

UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
CURSO DE DIREITO

ANA PAULA VALENTIM DA ROCHA

**NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: O DIÁLOGO
COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA**

CAMPINA GRANDE-PB

2022

ANA PAULA VALENTIM DA ROCHA

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: O DIÁLOGO
COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico – apresentado como pré-requisito para a obtenção de título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro Universitário.
Área de concentração : Direito Administrativo.
Orientadora: Prof^a. da UniFacisa, Márcia Cavalcante de Araújo, Dr^a.

CAMPINA GRANDE

2022

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: O Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória, apresentado por Ana Paula Valentim da Rocha como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa – Centro Universitário.

APROVADO EM_____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a da UniFacisa, Márcia Cavalcante de Araújo, Dr^a.

Prof.^o da UniFacisa, Nome Completo do Segundo Membro, Titulação.

Prof.^o da UniFacisa, Nome Completo do Terceiro Membro, Titulação

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: o Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória

Ana Paula Valentim da Rocha¹

Márcia Cavalcante de Araújo²

RESUMO

A Administração Pública tem a responsabilidade de fazer compras, alienar bens, bem como realizar obras e serviços para satisfazer as necessidades da sociedade, mas para realizar essas ações o poder público precisa seguir regras específicas. A Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe uma nova modalidade licitatória chamada Diálogo Competitivo. O objetivo do artigo é analisar o conceito, a funcionalidade, o rito processual dessa modalidade licitatória. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica para a realização de um estudo exploratório baseado numa revisão bibliográfica e na abordagem qualitativa de dados através do método dedutivo e histórico. Verificou-se que o Diálogo Competitivo traz consigo competitividade entre os licitantes, transparência, flexibilidade e segurança jurídica. Cabe a Administração Pública se adequar ao uso dessa modalidade para que este instrumento traga de fato resolutividades onde antes não havia soluções.

Palavras-chave: Administração Pública; Lei 14.133/2021; Diálogo Competitivo.

ABSTRACT

The Public Administration is responsible for making purchases, selling goods, as well as carrying out works and services to satisfy the needs of society, but in order to carry out these actions, the power needs to follow specific rules. Federal Law nº 14.133/2021 brought a new bidding modality called Competitive Dialogue. The

¹ Acadêmica do Centro Universitário UNIFACISA em Campina Grande-PB. E-mail: ana.travassos@maisunifacisa.com.br.

² Professora do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACISA em Campina Grande-PB. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca – Espanha, com título reconhecido pela Universidade Federal de Pernambuco. Docente do curso de Direito da UniFacisa – Centro Universitário, das disciplinas Direito Civil IV – Responsabilidade Civil e Direito Administrativo. E-mail: marcia.araujo@maisunifacisa.com.br

objective of the article is to analyze the concept, the functionality, the procedural rite of this bidding modality. Bibliographic research was used to carry out an exploratory study based on a bibliographic review and on a qualitative approach to data through the deductive and historical method. Therefore, it concludes that the Competitive Dialogue brings with it competitiveness among bidders, transparency, flexibility and legal certainty. It is up to the Public Administration to adapt to the use of this modality so that this instrument actually brings solutions where no solutions before.

Keywords: public administration; Law nº 14.133/2021; competitive dialogue.

1 INTRODUÇÃO

Licitação é o processo pelo qual a Administração Pública contrata aquisições de bens e serviços, locações, bem como execução de obras públicas, é o meio legal da Administração Pública para sanar as necessidades, buscando as propostas mais vantajosas.

As regras no que diz respeito a Licitações e Contratos Administrativos eram geridas pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Passou-se 28 anos e a Lei supracitada mostrou-se ineficaz e muito burocratizada, trazia riscos no tocante a segurança jurídica, o que fez com que outra lei fosse elaborada para substituí-la.

Daí surgiu em 2020 o Projeto de Lei nº 4253, o qual foi sancionado em 1º de abril do corrente ano com a Lei Federal nº 14.133/2021, que dispõe sobre Lei de Licitações e Contratos Administrativos. As regras desta lei atendem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecendo normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais.

