo dispositivo que prevê o prévio processo licitatório às contratações públicas, assim como o princípio da isonomia.

Nota-se dessa conceituação que o processo de licitação possui, desde seu nascedouro, uma característica eminentemente unilateral, uma vez que a Administração levanta suas necessidades e estabelece todas as condições e requisitos para satisfazê-las, cabendo aos particulares, na fase competitiva do certame, apenas apresentar a proposta de acordo com os critérios previamente definidos pelo ente público.

Isso se dá pela própria origem do Direito Administrativo, que tem uma feição autoritária. Consoante Flávio Garcia Cabral e Leandro Sarai (2022, p. 37), parte da doutrina administrativista aponta que o surgimento do Direito Administrativo não decorreu, como se costuma pensar, da necessidade de limitar a atuação dos detentores do poder, mas, em verdade, para legitimar condutas estatais arbitrárias.

Especificamente a respeito do Direito Administrativo brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello elucida que “a prática administrativa e a própria interpretação doutrinária ou jurisprudencial refletem uma concepção ainda autoritária do Estado e do Direito Administrativo” (2023, p. 50).

Decorre dessa feição autoritária a ideia de que o Estado, em sua atuação, sempre primaria pelo interesse público e, portanto, estariam justificadas eventuais atuações arbitrárias da Administração Pública.

Assim, colocava-se o Estado em conflito com o particular e, justamente por isso, a regulamentação clássica das licitações e contratos não trazia espaços para um diálogo com os entes privados.

Esse modelo tradicional, contudo, mostra-se inadequado em face do princípio democrático, que demanda uma maior interação entre a sociedade civil e o Estado no que toca às decisões administrativas.

Soma-se a isso, ainda, o fato de que, com a evolução da sociedade, aumentou o abismo – ou o tornou mais evidente – de conhecimento e informações detidos pelos entes públicos quando comparado aos entes privados, razão pela qual a completa separação entre as esferas pública e privada passou a se mostrar inadequada.

Por essa razão, fala-se na necessidade de o Estado moderno assumir uma nova posição diante da esfera privada, de característica colaborativa. Trata-se do Estado cooperativo, o qual

[...] deve dispor de instrumentos que o permitam agir de forma harmoniosa e negocial com os particulares. Deve igualmente dispor de instrumentos que assegurem a sua posição de império, cabendo ao ordenamento jurídico indicar esses instrumentos e as diferentes situações em que cada um deles se mostre mais adequado à realização dos direitos fundamentais (FURTADO, 2016, p. 34-35).

Essa inadequação igualmente foi sentida no campo das contratações públicas, pois o processo licitatório clássico, no qual a Administração Pública estabelece previamente os critérios e condições para celebração de contratos, com a participação dos particulares tão somente quando da apresentação de propostas, se mostrou insuficiente para satisfação de necessidades públicas de maior complexidade.

Destarte, essa nova posição assumida pelo Estado e que levou a uma mudança na concepção do Direito Administrativo possui também repercussões no campo das licitações e contratos administrativos, conforme se analisará a seguir.

1.1. Reflexos da aproximação da Administração Pública com o setor privado nas contratações públicas

Nesse contexto e diante da insuficiência do antigo marco legal das contratações públicas (Lei nº 8.666/1993) para viabilizar uma maior interação entre os setores público e privado, alterações na legislação específica instituíram instrumentos capazes de promover esse diálogo, sobretudo no âmbito de contratações que envolvem objetos mais complexos ou inovadores.

Com a promulgação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, foi inserida no ordenamento jurídico pátrio previsão que dava margem à regulamentação de uma maior colaboração do setor privado no âmbito das contratações públicas.

A partir dessa autorização legal, no âmbito federal, editou-se o Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006, posteriormente revogado pelo Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015, instituindo-se o denominado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), o qual:

[...] apresenta-se como mecanismo de atuação estatal mais flexível, por meio da qual a Administração Pública poderá manter diálogos com pessoas da iniciativa privada a respeito da definição de importantes projetos públicos e da melhor forma de se concretizá-los. As relações e entendimentos mantidos se darão por meio formal, sendo consumadas pelos agentes autorizados a integrar o procedimento, os quais poderão levar as suas contribuições a conhecimento público e a participar ativamente em suas diversas etapas (LIMA, 2015, p. 19).

