



MARCOS FAGUNDES KAZANOWSKI

**DIÁLOGO COMPETITIVO E A SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

CANOAS, 2024

MARCOS FAGUNDES KAZANOWSKI

**DIÁLOGO COMPETITIVO E A SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão
apresentado ao Curso de
Direito da Universidade La Salle
– Unilasalle, como exigência
parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Dr. José Alberto Antunes de Miranda

CANOAS, 2024

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar e compreender a modalidade de licitação denominada Diálogo Competitivo, está que chegou através da Lei 14.133/2021, trazendo consigo dúvidas referentes a sua aplicação, funcionamento e necessidade nas contratações Públicas. Diante disto, entender i) onde surgiu esta modalidade; ii) como ela é utilizada em outros países; iii) compreender os motivos do porquê é tão utilizada em alguns países e outros não; iv) identificar oportunidades de utilização em solo brasileiro; v) apresentar possíveis desafios de aplicação comparando com países do exterior. Para realização deste trabalho foi realizada uma análise da legislação e da literatura nacional e internacional referente ao tema. Após esta análise minuciosa, percebeu-se que o aspecto cultural de cada país é de extrema relevância para utilização de tal modalidade, pois exige demasiada transparência e confiança na administração pública. Levando em consideração o histórico do Brasil em corrupções que envolvam contratos públicos, é de se esperar que esta modalidade seja pouco empregada em nosso País. Por fim, vale destacar que até o presente momento apenas um município em todo o país se propôs a realizar uma licitação que utilize esta modalidade, mas esta só terá início após a entrega deste documento.

Palavras-chaves: Diálogo competitivo, modalidade de licitação, compras públicas, contratos administrativos.

ABSTRACT

The objective of this article is to present and understand the bidding modality called Competitive Dialogue, which arrived through Law 14,133/2021, bringing with it doubts regarding its application, functioning and necessity in Public procurement. In view of this, understand i) where this modality emerged; ii) how it is used in other countries; iii) understand the reasons why it is so used in some countries and not others; iv) identify opportunities for use on Brazilian soil; v) present possible application challenges compared to countries abroad. To carry out this work, an analysis of legislation and national and international literature relating to the topic was carried out. After this thorough analysis, it was realized that the cultural aspect of each country is extremely important for using this modality, as it requires too much transparency and trust in public administration. Taking into account Brazil's history of corruption involving public contracts, it is to be expected that this modality is rarely used in our country. Finally, it is worth highlighting that to date only one municipality in the entire country has proposed to carry out a bidding using this modality, but it will only begin after delivery of this document.

Keywords: Competitive dialogue, bidding modality, public procurement, administrative contracts.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	6
2. DIÁLOGO COMPETITIVO	7
3. DIALOGO CONCORRENCIAL NA FRANÇA	9
4. DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL	11
4.1. 1º FASE – FASE DE QUALIFICAÇÃO:	12
4.2. 2º FASE – FASE DO DIÁLOGO:	13
4.3. 3º FASE – FASE COMPETITIVA:	15
5. DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO COMPARADO	15
6. PRINCIPAIS PROBLEMAS E SOLUÇÕES UTILIZANDO O DIÁLOGO COMPETITIVO	18
7. CONCLUSÃO.....	20
REFERÊNCIAS	22

1. Introdução

Este artigo refere-se a uma modalidade de licitação denominada diálogo competitivo, esta modalidade chegou em território nacional no ano de 2021 trazendo consigo diversas dúvidas e desafios, pois é nova no ordenamento jurídico brasileiro e só possui material prático em países onde a cultura é distinta da brasileira. Para compreendermos os possíveis desafios e sua aplicação, este artigo foi dividido em 3 (três) partes.

Na primeira é apresentada a nova modalidade de licitação no ordenamento jurídico brasileiro, nessa primeira parte é apresentada sua origem em solo estrangeiro, sua recepção em solo nacional, também é apresentada o seu emprego em solo estrangeiro.

Na segunda parte é apresentada de forma detalhada a sua utilização em solo Frances, país responsável por empregar o maior número de licitações com esta modalidade, também é realizada uma pesquisa comparativa dos principais pontos da lei em solo estrangeiro e em solo nacional, assim como suas principais características abordadas por estudiosos da área, por fim foi apresentada a forma que esta modalidade será aplicada de acordo com as normas previstas na Lei 14.133/2021.

Na última parte foi realizada uma análise das hipóteses de uso, assim como, dos potenciais desafios apresentados pela modalidade, sendo eles, pessoal, financeiro, técnico e cultural. Após toda a análise literária, foi concluído que ainda é muito cedo para determinar se esta modalidade será de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro ou ficará inutilizada como é em alguns países da União Europeia.

A metodologia empregada para a elaboração deste trabalho foi de natureza descritiva e comparativa. A técnica utilizada foi pesquisa bibliográfica, documental, literária, legislativa e diversos artigos científicos.