Uma das principais mudanças foram as exclusões das modalidades licitatórias Convite e Tomada de Preços, e a criação do Diálogo Competitivo, a qual será feita mediante diálogos entre a Administração Pública e os particulares, buscando soluções para os problemas complexos.

O presente artigo, visa analisar o conceito, a funcionalidade, o rito processual da modalidade licitatória Diálogo Competitivo, buscando os impactos positivos e

negativos para a Administração Pública diante da mudança da lei de licitações e contratos administrativos.

As questões norteadoras do desenvolvimento desse estudo estão centradas na contribuição da modalidade licitatória Diálogo Competitivo nas licitações, buscando conhecer a origem da referida modalidade, analisar o conceito, funcionalidade e rito processual do Diálogo Competitivo, e identificar as possíveis vantagens e desvantagens do seu uso.

O artigo é de cunho exploratório, que tem como principal objetivo a obtenção de informações para proporcionar maior conhecimento acerca do problema. O método escolhido é o dedutivo, partindo do pressuposto que parte da análise de leis gerais para compreender as questões pontuadas, através de uma abordagem sobre a modalidade Diálogo Competitivo na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

No tocante as ferramentas utilizadas, foi escolhida a pesquisa bibliográfica e documental, em doutrinas e normas legais, com base teórica nos pesquisadores do ramo do Direito Administrativo; por meio da leitura de artigos científicos, fichamentos, e ainda, através dos meios eletrônicos.

A hipótese é que a nova modalidade licitatória traga para a Administração Pública transparência, efetividade, celeridade e segurança jurídica.

O presente artigo justifica-se em contribuir no uso correto da Nova Lei de Licitações e Contratos, mais especificamente no Diálogo Competitivo, proporcionando soluções por parte do ente privado que até então eram quase impossíveis de se resolver, no âmbito da Administração Pública.

A estrutura deste artigo inicia-se com uma análise sobre a Lei Federal nº 14.133/2021, na sequência aborda sobre a modalidade Diálogo Competitivo e sua origem, passando pelas hipóteses de uso e diferenças entre procedimentos auxiliares de licitações além de identificar como esta nova modalidade de licitação poderá contribuir ou não com a Administração Pública.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS

A licitação pública é um procedimento administrativo necessário que deve ser realizado antes da contratação, tanto da prestação de serviços como na aquisição de compras, esses procedimentos não podem ser feitos da mesma maneira de um contrato particular, pois o dinheiro utilizado para pagamentos desses procedimentos é dinheiro público, oriundo de tributos pagos pela sociedade, portanto, tem de seguir a norma.

Na ótica de Carvalho (2015, p. 429):

A administração pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo.

Nesse sentido, entende-se que a licitação é regida por uma lei, imposta por regras para que haja isonomia entre os licitantes e a administração pública possa escolher a proposta mais vantajosa, dando as mesmas condições a todos os interessados em prestar serviços ao Ente.

De acordo com Oliveira (2020, p. 35):

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos.

Portanto, observa-se que, a licitação é um importante processo para a Administração Pública, para que através dele consiga organizar suas demandas de uma forma onde haja economia ao erário público, juntamente com o andamento e resolutividade das necessidades dos mesmos, tudo isso em conformidade com a lei.

Nas palavras de Matheus Carvalho, “a Administração Pública possui a tarefa árdua de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, composta pelos seus órgãos e agentes”. (CARVALHO, Manual de Direito Administrativo, 2021).

Por esta razão surge a necessidade de uma norma que instrua o administrador na escolha de pessoas e/ou empresas a serem contratadas pela Administração Pública.

O art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 instrumentaliza sobre a licitação pública, que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

[...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Mediante a necessidade de cumprir as normas constitucionais, em 21 de junho de 1993 foi sancionada a Lei Federal nº 8.666, para reger as licitações e contratos administrativos, esta será substituída pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Carvalho compreende:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos da seleção da proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão de competência específica (CARVALHO, 2018, p.441).

A partir desse entendimento, no tocante ao *caput* do art. 11 da Lei 14.133/2021:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Estes objetivos visam também assegurar a isonomia, pois andam de mãos dadas com a proposta mais vantajosa, elas servem para que não haja uma escolha pessoal no processo licitatório, evitando discriminação nem interferência por parte da administração pública.