Trata-se, portanto, de procedimento formal que permite contribuições da iniciativa privada na construção de soluções para atendimento de necessidade públicas mais complexas, sem perder de vista o respeito a princípios constitucionalmente consagrados, a exemplo da isonomia e da transparência.

Inicialmente restrito aos processos de concessões de serviço público e de desestatização, a sua aplicabilidade foi ampliada para a generalidade dos procedimentos licitatórios, independentemente do objeto envolvido, a partir de sua previsão como instrumento auxiliar das licitações e contratações na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Outro instrumento que decorre desse processo de maior interação entre os setores público e privado é a encomenda tecnológica, que se trata de um contrato administrativo específico previsto na Lei de Inovação (Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004) e regulamentado pelo Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018.

Hipótese de licitação dispensável (art. 20, §4º, da Lei nº 10.973/2004), a celebração do contrato de encomenda tecnológica é precedida de diálogo com os potenciais interessados para definição de seu objeto, assim como para obtenção de condições mais vantajosas (art. 27, §§ 4º e 8º, do Decreto nº 9.283/2018).

Em 2021, com a promulgação do Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021), foi inserido no ordenamento jurídico pátrio nova modalidade licitatória destinada à contratação de soluções inovadoras. Sua peculiaridade consiste no fato de que o mercado é chamado a apresentar soluções inovadoras ao problema descrito pela Administração. Nota-se, portanto, previsão legislativa que aproxima os setores público e privado na persecução do interesse público.

Na esteira desse movimento, a NLLCA trouxe instrumentos que viabilizam essa maior interação entre os setores público e privado, a exemplo do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Ao lado de conferir maior transparência e publicidade às contratações públicas, o PNCP funciona como importante ferramenta de controle social para a qualidade das compras públicas, além também de permitir, ainda que de forma indireta, uma maior participação de outros atores no planejamento da contratação.

Outrossim, o intuito da NLLCA de promover um maior interesse do setor privado em relação às contratações públicas também é extraído da previsão de elaboração do plano de contratações anual, que, dentre outros objetivos, serve para sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade (art. 5º, inciso V, do Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022).

Ao lado desses instrumentos, a Lei nº 14.133/2021 instituiu nova modalidade licitatória, denominada diálogo competitivo, cuja própria essência está marcada pela colaboração entre as esferas pública e privada.

Com efeito, no diálogo competitivo a iniciativa privada é chamada, de forma ampla e transparente, a participar da construção do objeto pertinente e adequado para atender às necessidades públicas, afastando-se completamente da ideia licitação tradicional na qual todos os elementos do contrato são previamente definidos pela Administração.

Por ser objeto do presente trabalho, o instituto será tratado de forma mais específica no capítulo a seguir.

2. Diálogo Competitivo

O conceito de diálogo competitivo é previsto no art. 6º, inciso XLII, da Lei nº 14.133/2021:

diálogo competitivo: 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.

Verifica-se que a modalidade tem cabimento nos casos em que a Administração, embora tenha clara uma necessidade pública a ser atendida, não sabe qual a melhor solução para satisfazê-la, surgindo a necessidade de dialogar com o setor privado para, então, encontrá-la.

Inverte-se, portanto, a lógica das modalidades tradicionais de licitação, nas quais a Administração já tem delineada a solução necessária para satisfação do interesse público, chamando os interessados apenas para apresentar sua proposta conforme os termos já definidos pelo ente público, sem espaço para adaptações.

Por essa razão, tem-se que o diálogo competitivo não se destina à contratação de qualquer objeto pela Administração Pública, aplicando-se aos projetos de maior complexidade, nos quais a melhor solução deve ser especificamente pensada para o caso concreto.

2.1. Origem

O diálogo competitivo foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio a partir de inspiração no direito europeu, tendo a Comissão Europeia, já no final do século XX, percebido a importância de tornar o processo de contratação pública mais flexível.

Apesar disso, foi somente com a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que um novo processo de adjudicação foi inserido na União Europeia. Denominado de diálogo concorrencial, destinava-se especificamente aos contratos particularmente complexos (art. 29).

Referida norma não obrigava a incorporação do inovador procedimento adjudicatório pelos Estados-membros, situação alterada com a edição da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, atual marco jurídico dos contratos públicos da União Europeia.

De acordo com o parágrafo 4 do art. 26 da Diretiva 2014/24/UE, os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial.