2. Diálogo competitivo

Os entes públicos agem em prol da população, muita das vezes, estes órgãos não possuem os equipamentos ou mão de obra qualificada para que tal função seja realizada com sucesso, por este e entre outros motivos, existem as licitações, que são onde o ente público demonstra interesse em realizar tal serviço, onde empresas e pessoas físicas (quando o edital permitir) se candidatam para a realização deste serviço. Os mecanismos que os entes públicos possuem para realização destes feitos são as licitações que possuem algumas modalidades, são elas: Pregão, concorrência, concurso, leilão e **diálogo competitivo**.

O diálogo competitivo, surgiu para facilitar o processo licitatório, pois trouxe consigo maior flexibilização, pois permite que a administração pública discuta livremente com os licitantes, adaptando os termos contratuais conforme as necessidades específicas do projeto; além da flexibilização esta modalidade trouxe o estímulo à inovação, pois permite um diálogo aberto e colaborativo, onde as licitantes possuem total liberdade de apresentar soluções inovadoras ao órgão público; e por último, trouxe mais eficiência, pois permite a agilização do processo de contratação, por ter uma interação mais dinâmica entre a administração pública e os licitantes.

No direito, o diálogo competitivo surgiu através da Diretiva¹2004/18/CE do PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de março de 2004, mais precisamente no seu artigo 29º, identificada como **Diálogo Concorrencial**, onde trouxe as hipóteses de quando poderá ser aplicado. A diretiva 2004/18/CE foi revogada após 10 anos de vigência, dando espaço para à Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, cujo principal objetivo era modernizar a Diretiva 2004/18/CE, a fim de aumentar a eficiência das despesas públicas, dos contratos públicos a fim de atingir os objetivos sociais comuns. A maior diferença entre as diretivas é que na diretiva 2004/24/UE foi estabelecida as situações específicas para a utilização deste mecanismo, a anterior previa de maneira genérica.

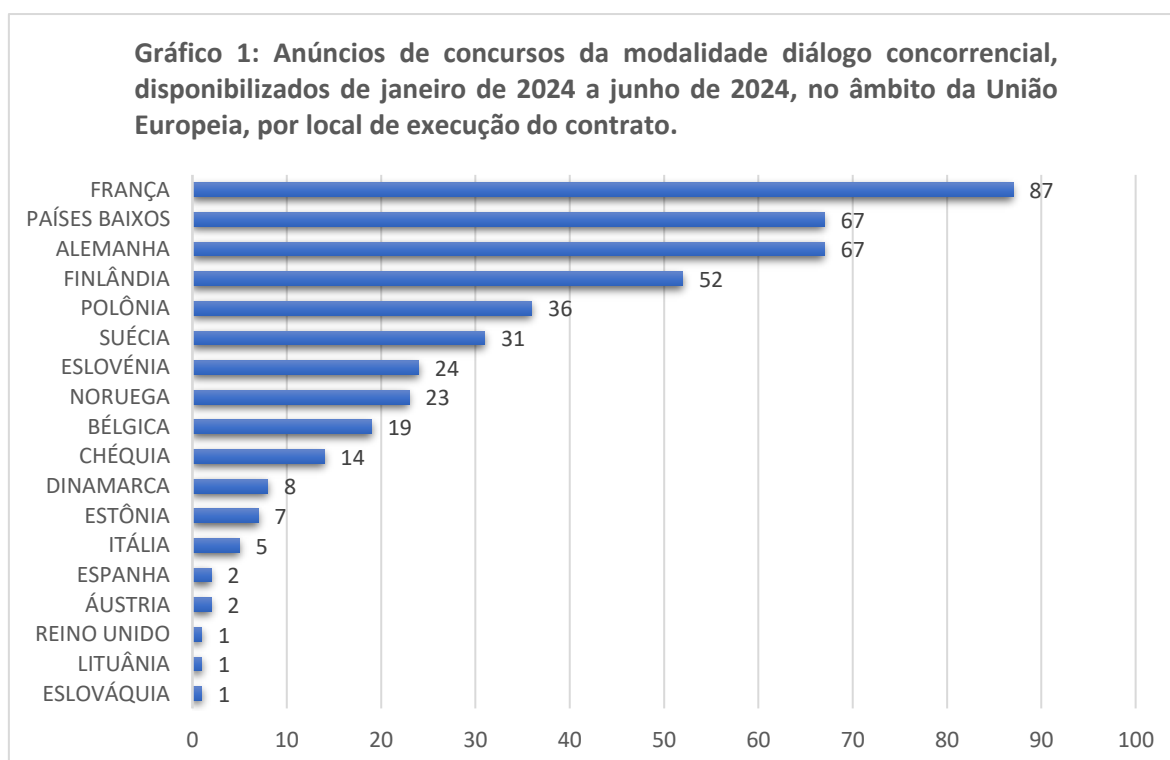
Ilustrando as informações trazidas, Thiago Marrara instrui que:

Essa modalidade abarca agentes econômicos que solicitem participação e recebam um convite do ente contratante após a avaliação das informações iniciais prestadas. É possível que o diálogo se desenvolva em fases sucessivas