2.1 NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei Federal nº 14.133 foi sancionada no dia 1º de abril de 2021 e entra em vigor a partir da referida data, a mesma substituirá a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), a Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462/11 (Regime diferenciado de Contratações).

Todavia, de acordo com o art. 193, Administração Pública tem um prazo de 2 (dois) para que possa se adequar à nova regra, após esse prazo, as leis pertinentes à licitações e contratos serão revogadas. O art. 193:

Art.193.Revogam-se:

I – os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;
II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Em consonância com o art. 191 da Lei Federal nº 14.133/2021, durante esse período de transição, a Administração Pública poderá escolher entre as leis antigas ou a atual, podendo fazer uso das duas ao mesmo tempo, após esse período de adaptação apenas a nova lei deve ser utilizada para reger licitações e contratos administrativos.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

No que diz respeito aos contratos, o regime que deverá ser seguido é o mesmo da licitação, portanto, se um contrato for regido pela Lei nº 8.666 durante a data final da transição da lei, mesmo a lei não estando mais vigente o contrato deve seguir o rito desta.

Os princípios norteadores da Nova Lei estão dispostos no artigo 5º, sendo eles: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da

competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

3 COMO ENTENDER A NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO: DIÁLOGO COMPETITIVO

3.1 DIÁLOGO COMPETITIVO: CONCEITO E FUNCIONALIDADE

Com a chegada da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, as modalidades licitatórias Tomada de Preços e Convite foram excluídas dando espaço ao Diálogo Competitivo, a qual está prevista no art. 28, inciso V da lei supracitada. Essa modalidade foi inspirada do Direito Europeu, mais precisamente no art. 29 da Diretiva nº 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, oriunda do Parlamento Europeu e do Conselho, que foi substituída pela Diretiva nº 2014/24/UE. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

O inciso XLII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, define o Diálogo Competitivo como:

[...]modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

De acordo com o disposto supracitado, o Diálogo Competitivo é uma modalidade onde existe, de fato, uma interação entre os licitantes e a Administração Pública, já que existe um diálogo durante todo o processo. Diferente das demais modalidades, nesta, o participante atua de forma ativa no crescimento das funções no âmbito administrativo, buscando solucionar suas necessidades.

A escolha dessa modalidade se dá quando há a necessidade de contratar compras ou serviços, as quais devem ser desenvolvidas em conjunto, entre a Administração Pública e os particulares. Pois se trata de serviços mais técnicos, geralmente produzidos por poucos fornecedores.

A regra nessa modalidade difere das demais, como por exemplo no pregão, onde o licitante que oferecer o melhor preço ganha, no Diálogo Competitivo, o mais importante é a melhor qualificação para que se possa desenvolver a melhor solução para o que se busca alcançar.

Na ótica de Marçal Justen Filho (2021):

o diálogo competitivo versa sobre aquelas situações que, em razão da natureza inovadora inerente ao caso concreto, uma solução adequada aos interesses da Administração Pública e a iniciativa privada para que possa ser encontrada a solução que será executada.

Portanto, essa modalidade será usada especialmente para solucionar situações complexas, onde a Administração Pública não tiver segurança para escolher a melhor solução para atender as respectivas necessidades, precisando de ajuda para dar resolutividade em demandas onde o Ente não consegue fazer sozinho.

Na visão de Meerholz (2021), o Diálogo Competitivo:

Representa o conhecimento de que a Administração Pública, por seu quadro próprio, por vezes não dispõe de todas as informações necessárias para delimitar a contratação que melhor atenda ao interesse a ser satisfeito na contratação. Tal com dição é reconhecida pelas hipóteses em que se admite recorrer ao diálogo competitivo.

Sendo assim, o Diálogo Competitivo parte-se do pressuposto de que nem sempre a Administração Pública consegue se encarregar sozinha, não tendo *expertise* para solucionar algumas necessidades, quando isso acontece se faz necessário buscar essas soluções em agentes particulares que consigam suprir tais necessidades.