Outra alteração promovida pela diretiva atual foi em relação à definição das hipóteses de cabimento do diálogo concorrencial. Enquanto a norma anterior indicava a sua aplicabilidade a contratos complexos, atualmente há indicação legal das situações em que o procedimento poderá ser utilizado (alínea a, parágrafo 4, do art. 26).

Conforme o art. 30 da Diretiva 2014/24/EU, o diálogo concorrencial é dividido em três fases, “a) a qualificação; b) o diálogo; c) e a apresentação e julgamento das propostas (fase competitiva)” (OLIVEIRA, 2021, p. 18).

É precisamente na segunda fase que essa modalidade se diferencia do procedimento licitatório tradicional. Dela participam todos os candidatos qualificados na etapa anterior, salvo no caso de a autoridade adjudicante ter fixado número máximo de participantes na segunda etapa, e o objetivo é que da conversa entre os participantes e o ente público sejam apresentadas soluções, de forma individual, para satisfação das necessidades que ensejaram a instauração do procedimento.

O diálogo se encerra quando a autoridade adjudicante encontra a(s) solução(ões) apta(s) a satisfazer suas necessidades, ocasião na qual os participantes são chamados a apresentar suas propostas com base nessa(s) solução(ões). Entre as propostas apresentadas, será adjudicada a que se mostre mais vantajosa economicamente, isto é, que apresente a melhor relação qualidade/preço.

Ademais, a Diretiva 2014/24/EU confere à autoridade adjudicante a possibilidade de prever incentivos para participação no procedimento, ao permitir o pagamento de prêmios ou pagamentos aos participantes do diálogo.

Após aproximadamente duas décadas de inserção dessa modalidade no ordenamento jurídico europeu, é possível verificar que muitos países fazem uso dela de forma recorrente, conforme se constata de pesquisa realizada no Diário Oficial da União Europeia.

2.2. *Tratamento no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 14.133/2021*

Já no direito brasileiro, o instituto recebeu o nome de diálogo competitivo e tem seu disciplinamento no art. 32 da Lei nº 14.133/2021. Também no direito brasileiro é

possível dividir o procedimento em três etapas: (a) fase pré-seleção; (b) fase do diálogo; e (c) fase competitiva.

A escolha pela utilização do diálogo competitivo ocorre antes da fase de pré-seleção, quando do planejamento da contratação. Os incisos I e II do caput do art. 32 da NLLC elencam as hipóteses em que a modalidade poderá ser utilizada.

Referidas hipóteses consistem tanto em certames visando à celebração de contratos cujo objeto envolva inovação tecnológica ou técnica que não seja passível de ser obtida a partir de adaptações do que já existe no mercado e cujas especificações técnicas não possam ser definidas com precisão pela Administração (inciso I), quanto de contratos destinados a necessidades para as quais a Administração não consiga identificar ou definir os meios e alternativas, do ponto de vista técnico, financeiro ou jurídico, para satisfazê-las (inciso II).

Sobre essas hipóteses, entende-se que o inciso II prevê situações autônomas que possibilitam, cada uma delas, a utilização do diálogo competitivo. Já em relação ao inciso I há discussões a respeito da necessidade de cumulação das situações descritas em suas alíneas. Adota-se no presente trabalho o entendimento de que a utilização do inciso I pressupõe a satisfação dos requisitos previstos em todas as suas alíneas, uma vez que a redação legal fez uso do conector de adição “e”.

Eleito o diálogo competitivo como modalidade licitatória para o caso concreto, a Administração deverá publicar edital indicando suas necessidades e exigências já definidas, sendo a condução do certame realizada por uma comissão formada por, pelo menos, três servidores efetivos ou empregados públicos.

Observado o prazo mínimo de vinte e cinco dias úteis para manifestação de participação na licitação, será feita a pré-seleção dos licitantes de acordo com os critérios de seleção objetivamente estabelecidos no edital.

Concluída a pré-seleção, terá início a fase de diálogo, consistente em reuniões entre a Administração e os licitantes pré-selecionados, as quais serão registradas em atas e gravadas. Essa etapa poderá ser subdividida em etapas sucessivas e somente será concluída quando a Administração indicar, em decisão fundamentada, ter identificado a(s) solução(ões) que atenda(m) suas necessidades.