¹**Diretiva:** A Diretiva é um ato legislativo realizado pelos países que constituem a União Europeia, para alcançar determinado objetivo. Após a diretiva, cada país deve organizar suas próprias leis para que fique de acordo com o objetivo da diretiva.

com o objetivo de reduzir o número de soluções gradualmente, permitindo à autoridade manter um ou mais soluções aptas a satisfazerem suas necessidades. Depois de encerrado, a entidade contratante solicita a cada participante que “apresente as suas propostas finais com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo”, nelas contemplando todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto. Mesmo nessa fase, a autoridade está autorizada a requerer esclarecimentos, detalhamentos e aprimoramentos da proposta, desde que não se alterem seus elementos fundamentais nem se desrespeitem os requisitos estabelecidos no início da licitação e os itens do memorial descritivo. A seleção da proposta especificamente há que se pautar no critério da melhor relação qualidade/preço. Feito o julgamento, permite-se à autoridade empreender negociações adicionais para confirmar os compromissos financeiros ou outros termos nela constantes no intuito de finalizar os termos do contrato, respeitando-se novamente os aspectos essenciais estabelecidos no ato convocatório e o princípio da não discriminação.²

Na União Europeia, o País que mais utiliza esta modalidade de contratação é a França, conforme exposto no Gráfico 1³:



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponíveis na plataforma: “*Tenders Eletronic Daily*”. Disponível em: <<https://ted.europa.eu/pt/browse-by-place-of-performance>>. Acesso em: 28 jun. 2024.

² **MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II):** princípios e modalidades licitatórias. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/coronistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias. Acesso em: 25 de junho 2024.

³ *Tenders Eletronic Daily*. Disponível em: <<https://ted.europa.eu/pt/browse-by-place-of-performance>>. Acesso em: 28 jun. 2024

Para entender como funciona este mecanismo de licitação, pode-se utilizar a França como referência, pois é o País da União Europeia que mais apresenta anúncios da modalidade de licitação para resolução dos seus problemas.

3. Diálogo concorrencial na França

O diálogo concorrencial é uma modalidade de procedimento de contratação pública prevista na legislação francesa, mais especificamente no Código de Contratação Pública. Ele difere do procedimento de concurso público tradicional, pois permite que a entidade contratante dialogue com os licitantes durante a fase de avaliação das propostas.

No diálogo concorrencial, a entidade contratante inicia o processo selecionando os candidatos mais adequados e, em seguida, inicia um diálogo com eles para desenvolver uma solução mais adequada para suas necessidades. Durante esse diálogo, os licitantes podem apresentar propostas e discuti-las com a entidade contratante, permitindo um refinamento das soluções propostas. Após a fase de diálogo, os licitantes são convidados a apresentar as suas propostas finais, que são avaliadas de acordo com os critérios estabelecidos no edital. O licitante que apresentar uma proposta mais vantajosa para a entidade contratante em termos de preço e qualidade é selecionado para a contratação.

O diálogo concorrencial é utilizado em casos em que as necessidades da entidade contratante não podem ser definidas de forma precisa no início do processo de contratação, permitindo uma maior flexibilidade e adaptabilidade na busca da melhor solução.

Os franceses utilizam muito o diálogo concorrencial, pela sua adequação a projetos complexos e a flexibilidade que traz consigo, os motivos principais pela sua popularidade são:

- I. Adequação a Projetos Complexos**
- II. Flexibilidade no desenvolvimento de Soluções**
- III. Mitigação de Risco**
- IV. Inovação e Competitividade**
- V. Transparência e Conformidade**
- VI. Aproveitamento da Experiência do Mercado**
- VII. Legislação Favorável**

Adequação a projetos complexos se dá porque o diálogo concorrencial é útil nas situações onde necessitam requisitos técnicos, jurídicos e financeiros de um

projeto para poder definir as bases do mesmo. Como por exemplo os projetos de grande escala nas áreas de transporte, tecnologias avançadas e inovações. Esses projetos envolvem muitas variáveis e incertezas que precisam ser discutidas e reformuladas ao longo do processo licitatório.

A **flexibilidade no desenvolvimento de soluções** permite que a entidade adjudicante e os candidatos desenvolvam conjuntamente as soluções para o projeto do processo licitatório. A flexibilidade de dialogar diretamente com o órgão público facilita a incorporação de ideias para a solução do problema, que passaram despercebidas pelo ente público.

Mitigação de risco permite que na fase de diálogo, as entidades adjudicantes identifiquem os potenciais riscos, sendo eles técnicos, financeiros ou jurídicos. Abordando na fase de diálogo para que as propostas finais sejam mais eficientes e fundamentadas.

De acordo com Sue Arrowsmith e Steen Treumer⁴, uma das principais características do diálogo concorrencial é a busca por **inovação** e maior **competitividade** entre as empresas, por ter a fase de diálogo, permite que as empresas tragam soluções inovadoras e criativas a fim de solucionar os problemas apresentados no debate, este ambiente amplo e aberto, torna a disputa mais competitiva.

O processo licitatório é mais flexível, trazendo a oportunidade de as empresas atuarem mais no processo, sendo assim, ele é regulado e exige **conformidade** com os princípios de **transparência**, igualdade de tratamento e não discriminação entre as concorrentes, garantindo que o processo seja justo e equitativo.