3.2 ORIGEM DO DIÁLOGO COMPETITIVO

O Diálogo Competitivo não foi originado por nossos legisladores, essa modalidade é oriunda da legislação europeia, cuja nomenclatura é “Diálogo Concorrencial”. O Diálogo Concorrencial teve início em 2004, com a Diretiva nº 2004/18 CE, mas sua utilização era opcional.

Trata da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (UNIÃO EUROPEIA, 2004).

Em consonância com a Diretiva nº 2004/18/CE, temos a definição do diálogo concorrencial no art. 1º, 11,c:

Art. 1º [...]

11. c) «Diálogo concorrencial» é o procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos seleccionados serão convidados a apresentar uma proposta. Para efeitos do recurso ao procedimento previsto no primeiro parágrafo, um contrato público é considerado como «particularmente complexo», quando a entidade adjudicante: — não está objectivamente em condições de definir os meios técnicos, de acordo com o disposto nas alíneas b), c) ou d) do nº 3 do artigo 23.º, capazes de responder às suas necessidades ou aos seus objectivos, e/ou — não está objectivamente em condições de estabelecer a montagem jurídica e/ou financeira de um projecto;

A aplicação do Diálogo Concorrencial era feita quando a administração não tinha condições por si só de resolver problemas de complexidade técnica, bem como montagem jurídica e/ou financeira de um projeto, precisando, portanto, recorrer ao setor privado para sanar a suas necessidades de maneira satisfatória.

Na Diretiva nº 2004/18/CE existe tanto a fase interna quanto a fase externa, onde a negociação entre o particular e a Administração Pública acontece de maneira prévia, quando nem mesmo existe o objeto do contrato de forma concreta.

Em 2014 com a Diretiva nº 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, oriunda do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2004/18/CE tornou-se sem efeito, e oposto a Diretiva nº 2004/18/CE, a qual era facultado o seu uso. A nova Diretiva trouxe consigo a obrigatoriedade de aplicabilidade da modalidade por parte dos Estados-Membros, nos moldes do art. 26, item 4 da respectiva Diretiva:

Art.26[...]

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

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

- i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,
- ii) os produtos ou serviços incluem a 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...

Podemos ver acima que diferentemente da Diretiva nº 2004/18/CE, ficou estabelecido com a Diretiva nº 2014/24/EU situações específicas para que a Administração Pública faça uso da modalidade. A aplicação se dá em necessidades estabelecidas pelo artigo supracitado, não sendo utilizada de maneira aleatória pela administração.

O diálogo Concorrencial nos moldes da Diretiva nº 2014/24 visa (SANTOS, 2019):

maior flexibilidade de escolha proporcionada às autoridades adjudicantes, por meio de negociações com os licitantes; a intensificação do comércio entre os países fronteiriços (com suas respectivas peculiaridades); a constatação por meio de avaliações/estudos no sentido de que a adoção de procedimento negocial possibilitaria a elevação do número de propostas e maior sucesso na obtenção de soluções aptas ao atendimento da finalidade pretendida.

Percebe-se que a Diretiva nº 2014/24 em relação ao Diálogo Concorrencial é mais flexível diante das negociações e além disso dá oportunidades para que o comércio de outros países possam participar dos certames, a ênfase da Administração é a solução das necessidades.

Em consonância com o pensamento de Marrara (2016. p. 2), o Diálogo Concorrencial:

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

Marrara descreve os passos que o Diálogo Concorrencial deve seguir, explicando quais os posicionamentos que a Administração pode ter, bem como, o que os agentes econômicos devem fazer para poder participar do processo, percebe-se a importância do princípio da não discriminação, portanto, os participantes devem ser tratados com respeito, de forma igualitária e ainda ter suas informações protegidas.

3.4 HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

O art. 32 da Lei nº 14.133/2021 traz o rol de hipóteses para utilização da modalidade Diálogo Competitivo:

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

- 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;

A modalidade Diálogo Competitivo deve ser utilizada de forma restrita, ou seja, apenas no que está disposto no artigo acima, não deixando brechas para ser utilizada em situações adversas do que diz a lei. Então, fará uso da modalidade quando existir a necessidade de inovação tecnológica, quando a Administração Pública não consegue solucionar satisfatoriamente tal necessidade. O objetivo é solucionar da melhor maneira possível, por intermédio de discussões ao longo do certame.