As especificações da solução encontrada, assim como os critérios objetivos a serem utilizados para a seleção da proposta, serão objeto do edital que dará início à fase competitiva do certame.

Nessa etapa, os licitantes pré-selecionados terão prazo não inferior a sessenta dias úteis para apresentação de suas propostas, as quais poderão ser objeto de solicitação de esclarecimentos ou ajustes pela Administração. O desfecho do certame ocorre com a eleição, pela Administração, da proposta vencedora.

No âmbito federal, a escolha da proposta pode ocorrer mediante a aplicação do critério de julgamento menor preço ou maior desconto, assim como do critério de maior retorno econômico, de acordo com o que se entender como o mais adequado à solução encontrada pela Administração na fase do diálogo.

Apesar das semelhanças, o diálogo competitivo brasileiro possui diferenças em relação ao procedimento estabelecido no âmbito do direito europeu.

Primeiramente, a Lei nº 14.133/2021 não contém previsão expressa sobre a possibilidade de limitação do quantitativo de licitantes pré-selecionados para a fase do diálogo propriamente dita.

Ainda sobre o ponto, ao contrário do que ocorre no direito europeu, que relaciona a fase de pré-seleção à habilitação dos candidatos, a legislação brasileira não especifica critérios a serem considerados para escolha dos licitantes aptos a participarem da fase do diálogo.

Outra perceptível distinção diz respeito à ausência de previsão, na Lei nº 14.133/2021, de possibilidade de remuneração ou concessão de prêmio aos participantes do diálogo, pelo fato somente de terem se sujeitado a participar do procedimento.

Essas diferenças, assim como outras peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, podem ser tidas como óbices para escolha da modalidade pelos gestores públicos, conforme se analisará no capítulo a seguir.

3. Dificuldades para utilização efetiva da modalidade pela Administração Pública

As dificuldades para utilização do diálogo competitivo podem ser divididas em dois grupos: a) as decorrentes do panorama cultural e sistêmico da Administração Pública brasileira; e b) as decorrentes de peculiaridades procedimentais do modelo adotado no ordenamento jurídico pátrio.

Em relação ao primeiro grupo, podem ser apontados os seguintes problemas: caráter inovador do instrumento; ausência de conhecimento técnico dos servidores e empregados públicos para definição dos elementos adequados para o andamento do diálogo competitivo; elevada discricionariedade na escolha do procedimento e, como consequência, maior incidência de atuação dos órgãos de controle.

Sobre o caráter inovador do instituto, é preciso apontar que, ao menos no âmbito da Administração Pública federal, a NLLCA, de maneira geral, não trouxe grandes inovações, pois incorporou muito de normas infralegais já existentes, ademais de positivar posições já consolidadas do Tribunal de Contas da União, bem como reproduzir normas constantes das legislações pretéritas.

Com efeito, a etapa preparatória, que confere maior foco ao planejamento da contratação, pode ser de difícil adaptação aos demais entes federativos, mas para os órgãos federais esse procedimento já constava de sua rotina, ao menos para a contratação de serviços, por força da Instrução Normativa nº 05/2017.

Dessa forma, ao menos sob a perspectiva da Administração Pública federal, o diálogo competitivo foi uma das reais inovações trazidas pela NLLCA, o que, por si só, já consiste em fator de dificuldade para sua aplicação.

Por outro lado, o estudo e a análise de procedimentos estrangeiros que utilizaram a modalidade poderia auxiliar na operacionalização do instituto em âmbito nacional. A medida, contudo, também é um obstáculo, uma vez que o acesso a procedimentos de países europeus é tarefa extremamente árdua.

Ademais, apesar de o diálogo competitivo se destinar a permitir contratações nos casos justamente em que a Administração Pública não consegue indicar as especificações técnicas do objeto apto a atender suas necessidades ou mesmo identificar os meios e alternativas para sua satisfação, a utilização da modalidade exige um mínimo de conhecimento técnico para que seja possível ao setor privado identificar os anseios do órgão público.

Com efeito, no primeiro edital a ser lançado, destinado à pré-seleção dos licitantes, a Administração já precisa ter definidas as suas exigências, assim como os critérios destinados à seleção dos aptos a participarem da fase do diálogo.