A entidade adjudicante deve esmiuçar ao máximo o tema do processo a fim de **aproveitar** ao máximo a **experiência do mercado** trazido pelas empresas no processo, tendo como objetivo encontrar as soluções mais viáveis e necessárias para o projeto final.

A **legislação francesa** de contratos públicos é bem estruturada e age com seriedade, o que torna a utilização do diálogo concorrencial mais fácil, as normas são pensadas a fim de garantir a eficiência e a justiça no processo. Por este motivo o diálogo concorrencial é tão popular na França, o país possui capacidade para lidar

⁴ ARROWSMITH, Sue (ed.); TREUMER, Steen (ed.). **Competitive dialogue in EU procurement**. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

com as complexidades e incertezas apresentadas nos projetos. As normas regulatórias asseguram a equidade e a transparência do processo, tornando toda a licitação um processo de extrema confiança, por ser um país culturalmente acessível a diálogos essa modalidade de licitação é tão popular, pois traz a flexibilidade de comunicação com o ente público e um processo com normas fortes que geram tranquilidade nas contratações públicas. Diante do exposto, buscamos compreender através de comparações com a metodologia francesa e demais países da União Europeia o funcionamento desta modalidade em território Brasileiro, como será utilizada e quais mecanismos foram criados para execução desta modalidade.

4. Diálogo competitivo no Brasil

No Brasil, o Diálogo competitivo como conhecemos chegou através de uma modalidade da nova lei de licitações e contratos de 1º de abril de 2021, mais precisamente em seu artigo 28º, Inciso V⁵ e sua aplicação no artigo 32º.⁶ Está

⁵ Art. 28. São modalidades de licitação: V - diálogo competitivo.

⁶ 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; § 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; 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; 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; § 2º

modalidade tem como finalidade flexibilizar a aquisição de inovações nos processos administrativos, pois permite que a administração pública e as licitantes entrem em um diálogo para discutir a elaboração das propostas que melhor atendam de forma mais precisa às necessidades do órgão contratante, ou seja, a Administração Pública sabe o objetivo final da licitação, mas não conhece os mecanismos para executar este objetivo. Para que seja admitido o Diálogo Competitivo, a Administração Pública deve apresentar justificativa de que as propostas genéricas do mercado não satisfazem tal objetivo e ela necessita da criatividade do setor privado, sendo assim elas dialogam com o setor privado, para que juntos construam a melhor solução para alcançar êxito no objetivo. Essa modalidade será hipótese licitatória excepcional, onde, a Administração Pública deverá apresentar com base em dados jurídico, técnicos, econômicos, etc. que o diálogo competitivo é a única modalidade capaz de satisfazer o seu objeto de conquista.

Aceito o diálogo competitivo este passará por três fases consecutivas, sendo elas:

- I. fase de qualificação;**
- II. fase de diálogo; e**
- III. fase de competição.**

A primeira e a última são objetivas, somente a segunda etapa é algo inovador para o direito brasileiro, que traz a questão do diálogo entre a Administração e as empresas privadas.

4.1. 1º Fase – Fase de Qualificação:

O diálogo competitivo é iniciado na pré-seleção dos licitantes, conforme o art. 32 da Lei 14.133/2021:

§ 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;

Na primeira etapa, a administração pública divulga o edital apresentando seus objetivos, o prazo é de no mínimo 25 dias úteis para que os agentes privados tenham tempo hábil para manifestar o interesse em participar do procedimento. Por se tratar de objetos complexos (sempre que for utilizado o diálogo competitivo é matéria complexa), o prazo poderá ser estendido.

Tendo os pré-requisitos descritos no instrumento convocatório (edital), permanecerão na disputa todos os licitantes qualificados. Vale destacar a diferença entre a Diretiva 2014/24/EU que autoriza a limitação de candidatos, já a Lei 14.133/2021 estabeleceu de forma expressa a impossibilidade de a administração limitar o número de participantes qualificados, prevê que “serão admitidos **todos** os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos”, levando em como base o princípio da impessoalidade.

Alguns estudiosos temem a falta a não possibilidade de limitar o número de candidatos, Rafael Lima de Oliveira diz que: “o que deve ser notado quanto a essa possibilidade de limitação do número de participantes é que um número grande de candidatos pode inviabilizar o diálogo, uma vez que se trata de um procedimento complexo e trabalhoso, sobretudo na segunda etapa”.⁷

O alerta realizado por Rafael Lima de Oliveira só poderá ser verificado quando existir experiências práticas, o fato é que qualquer um que preencher os pré-requisitos previstos no edital, poderá participar da segunda fase do procedimento, esta fase é onde ocorrerão os diálogos entre a Administração e os agentes privados.