No inciso I, alínea “a”, a demanda administrativa se faz da necessidade de inovação tecnológica ou técnica. Nesse caso, o particular terá que desenvolver

mediante certame no âmbito tecnológico, a solução que Administração Pública precisa, sejam elas, bens, obras ou serviços.

No inciso I, alínea *b*, a Administração necessita de soluções oferecidas pelo mercado para suprir suas necessidades, mas, elas devem sofrer adaptações, não se trata de uma solução já formada.

Já na alínea *c*, o mercado tem opções, porém a administração sozinha não tem uma definição pronta para o bem, obra ou serviço em questão.

No inciso II do art. 32, percebe-se que a administração Pública tem deficiência de informações, no tocante ao que há disponível no mercado para solucionar seus problemas.

Na alínea *a* do referido inciso, entende-se que é sabido que existe uma solução técnica no mercado, mas não se tem conhecido sobre qual é a mais adequada para atender a demanda. A alínea *b* mostra que a Administração Pública já definiu a solução, mas precisa ajustar os requisitos técnicos.

N alínea *c*, trata das estruturas financeiras e jurídicas dos contratos que serão assinados após o rito licitatório.

As situações definidas nos incisos do art. 32 são pertinentes, pois, cabe o uso desta modalidade quando o Ente não tem o conhecimento apropriado dos mecanismos para o desenvolvimento, bem como da finalidade, ou seja, a Administração Pública sabe o que precisa, porém, não consegue chegar a solução que possa sanar a situação e assim adquirir o seu objetivo.

O art. 32, §1º, da Lei nº 14.133/2021, trata dos procedimentos que devem ser seguidos:

Art. 32 [...]

§ 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;

A primeira coisa a ser feita é instaurar uma comissão composta de pelo menos três servidores, sendo estes efetivos ou empregados públicos para conduzir a contratação, sendo também permitida contratação de profissionais técnicos, esses termos estão em consonância com o inciso XI.

O rito processual do Diálogo Competitivo acontece em três fases: a pré-seleção, a fase do diálogo e, por último a fase competitiva

Na primeira fase, a pré-seleção dos licitantes, dá-se início ao certame em consonância com o inciso I através da divulgação do edital que será divulgado em site em site eletrônico oficial. No referido edital deve conter as necessidades, bem como as exigências da Administração Pública, com um prazo mínimo de vinte e cinco dias úteis para que haja a manifestação dos interessados em participar do processo licitatório.

O inciso II explana sobre os critérios para pré-seleção, os quais estarão disponíveis no edital, desse modo, os participantes devem obedecer na sua totalidade o que pede o edital.

Essa fase não tem a competição como base, é o momento onde o licitante tem o contato informativo necessário através do edital, para que ele possa desenvolver a solução que a Administração Pública precisa.

A segunda fase é a do diálogo, ela acontece após uma seleção prévia. O inciso III versa sobre a vedação de divulgação de informações que possam implicar vantagem para o licitante, portanto, os mesmos devem ser tratados de forma igualitária.

Nos moldes do inciso IV, a Administração Pública não pode em hipótese alguma divulgar informações entre o Ente e os particulares. A Administração e os licitantes pré-selecionados, desenvolvem as negociações de forma reservada, onde cada licitante conversa isoladamente com a Administração para a construção da solução que o Ente almeja.

Portanto, as respectivas negociações realizadas são mantidas sob sigilo com cada licitante pré-selecionado

O inciso V não estipula um período de tempo para desenvolver o certame, uma vez que, deve ser levado em consideração a complexidade da demanda, bem como da habilidade dos pré-selecionados em solucionar o problema. Podemos ver ainda no inciso V, que a lei não estipula uma quantidade específica de soluções, podendo considerar as soluções de mais de um licitante.

O inciso VI versa sobre os princípios da publicidade e transparência, as reuniões tem de ser gravadas em áudio e vídeo, bem como deve ser feito o registro em ata, para que seja juntado aos autos do processo licitatório. O Inciso VII trata das fases sucessivas, onde a Administração Pública pode antever etapas para negociações sucessivas no período da fase de diálogo. Pode ser feito um filtro até chegar a melhor solução.