Ocorre que, considerando a ausência de quadro técnico adequado, bem como o desconhecimento do mercado – nem sequer se conhece a solução necessária –, a definição desses elementos pode ser fator desestimulante à utilização do diálogo competitivo, que pressupõe um mínimo de conhecimento do gestor – ou de sua equipe – a respeito dos aspectos técnicos que envolvem a possível solução para a satisfação de suas necessidades.

Nesse panorama, aponta Guilherme Reisdorfer (2022, p. 94) que a Administração somente pode utilizar a modalidade se efetivamente souber fazer o diálogo, isto é, se tiver condições de extrair contribuições efetivas dos participantes, de processar as informações obtidas, de definir a extensão dos diálogos e, por fim, de definir qual a solução adequada para suas necessidades.

Todavia, ter pessoal capacitado e em quantidade suficiente para que o procedimento licitatório não atrapalhe o andamento de outras atividades administrativas importantes é uma realidade distante para a maioria dos órgãos públicos brasileiros.

Ao lado desse obstáculo, as hipóteses de incidência da modalidade são descritas de forma genérica e aberta na NLLCA, o que confere uma ampla discricionariedade ao gestor. Não poderia ser de outra forma, uma vez que a utilização do diálogo

competitivo envolve situações complexas impossíveis de serem previamente delimitadas pelo legislador.

No entanto, essa discricionariedade pode ser fator de desestímulo à utilização do diálogo competitivo, pois pressupõe que a escolha seja objeto de minuciosa justificativa e análise a respeito da inaplicabilidade de modalidades licitatórias tradicionais.

Com efeito, conforme aponta Rafael Sergio Lima de Oliveira (2021, p. 59), a legislação brasileira, no que toca às contratações públicas, é tão detalhista na descrição dos procedimentos, que sobra pouco espaço para o exercício da discricionariedade nos procedimentos licitatórios.

Ademais, a discricionariedade própria da modalidade amplia a possibilidade de atuação dos órgãos de controle, já que há uma maior margem para discussão acerca da adequação dos atos administrativos necessários à escolha e à condução do certame.

Especificamente em relação à possibilidade de uma maior ingerência dos órgãos de controle, tem-se que essa situação dificulta uma melhor atuação dos gestores em prol da concretização do interesse público, pois, antes de se pensar em soluções que efetivamente resolverão problemas, pondera-se se as medidas necessárias à sua efetivação não elevarão o risco de responsabilização pessoal desses administradores.

Já em relação ao segundo grupo de dificuldades, isto é, as decorrentes de peculiaridades procedimentais, podem ser pontuados a onerosidade e tempo necessário para condução do certame, assim como a ausência de instrumentos que motivem a participação de fornecedores.

A onerosidade envolve os custos necessários para que a Administração possua o aparato tecnológico necessário para conferir a transparência necessária ao procedimento, com a gravação dos diálogos empreendidos, bem como o custo para os participantes, que precisam alocar mão de obra especializada para promover os estudos e análises necessários para apresentar a solução satisfatória.

Quanto ao tempo destinado à conclusão e contratação da solução encontrada, este também pode ser um fator desestimulante, uma vez que a manutenção de diálogos pode ocorrer por diversos meses. Ademais, a legislação brasileira, ao contrário do que ocorreu no direito europeu, não trouxe previsão a respeito da limitação de quantidade de participantes na fase do diálogo e/ou na fase competitiva, o que pode agravar ainda mais a questão temporal.

Ainda sob a perspectiva da onerosidade, cabe destacar que a NLLCA não contempla previsão indicando a possibilidade de remuneração de participantes do diálogo

competitivo que atuem de forma diligente e contributiva para que a Administração encontre a solução adequada.

3.1. *Possíveis soluções*

Embora os problemas sejam diversos, entende-se que a inserção do diálogo competitivo no ordenamento jurídico brasileiro foi um grande avanço, que permitirá a adoção de soluções mais condizentes com as necessidades da Administração Pública. Por essa razão, devem ser buscados caminhos que viabilizem a efetiva aplicação da modalidade pelos entes públicos.

Em relação à dificuldade decorrente do caráter inovador do diálogo competitivo, o recurso à experiência estrangeira pode auxiliar na sua operacionalização no Brasil. Esse auxílio, contudo, possui limites, uma vez que há especificidades no direito brasileiro que impedem a transposição integral das experiências tidas em outros ordenamentos jurídicos.