4.2. 2º Fase – Fase do Diálogo:

Esta etapa é onde iniciam-se as negociações, onde a Administração e o agente privado passam a discutir os termos do negócio, com a intenção de alcançar a melhor solução para o objeto pretendido. Esta é a fase mais flexível, pois é onde os licitantes

⁷ Rafael Sérgio Lima de Oliveira, *O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro*, op. cit.

começam a apresentar soluções para resolver o objeto do edital e a comissão processante deve avaliar cada solução apresentada e ir optando pelas que melhor lhes satisfaça. A lei prevê expressamente que a Administração Pública deve manter a simetria informacional (art. 32, §1º, inciso III) para que não haja vantagem de um licitante para o outro. No seu art. 32, §1º, inciso IV a lei prevê que a Administração “não pode revelar a outros licitantes as propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento”, sendo assim, a Administração pública no curso do processo, deve respeitar o sigilo das informações, ou seja, toda informação coletada nesta etapa é de matéria sigilosa, podendo ser diferente caso haja consentimento prévio e explícito entre os licitantes envolvidos. Diferente das demais modalidades, está, o licitante apresenta suas soluções de forma individual e não coletiva como nas demais, esta fase processual não tem prazo, ela deve ser encerrada assim que a Administração em decisão fundamentada, apresenta a solução que mais lhe satisfaz dentre todas apresentadas pelos licitantes, ela não precisa se limitar a uma única, admitindo mais de uma solução e um misto entre elas. Por não existir um prazo, o legislador entende que no edital pode constar algumas etapas de eliminação nesta fase, para que se crie um filtro onde as melhores sugestões vão avançando até que preencham os requisitos para o objeto final, conforme previsto no seu art. 32, §1º, inciso VII.

Todas as sessões dessa fase deverão ser documentadas, em virtude dos princípios da publicidade e transparência e conforme art. 32, §1º, inciso VI, “VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo”, serão descritas em ata, gravadas com áudio e vídeo para que possua o máximo de transparência em toda negociação, caso não seja observado este inciso nas etapas, o processo é ilegal.

Outra peculiaridade trazida por esta modalidade é a criação da comissão de contratação que é composta por pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitindo a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, em função da sua extrema complexidade. (Artigo 32, XI da Lei 14.133/2021)

Após o término da fase de diálogo, entre os licitantes previamente qualificados e a Administração Pública, a Administração definirá os conceitos técnicos, jurídicos e econômicos do objeto a ser contratado e iniciará a fase competitiva. Declarado o término do diálogo, a administração deve colocar aos autos do processo todos os

registros de gravação da fase de diálogo, após, será divulgado edital com os critérios obtidos através dos diálogos realizados, o edital seguirá os moldes da proposta mais vantajosa e o prazo para início dos lances deve ser não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados.

A fase competitiva é realizada através da modalidade de concorrência entre os agentes qualificados. Conforme previsto no art. 32º, §1º, inciso VIII.

4.3. 3º Fase – Fase Competitiva:

Após publicarem o edital com o objeto mais adequado empregado, o órgão público escolherá a proposta mais vantajosa. Vale destacar que a fase competitiva é autônoma em relação a fase de diálogo, ou seja, na fase de competição a análise será na proposta mais vantajosa, seja ela técnica ou financeira. Diferente da fase de diálogo, onde o objetivo era buscar meios para solucionar o problema, nesta etapa o objetivo é encontrar a proposta mais vantajosa para realizar a solução do problema discutido na fase de diálogo.

5. Diálogo Competitivo no direito comparado

O diálogo competitivo surgiu no estrangeiro através da Diretiva 2004/18/CE com o nome de “Diálogo Concorrencial” onde o legislador definiu o conceito como “o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade pública conduz um diálogo com os candidatos aptos nesse procedimento, tendo como objetivo desenvolver uma ou várias soluções para as necessidades apresentadas no edital, com base na qual, ou nas quais, os candidatos aptos apresentarão propostas.” De acordo com Pedro Telles⁸, essa modalidade de licitação surgiu pela necessidade de aquisições públicas flexíveis, originalmente foi percebida no Reino Unido no final da década de 1990 até surgir e ser regulada na Diretiva 2004/18/CE.

Nessa modalidade, a negociação com os participantes se inicia antes mesmo da definição exata do objeto em questão, em um mesclado de fase interna e fase externa de licitação.

Após 10 anos de vigência, a Diretiva 2004/18/CE foi revogada e deu lugar à Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que tinha como principal objetivo revisar e modernizar a Diretiva 2004/18/CE,

⁸ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese (doutorado em filosofia) – Universidade de Nottingham, Nottingham, 2010. p.74.

com propósito de aumentar a eficiência das despesas públicas e permitir que os investidores utilizem os contratos públicos para atingir objetivos sociais comuns. A nova Diretiva trouxe o “Diálogo Concorrencial” como uma alternativa de licitação e em seu item 42 destacou que:

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. Podendo sempre que tratar-se 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 financiamento complexos e estruturados.⁹

O conteúdo é tratado a partir do Art. 30 da Diretiva que abrange de forma específica as possibilidades de utilização do procedimento, diferente da diretiva anterior, que tratava o assunto de forma genérica, onde o diálogo só poderia ser utilizado em casos de contratos particularmente complexos. O artigo 26¹⁰ da Diretiva 24/2014/UE apresentou as situações em que a Administração Pública poderia utilizar o mecanismo de diálogo. Diversos países aderiram as diretrizes da diretiva e redigiram as normativas em seu território.

⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2004/18/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, 31 de março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>. Acesso em: 03 abril 2024.

¹⁰ 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 conceção 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 aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII; b) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços, se, em resposta a um concurso aberto ou limitado, só tiverem sido apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis. Nestas situações, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a publicar um anúncio de concurso se incluírem no procedimento todos os proponentes, e exclusivamente os proponentes, que satisfaçam os critérios referidos nos artigos 57.o a 64.o e que, no concurso aberto ou limitado anterior, tenham apresentado propostas que correspondam aos requisitos formais do procedimento de contratação. Nomeadamente, as propostas que não se encontrem em conformidade com o disposto na documentação relativa aos concursos, cuja receção ocorra demasiado tarde, que revelem indícios de conluio ou corrupção, ou cuja qualidade seja considerada pela autoridade adjudicante anormalmente baixa, devem ser consideradas irregulares. Em especial, devem ser consideradas inaceitáveis as propostas apresentadas por proponentes que não possuam as qualificações exigidas e as propostas cujo preço exceda o orçamento da autoridade adjudicante, tal como determinado e documentado antes do lançamento do concurso.

Na Espanha, o tema foi abordado pela Lei 30/2007, chamada de “*Ley de Contratos del Sector Público*” entre os artigos 163 a 167, sendo na maior parte cópias fieis da Diretiva 2014/24.

Na Alemanha, o Diálogo concorrencial foi agregado sob o nome de “*Wettbewerblicher Dialog*”, com base nas palavras de Ralf P. Schenke:

“combinar elementos do procedimento de negociação flexível com o procedimento de adjudicação clássico e estritamente formalizado. Isto é, o procedimento de concessão é essencialmente uma terceira via entre o procedimento aberto e o procedimento por negociação.”¹¹

A modalidade foi recepcionada por países como França, através do Código de 2006 (*Code des Marchés Publics*); Itália, pelo Código de Contratos Públicos de 2006 (*Codice dei Contratti Pubblici* – Decreto legislativo 163); Reino Unido, através do Regulamento de Contratos Públicos de 2006 (*The Public Contracts Regulation*), todos compatíveis com a Diretiva 2014/24/EU.

Trazendo a discussão para o continente Americano, temos o Estados Unidos da América que possui características compatíveis com as da União Europeia, mas para realizar a comparação, é necessário entender as normas licitatórias americanas. No ordenamento jurídico norte-americano, existem quatro modalidades de licitação sendo elas:

a) procedimentos simplificados ou *simplified procedures*, para compras, em regra, abaixo de US\$ 150.000,00; b) propostas fechadas ou *sealed bidding*, quando as necessidades são claras, delimitadas e completas; c) negociação contratual, quando exceder US\$ 150.000,00 ou requerer análise técnica apurada do produto ou serviço; d) programas consolidados de compra ou *consolidated purchasing programs*, para compras de necessidades comuns.¹²

Essas modalidades são da Lei Federal de Aquisição Simplificada (*Federal Acquisition Streamlining Act – Fasa*) de 1994, e a que se assemelha

¹¹ SCHENKE, Ralf P. *Der Wettbewerblicher Dialog*. p. 81. Disponível em: <https://publishup.unipotsdam.de/files/2776/kwi_schr01_online_2009_03_18_btr06.pdf> Acesso em: 24 de junho 2024.

¹² OLIVEIRA, Christiaan Allessandro Lopes de. Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América. Análise sucinta acerca das principais modalidades de compras de bens e serviços, bem como dos principais instrumentos contratuais decorrentes ou antecedentes. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.67, ago. 2015. Disponível em: <https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Christiaan_deOliveira.html> Acesso em: 05 jul. 2024.

ao diálogo concorrencial ou diálogo competitivo é a de aquisições negociadas (*negotiated acquisitions*), essa modalidade pode ser competitiva ou não competitiva, a competitiva é denominada de “*competitive acquisitions*” ou aquisições competitivas, é utilizada quando existe a possibilidade de minimizar a complexidade da solicitação, isto é, toda a operação começa com a emissão de chamada de proposta (*request for proposals – RFP*) onde o ente público apresenta o problema e solicita que os possíveis contratados apresentem propostas referentes a forma que irão executar o projeto e o valor que solicitarão, deste modo o ente público analisa as propostas e pode chamar os possíveis contratantes para negociar até que chegue a proposta final. Além disto, essa modalidade também servirá para emitir pedidos de cotação por parte do governo na aquisição de itens (*request for quotation – RFQ*), onde o governo demonstra interesse em adquirir um certo produto ou serviço, neste caso, as propostas apresentadas só possuem validade para um futuro contrato caso a licitante que apresentou a proposta escolhida esteja de acordo, ou seja, se a licitante que apresentou a proposta por algum motivo discordar daquela proposta anterior, seja por tempo, mudanças de mercado, etc... o ente público não poderá abrir o edital de licitação com a oferta proposta pela mesma.