Encerrou-se a fase de diálogo, a partir de agora inicia-se a fase de competição, que estão explanadas nos incisos VIII, IX e X.

E por fim, a fase competitiva, na forma do inciso VIII, após a finalização da fase de diálogo, deve-se juntar todos os documentos dessa fase aos autos do processo, em seguida, a Administração Pública emitirá um edital com prazo não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, onde terá explicito as especificações da solução a

ser contratada, bem como os objetivos para que assim o Ente selecione o licitante ou licitantes que apresente a proposta ou propostas mais vantajosas.

O inciso IX dá permissão para que a Administração solicite esclarecimentos acerca das propostas, desde que não haja discriminação, nem tampouco distorção a concorrência das propostas. Ou seja, deve ser feita com cautela para que não haja favorecimento a qualquer licitante.

O inciso X diz que a proposta mais vantajosa será contratada, seguindo o que dispõe os critérios mencionados no início da fase competitiva.

3.5 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) *VERSUS* DIÁLOGO COMPETITIVO

Além das modalidades licitatórias a lei dispõe de outras maneiras dos particulares participarem, é o que chamamos de procedimentos auxiliares de licitações. Veremos aqui as diferenças entre o Diálogo Competitivo e o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), o qual também é utilizado em decisões da Administração Pública com a participação de particulares.

A princípio, o PMI foi regulamentado pelo Decreto Federal nº 8.428/2015 e se encontra previsto no art. 78, inciso III da Lei nº 14.133/2021 como um dos procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas pela lei supracitada.

O *caput* do art. 81 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos explana o uso da PMI, onde (BRASIL, 2021):

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

Portanto, através do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), a Administração recebe estudos, investigações, levantamentos e projetos que deem resolutividade a demanda da administração e só serão ser contratadas se forem aprovados pelo Ente contratante.

Di Pietro diz, é “importante instrumento de que a Administração Pública pode valer-se, facultativamente, para suprir a sua insuficiência de conhecimento técnico indispensável para a estruturação de grandes empreendimentos” (DI PIETRO, 2018. p. 47).

Nesta situação a Administração não sabendo solucionar a demanda, busca soluções por meio de particulares, o diálogo acontece durante a fase de estudo.

O PMI auxilia o poder público antes que aconteça a abertura da licitação, vindo esta acontecer ou não, portanto, não existe nenhuma garantia de que o certame seja realizado, trata-se na verdade de uma investigação que a Administração Pública faz ao particular.

Não havendo nenhuma certeza de formalização de contrato, o PMI não traz nenhum estímulo no tocante a participação dos particulares, já que o ressarcimento das despesas com os estudos, investigações, levantamentos e projetos se fará se o competidor privado vencer o processo licitatório, o qual é incerto que aconteça.

Se analisarmos o Diálogo Competitivo podemos perceber que ocorre justamente o contrário do PMI, pois neste o particular procura a Administração Pública por sua conta e risco, enquanto que, naquele por ser uma modalidade de licitação, existe as fases interna e externa, com a possibilidade de contrato.

Na ótica de Rodrigues e Zaco, a distinção do Diálogo Competitivo e do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é que na modalidade licitatória há:

A limitação do universo de participantes a licitantes previamente selecionados e efetivamente interessados no objeto da disputa; (ii) a previsão de fase específica para o aprofundamento do diálogo entre Administração Pública e iniciativa privada, que poderá ser mantida até que a Administração Pública identifique a solução que atende às suas necessidades; (iii) a vinculação entre a fase negocial e a etapa de disputa, o que a um só tempo, (iii.1) estimula a construção de soluções consistentes e adequadas aos objetivos almejados com a contratação, e (iii.2) assegura a participação, na fase de disputa, apenas dos agentes que efetivamente estudaram e compreenderam a complexidade do negócio em discussão.