De qualquer forma, o intercâmbio de informações com autoridades adjudicantes de países que fazem uso do diálogo competitivo, assim como a análise de procedimentos exitosos, dentro dos limites existentes, conferirão maior familiaridade dos gestores brasileiros com a inovadora modalidade licitatória.

No que tange à ausência de conhecimento técnico dos servidores e empregados públicos para definição dos elementos adequados para o andamento do diálogo competitivo, entende-se que a situação pode ser contornada com a realização constante de treinamentos e cursos para os servidores, a fim de que possam trocar experiências e aprimorar sua atuação nesse procedimento adjudicatório.

Sobre o ponto, inclusive, a NLLCA confere importante papel aos tribunais de contas, na medida em que obriga que esses órgãos, por meio de suas escolas de contas, promovam eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da lei.

Além disso, para que a Administração consiga descrever suas necessidades e definir as exigências da contratação já no início do procedimento, pode se utilizar de mecanismos dialógicos já na fase de planejamento da contratação, como a audiência pública prevista no art. 21 da NLLCA ou mesmo o procedimento de manifestação de interesse (art. 81).

A utilização desses instrumentos, além de auxiliar no aspecto técnico do procedimento, igualmente pode ajudar o gestor em relação à justificativa para escolha do procedimento, diminuindo o espectro de atuação dos órgãos de controle sobre suas decisões.

Isso porque, a utilização de instrumentos dialógicos já na fase do planejamento da contratação permitirá um maior entendimento do mercado do qual possivelmente

se extrairá a solução para atendimento das necessidades públicas e, portanto, auxiliará o gestor no enquadramento da situação nas hipóteses do art. 32 da NLLCA.

Todas essas medidas podem ser adotadas independentemente de previsão normativa, pois já decorrem de instrumentos que existem no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, um aspecto que daria maior segurança jurídica aos gestores na utilização da modalidade é a existência de regulamentação, mediante a edição de decreto, delineando certos aspectos procedimentais, inclusive relacionados ao planejamento da licitação na modalidade diálogo competitivo, que deverão ser adotados de forma isonômica por todos os órgãos.

Destaque-se que o art. 32 da NLLCA é norma autoaplicável, sendo desnecessária a edição de regulamento específico para que a Administração Pública comece a se utilizar da modalidade.

Ocorre que, como dito acima, a edição de regulamento facilitaria a utilização do diálogo competitivo, pois poderia veicular diretrizes para a edição dos editais, assim como para a realização do diálogo, estabelecimento de critérios para a pré-seleção, tirando o ônus da definição de todos esses detalhes pelo gestor no bojo do instrumento convocatório e, por consequência, delimitando a ingerência dos órgãos de controle sobre o procedimento. A edição de regulamento, portanto, embora desnecessária para a eficácia jurídica do diálogo competitivo, conferiria uma maior eficácia social à norma.

Em relação ao longo tempo necessário para a condução do certame, tem-se que o regramento do direito europeu elegeu uma solução para esse fator, ao prever, no art. 30, parágrafo 1, da Diretiva 2014/24/EU, que a autoridade adjudicante pode limitar o número de participantes na fase do diálogo.

Dessa forma, ainda que um potencial fornecedor satisfizesse os critérios de pré-seleção, poderia ficar de fora se não estivesse classificado dentro do número de participantes definido pela autoridade adjudicante.

A justificativa para essa regra de caráter restritivo reside no fato de que “um elevado número de participantes poderá exaurir a capacidade do ente público de processar informações, a ponto de prolongar de forma excessiva o tempo necessário de diálogo” (REISDOFER, 2022, p. 110).

Nesse contexto, entende-se que a existência dessa faculdade ao gestor, que poderia optar por sua adoção no caso concreto ou não, a depender de suas peculiaridades, seria positiva em termos de atratividade da modalidade.

Ocorre, contudo, que dado o seu caráter restritivo, o estabelecimento dessa limitação somente poderia se dar por lei, já que o regulamento se destina à

concretização da isonomia e segurança jurídica no âmbito da execução das leis, sendo restrito seu caráter inovador.

Com efeito, “apesar de haver sempre algum grau de inovação a ser trazido pelos regulamentos, não podem inovar primariamente, criando de maneira inédita proibições e obrigações que não estejam previstas em lei ou ao menos permitidas por suas normas” (CABRAL; SARAI, 2022, p. 331).