6. Principais problemas e soluções utilizando o Diálogo Competitivo

Tendo em vista, que a Lei entrou em vigor em 01 de abril de 2021 e que começou a ser definitivamente utilizada em janeiro de 2024, não possui material prático suficiente para realizar tal argumentação em solo nacional. O primeiro diálogo competitivo ¹³ a ser realizado no Brasil, será no município de Abelardo Luz em Santa Catarina, o edital foi publicado em 24/05/2024 no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), com início em 06 de julho de 2024, o objetivo desta licitação é realizar a regularização de um loteamento clandestino. Até o presente momento este é o único Diálogo Competitivo realizado em território nacional, servirá como modelo para os demais e apresentará na prática os seus benefícios e defeitos. Como não possuímos nenhum diálogo competitivo concluído, temos documentos publicados

¹³ Edital nº 102/2024/2024; Local: Abelardo Luz/SC; Órgão: MUNICIPIO DE ABELARDO LUZ; Unidade compradora: 1 - MUNICÍPIO DE ABELARDO LUZ – SC; Modalidade da contratação: Diálogo Competitivo. Disponível em <<https://pncp.gov.br/app/editais/83009886000161/2024/43>>. Acesso 17 jun. 2024.

apresentando o texto da nova legislação e algumas análises hipotéticas sobre o tema, a literatura jurídica apresenta pontos positivos e negativos do diálogo competitivo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o diálogo competitivo é um procedimento licitatório utilizado em situações complexas em que a administração pública não consegue definir, por conta própria, os meios técnicos que atendam às suas necessidades. Di Pietro aponta algumas vantagens e cuidados referente a nova modalidade de licitação, ela aponta a **inovação** do diálogo como um ponto positivo, pois estimula os licitantes na procura por soluções criativas; outro ponto é a **eficiência** pelo fato de reduzir as chances de falha na licitação, pois os licitantes e a administração pública dialogam sobre o tema; por fim, aponta a **adequação às necessidades** por envolver especialistas do mercado no processo licitatório para desenvolver a melhor resposta ao problema apresentado.

Di Pietro também aborda a importância de tomar cuidado na implementação do diálogo competitivo, entre eles estão a **transparência** no processo, durante todo o processo licitatório o órgão público deve garantir a transparência para evitar favorecimentos indevidos; a **capacitação** é outro ponto trazido por Di Pietro, visto que é de extrema importância que os servidores públicos e a administração pública tenha capacidade de conduzir o diálogo de forma imparcial e eficaz; e por último é necessário que a **regulamentação** seja clara e específica na orientação do processo firmando a sua legalidade e eficácia.

O diálogo competitivo tende a ser mais eficaz nas contratações pretendidas, pois abre espaço para a compreensão das alternativas do mercado e seus riscos, que possibilita maior alinhamento entre os interesses públicos e particulares, na nova legislação (Lei 14.133/2021) essa modalidade afasta a ideia da legislação anterior (Lei 8.666/1993) de que a Administração Pública possui de forma isolada, total capacidade de prever, sem o auxílio de terceiros, todas as possíveis soluções que atendam às suas necessidades. A nova modalidade possibilita o acesso a novos produtos e serviços dos mais variados campos de atuação. Por outro lado, existe muita insegurança com a transparência da licitação, os custos também são vistos como ponto de desvantagem para os estudiosos, pois possuem mais fases no processo, são necessários 3 (três) servidores para a realização do diálogo, todo o processo demanda tempo do setor público e do privado.

7. Conclusão

A Lei Federal 14.133 de 2021 que tem como objetivo substituir a Lei Federal 8.666 de 1993, trouxe consigo o diálogo competitivo que corresponde a uma nova modalidade de licitação, está que por sua vez, vem gerando muitas discussões teóricas e nenhuma prática. Esse procedimento licitatório chegou ao Brasil para tornar todo o processo mais célere e eficiente, buscando inovações e sustentabilidade para os problemas a serem solucionados, contudo, a normativa aprovada em 2021 tem apenas um processo licitatório utilizando esta modalidade, isso demonstra que a Administração Pública não se sente segura o suficiente para realizar processos utilizando esta modalidade, sejam pelas dificuldades financeiras, de pessoal, por falta de preparo ou até mesmo por aspectos culturais já que a Lei anterior (Lei 8.666/1993) vigorou por 30 (trinta) anos e nesta Lei a Administração Pública era vista como a única capaz de prever de forma isolada todas as possíveis soluções para os problemas apresentados. A Lei nova trouxe a isonomia entre as partes, trazendo os licitantes mais próximos do órgão público para solução dos problemas coletivos.

A modalidade apresenta diversos aspectos positivos, pelo fato de abrir espaço para os licitantes solucionarem os problemas em conjunto com a Administração Pública, consequentemente esse fator diminui a chance do contrato ser frustrado e não gerar benefício a sociedade. Embora o mecanismo trazido seja eficaz para a materialização dos projetos, sua utilização nem sempre será vantajosa, por exemplo: A lei apresenta a possibilidade em seu Art. 32, I, a ¹⁴, a utilização da modalidade para busca por inovação tecnológica ou técnica, tendo isto em vista, a competição pode ser prejudicada, pois o licitante que apresentar na fase de diálogos a melhor solução, por se tratar de tecnologia é bem provável que somente ele tenha capacidade de executar o que será posto em edital.