Nota-se que, no Diálogo Competitivo existe uma sequência a ser seguida e que só consegue chegar ao final o particular que realmente desenvolveu a solução para a Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

O processo licitatório, nos moldes da Lei Federal nº 14.133/2021, dá ênfase a isonomia entre os participantes no procedimento, com isso tem-se uma concorrência isonômica, buscando sempre um resultado mais vantajoso para a Administração Pública, evitando desperdícios ao erário público, e também qualidade do objeto contratado.

A modalidade licitatória Diálogo Competitivo pretende resolver as dificuldades enfrentadas no âmbito da Administração Pública no que diz respeito às demandas inovadoras e também complexas, tendo como principal norma o diálogo entre os particulares que de fato possam apresentar as soluções necessárias ao Ente Público.

Essa comunicação entre a Administração Pública e os licitantes permite sanar as demandas complexas de uma maneira resolutiva, pois a solução é realmente analisada minuciosamente e isso possibilita tanto a transparência quanto a flexibilidade ao certame, dando portanto, segurança jurídica entre a Administração e o particular, bem como competitividade entre os licitantes.

Com isso, a Administração Pública tem acesso ao que há de mais novo no mercado no que diz respeito a inovação e tecnologia. A perspectiva é de que os contratos sejam efetivos.

Por outro lado, esta modalidade tem que ser utilizada com cuidado, uma vez que o gestor público, não tendo conhecimento técnico sobre a necessidade da Administração Pública, não tem como garantir se o ente privado escolhido foi de fato o mais vantajoso, o que vai solucionar o problema, já que a lei não especifica se a proposta mais vantajosa deve ser de cunho técnico, inovador ou econômico.

A norma permite a contratação de assessor técnico para esclarecer as dúvidas por conta da falta de conhecimento sobre a matéria e isso gera aos cofres públicos mais gastos e ainda demanda de tempo, tendo em vista que se trata de uma modalidade de longa duração para chegar a um resultado.

A comissão de contratação tem um papel de suma importância nesse rito processual, portanto, ela deve estar preparada para desenvolver o certame, e essa preparação demanda de qualificação para que a condução seja bem feita.

Cabe à Administração Pública buscar capacitações para sua comissão e organizar o ambiente para o andamento do certame, uma vez que, a partir de 1º de abril de 2023, a nova lei deve fazer parte de todos os certames, independente da modalidade licitação a ser utilizada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 12 de setembro de 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2015).

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** – Ed. JusPODIVM, 2021. Versão e-book. Capítulos 9 e 11.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 321. Ed. Rio de Janeiro. 2018. Editora Forense LTDA.

FORTINI, Cristina; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Nova Lei de Licitações: Destaques Importantes- Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Versão e-book.

HAAB, Augusto Schreiner. **Diálogo Competitivo versus procedimento de manifestação de interesse**. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021->

abril-15-dialogo-competitivo-versus-manifestacao-de-interesse. Acesso em 30 de maio de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei: 14.133/2021**. 1.ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrar/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias>. Acesso em: 27/ de abril de 2022.

MERHOLZ, André. **O diálogo competitivo na nova Lei de Licitações**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-07/meerholz-dialogo-competitivo-lei-licitacoes>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. et al. 2.ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. **O Diálogo Competitivo na Nova Lei de Licitações Brasileira**. São Paulo: Schiefler Advocacia, 2021. Disponível em : <http://schiefler.adv.br/dialogo-competitivo-nova-modalidade-de-licitacoes>. Acesso em 03 de maio de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e prática** – 9. Ed – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2020

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo** – 9ª Ed. Método, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; **O Diálogo Competitivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Versão e-book.

REMÉDIO, José Antônio. Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021): o Diálogo Competitivo como nova modalidade de licitação. Disponível

em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/7568/pdf>. Acesso em 25 de março de 2022.

Revista de Direito Administrativo – RDA. Disponível em mpsp.mp.br/portal/page/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_informativo/2022_periodicos/RDir-administrativo_v.280_n.3pdf. Acesso em: 27 de abril de 2022.

SANTOS, Marcello Leite dos. Licitações: as legislações pertinentes e Projeto de Lei nº 6814/2017. 2019. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portals-services/files/arquivo/nome/13958/6fac64fb1baf5b6e87c968984b737be.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. 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/HTML/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>>. Acesso em: 18 de março de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em: 18 de março de 2022.