Enquanto não sobrevém a necessária alteração legislativa que permita a restrição do número de participantes na fase do diálogo, a Administração deve, ainda com mais atenção, definir com a cautela e o rigor necessários os requisitos de pré-seleção, a fim de que o diálogo seja realizado efetivamente com candidatos aptos e interessados.

Outra etapa que poderia haver restrição de participantes seria na fase competitiva. A rigor, a NLLCA já prevê uma regra que reduz o número de participantes nessa fase, pois somente poderão oferecer propostas aqueles que já foram pré-selecionados, não havendo ampla participação de potenciais fornecedores alheios ao início do certame.

Há quem advogue, contudo, a possibilidade de haver regra regulamentar ou mesmo editalícia excluindo da fase competitiva os participantes que quedaram inertes na fase do diálogo.

Entende-se, pelos mesmos motivos da inviabilidade de restrição de participação na fase do diálogo, que uma vedação genérica à participação na fase competitiva também somente poderia ser veiculada por lei.

Isso não afasta, contudo, a estipulação em regulamento ou até no edital que inaugura a fase de pré-seleção de critérios de exclusão (faltar reuniões sem justificativa, descumprir prazos etc.), a serem observados pelos participantes na fase de diálogo, com o intuito de incentivar a sua participação e evitar a existência de meros espectadores aguardando apenas o momento de formulação de propostas.

Já a questão da onerosidade do certame pode ser vista sob duas perspectivas, a da Administração, que precisará de recursos humanos e tecnológicos para a condução dos diálogos, e a dos fornecedores, que alocarão mão de obra para a construção da solução a ser apresentada na fase do diálogo.

Em relação à Administração, não há muita margem para que haja uma efetiva redução dos custos, pois a legislação obriga a gravação das reuniões com os licitantes durante a fase do diálogo, a qual durará até que seja identificada a solução apropriada.

Apesar disso, os custos podem ser reduzidos a partir da definição de regras claras que orientem um desenvolvimento objetivo do diálogo, racionalizando o tempo

dispendido nessa fase. Essas regras procedimentais, destituídas de caráter restritivo, poderiam ser instituídas por regulamento.

Quanto aos fornecedores, verifica-se que os custos inerentes à participação no procedimento podem servir como um desestímulo à participação, até porque não há garantia alguma de que, ainda que se apresente a solução adequada, haverá uma futura contratação.

Ao contrário da NLLCA, a Diretiva 2014/24/EU prevê mecanismo para contornar essa situação, ao conferir à autoridade adjudicante a permissão para estipular pagamento aos participantes do diálogo.

Diferentemente das hipóteses de inovação restritiva, entende-se que o ato normativo destinado a regulamentar a modalidade poderá prever essa possibilidade, uma vez que essa previsão não afronta os princípios licitatórios. Pelo contrário, entende-se que se trata de uma forma de dar concretude aos princípios da eficiência e da competitividade.

No que tange à competitividade, o incentivo financeiro permite que fornecedores de diferentes tamanhos e condições possam participar do certame, o que leva, conseqüentemente, a uma maior probabilidade de que a licitação atingirá os objetivos previstos, razão pela qual também se está promovendo a eficiência a partir dessa possibilidade.

Apesar dessas dificuldades e do apontamento de possíveis soluções para tornar o diálogo competitivo mais atrativo, apenas quando do início da utilização do diálogo competitivo pela Administração Pública brasileira outros ajustes poderão ser discutidos, pois somente com a experiência prática outros problemas e, por consequência, as respectivas soluções serão ventiladas.

4. Conclusão

Verifica-se que o caráter inovador da NLLCA, ao internalizar no ordenamento jurídico pátrio modalidade licitatória de inspiração no direito europeu, encontra limites para sua plena efetividade, uma vez que o diálogo competitivo ainda não começou a ser utilizado mesmo após dois anos de sua vigência.

Como visto, além da ausência de regulamentação, outros fatores podem ser apontados como obstáculos à utilização plena do instituto, a exemplo de seu desconhecimento, do temor de sanções dos órgãos de controle (TCU, TCEs etc.) e da ausência de estímulo à participação.

Parte dessas dificuldades pode ser minimizada com a edição de regulamento, que conferirá maior segurança jurídica para a atuação dos gestores, assim como poderá trazer melhorias procedimentais, como a previsão de critérios de exclusão para a fase competitiva, bem como de pagamento pela participação no diálogo.