Outro ponto a ser observado é o aspecto cultural, o Brasil possui histórico com corrupção em contratos públicos e isto gera insegurança na utilização desta modalidade de licitação, na União Europeia por exemplo, os países membros realizaram atualizações em sua legislação para a utilização da modalidade, Portugal que não possui nenhuma licitação no ano de 2024 (dois mil e vinte e quatro) na

¹⁴ 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;

modalidade de “diálogo concorrencial” é um dos países que mais restringiu a norma, com receio de que facilitasse as práticas de corrupção no País. Visto isso, é notável que a não utilização do diálogo competitivo em solo brasileiro reflete muito ao aspecto cultural, já que fomos colonizados pelos Portugueses, a norma no Brasil está em vigor a 3 (três) anos e somente em junho de 2024 foi realizada a abertura do primeiro edital com esta modalidade, que servirá como parâmetro para as próximas que estarão por vir, este processo abrirá diálogo para discussões como: como serão realizadas as fases do diálogo, como deve ser divulgada a definição dos objetos do edital, quais serão os limites de confidencialidade das informações prestadas pelos participantes. Tendo em vista o histórico com corrupção, será interessante observar a aceitação e a adesão dos potenciais licitantes nos processos. Vale destacar que por não possuir nenhum diálogo competitivo realizado em solo brasileiro, existe escassez de literatura e assunto referente a modalidade que dificulta na busca por informação e desenvolvimento crítico sobre o tema, além disso, o aspecto cultural que diferencia bastante o Brasil da União Europeia é mais um dos desafios para gerar senso crítico sobre a modalidade. Portugal que seria o País culturalmente mais semelhante ao Brasil, restringiu de forma considerável a legislação com temor a corrupção no País, a tendência do ponto de vista cultural é que o Brasil siga o mesmo caminho e acabe por não utilizar tal modalidade.

Por fim, concluiu-se que o Diálogo Competitivo abordado pela Lei 14.133 de 1º de abril de 2021, é um instrumento de extrema importância para a realização de processos que envolvam inovação, sustentabilidade e agilidade, pois permite que o particular juntamente com a Administração Pública busque a solução mais viável para resolver o problema coletivo. Acredita-se que os desafios irão surgir conforme utilização da modalidade de licitação e que é de suma importância que a Administração Pública trabalhe da forma mais transparente e explicativa a modalidade, para que não haja dúvidas perante os resultados, tornando assim a modalidade confiável e eficaz em solo brasileiro.

Referências

BRASIL, **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm> Acesso em: 20 mar. 2024.

FRANÇA. Portaria nº 2.018-1.074, de 26 de novembro de 2018, e Decreto nº 2018-1075, de 3 de dezembro de 2018. **Código de Compras Públicas** ("*Code de la commande publique*"), de 1º de abril de 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019?init=true&nomCode=F1VwBg%3D%3D&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=code>. Acesso em: 01 abril 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2004/18/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, 31 de março de 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>>. Acesso em: 03 abril 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/24/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em: 03 abril 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 92/50/CEE** do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 18 de junho de 1992. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0050>>. Acesso em: 03 abr. 2024.

ARROWSMITH, Sue (ed.); TREUMER, Steen (ed.). **Competitive dialogue in EU procurement**. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

Edital nº 102/2024/2024; Local: Abelardo Luz/SC; Órgão: MUNICÍPIO DE ABELARDO LUZ; Unidade compradora: 1 - MUNICÍPIO DE ABELARDO LUZ – SC; Modalidade da contratação: Diálogo Competitivo. Disponível em <<https://pncp.gov.br/app/editais/83009886000161/2024/43>>. Acesso 17 jun. 2024.

Tenders Eletronic Daily. Disponível em: <<https://ted.europa.eu/pt/browse-by-place-of-performance>>. Acesso em: 28 jun. 2024.

SCHENKE, Ralf P. *Der Wettbewerblicher Dialog*. p. 81. Disponível em: <https://publishup.unipotsdam.de/files/2776/kwi_schr01_online_2009_03_18_btr06.pdf>. Acesso em: 24 de junho 2024.

OLIVEIRA, Christiaan Allessandro Lopes de. Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América. Análise sucinta acerca das principais modalidades de compras de bens e serviços, bem como dos principais instrumentos contratuais decorrentes ou antecedentes. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.67, ago. 2015. Disponível em: <https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Christiaan_deOliveira.html>. Acesso em: 05 jul. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2018.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella “Parcerias na Administração Pública”, 12. ed., rev. e atual.

TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese (doutorado em filosofia) – Universidade de Nottingham, Nottingham, 2010. p.74.

MARRARA, Thiago. *Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias*.

Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniaoeuropeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias>. Acesso em: 25 de junho 2024.