Assim, entende-se que, a partir da edição do regulamento, a utilização do instituto encontrará menos resistência e, então, a partir da prática será possível apontar outras melhorias que deixarão o diálogo competitivo mais atrativo, possibilitando uma maior efetividade e eficiência às contratações públicas mais complexas.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/02/2023.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11/02/2023.
- BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 11/02/2023.
- BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 14/02/2023.
- BRASIL. Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5977.htm. Acesso em: 12/02/2023.
- BRASIL. Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm. Acesso em: 12/02/2023.
- BRASIL. Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9283.htm. Acesso em: 14/02/2023.
- BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 13/02/2023.
- BRASIL. Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm. Acesso em: 22/02/2023.
- BRASIL. Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10947.htm. Acesso em: 23/02/2023.

- BRASIL. Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-73-de-30-de-setembro-de-2022>. Acesso em: 24/02/2023.
- CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Mizuno, 2022.
- COUTINHO, Debora de Oliveira; e FERNANDES, Andre Dias. A nova Lei de Licitações, as encomendas tecnológicas e o diálogo competitivo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 3, p. 61-78, dez. 2021.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado Democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da Administração Pública Democrática. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 146-167, jul./dez. 2016.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- EUROPA. COM/98/0143 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0143&from=PT>. Acesso em: 16/02/2023.
- EUROPA. Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018&qid=1676569349333>. Acesso em: 16/02/2023.
- EUROPA. Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024&qid=1676569138621>. Acesso em: 16/02/2023.
- FRANÇA, M. C. L.; ARAÚJO DE MENDONÇA BRAGA, M. E.; MELO DE CARVALHO, K.; CABRAL NOGUEIRA LIMA, A.; SARMENTO SILVA, R. Dificuldades dos municípios na institucionalização da Nova Lei de Licitações e Contratos. *Concilium*, v. 22, n. 6, p. 431-452, 2022. Disponível em: <https://clium.org/index.php/edicoes/article/view/548>. Acesso em: 13/03/2023.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1145>. Acesso em: 14 fev. 2023.
- FURTADO, Monique Rocha; VIEIRA, James Batista. Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de

- Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/13/portal-nacional-de-contratacoes-publicas-uma-nova-logica-juridica-gerencial-e-economica-para-a-lei-de-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22/02/2023.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – Nova Lei 14.133/2021*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- LIMA, Mário Márcio Saadi. O Procedimento de Manifestação de Interesse à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro: Coleção Fórum Direito e Infraestrutura. V. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1328>. Acesso em: 15/02/2023.
- MARS, Sylvia de; CRAVEN, Richard. Use of Competitive Dialogue in the European Union: an Analysis from the Official Journal. 2010. Disponível em: <https://www.piano.nl/sites/default/files/documents/documents/useofcompetitiveintheeuropeanunionananalysisfromtheofficialjournal.pdf>. Acesso em: 29/03/2023.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1250>. Acesso em: 13/02/2023.
- OLIVEIRA, Rafael Sergio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. E-book.
- PAULA, Luiza Valgas de. *O diálogo competitivo no Brasil [manuscrito]: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal*. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2022. 196 p.
- PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratação de soluções inovadoras para atendimento de demandas administrativas: caminhos à luz do ordenamento jurídico vigente. In: PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana (Org.). *Inteligência e Inovação em Contratação Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 17-40. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4127/4721/37356>. Acesso em: 14 /02/2023.
- REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos: risco, medo e fuga da responsabilização*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020. 368 p.

WONDIMU P.A.; LOHNE J.; and LÆDRE O. Motives for the Use of Competitive Dialogue. In: WALSH, K.; SACKS, R.; BRILAKIS, I. (Org.). *LC3 2017 Volume II* – Proceedings of the 25th Annual Conference of the International Group for Lean Construction (IGLC). Heraklion, Greece, 2017. p. 53–60. Disponível em: <https://iglcstorage.blob.core.windows.net/papers/iglc-d23cf673-a9f7-4ffb-b40b-b44eba2a6763.pdf>. Acesso em: 22/02/2023.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; SARAI, Leandro. A legalidade de prazo de impugnação do edital previsto no Decreto nº 10.024, de 2019. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, ano 24, n. 82, p. 157-171, out./ dez. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/42017/92877>. Acesso em: 27/03/2023.