

Diogo Lima: A nova modalidade de licitação da Lei 14.133/2021

28/11/2021

1) Introdução

A Lei 14.133, de 1º de abril deste ano, representa importante marco no Direito Administrativo brasileiro, ao consolidar os três mais importantes diplomas vigentes sobre licitações e contratos administrativos: a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei 12.462/2013 (Lei do RDC).



Ao lado do incremento à eficiência, a intenção

normativa de aproximar as contratações públicas do dinamismo e flexibilidade próprios da esfera privada é outra conclusão imediata das diretrizes da nova Lei de Licitações. Importante instrumento jurídico nesse sentido é a nova modalidade licitatória: diálogo competitivo.

O objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa, expresso na Lei 8.666/1993 (artigo 3º), ganha novos contornos na Lei 14.133/2021, que expressamente busca "*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*" (artigo 11, inciso I).

Nessa perspectiva é que se insere o diálogo competitivo.

2) Aspectos gerais sobre uma Administração Pública consensual e dialógica

A doutrina de Direito Público moderna debate de forma intensa a necessidade de uma Administração Pública mais consensual, dialógica, que se afaste de concepções unilaterais e impositivas que marcaram a administração burocrática.

Por meio de uma atuação dialógica, a Administração atende a diretrizes importantes do Estado democrático de Direito e se aproxima de uma legítima realização do interesse público, que abrange o interesse da Administração sem a ele limitar-se. Dantas (2020, p. 13) [1] explica que "*o interesse público é bem mais amplo que o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública, bem como que o princípio da eficiência pode admitir a transação em preferência à*

solução unilateral".

A expansão do consensualismo permite à Administração Pública atuar com maior flexibilidade e, assim, solucionar controvérsias atípicas, que não encontram na prática usual ou no conjunto normativo positivado respostas perfeitas e imediatas. Ou, ainda, reduzir substancialmente o tempo e os recursos demandados no processo de litígio.

As lições modernas do Direito Administrativo indicam ampla possibilidade de consensualismo na resolução de conflitos que envolvem o poder público, mas é necessário perceber que instrumentos de mesmo jaez, essencialmente dialógicos, teriam importante potencial na construção de alternativas para otimizar a própria gestão pública, inclusive no que diz respeito às contratações estatais.

Nesse cenário deve ser compreendida e aplicada a nova modalidade licitatória introduzida pela Lei 14.133/2021: o diálogo competitivo, que materializa a atuação negocial e dialógica da Administração em um processo licitatório.

3) Diálogo competitivo: origens

A modalidade licitatória inaugurada pela nova Lei de Licitações e Contratos tem origem no Direito europeu. O diálogo competitivo, em contornos bastante similares àqueles adotados pela norma brasileira, tem previsão na Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 e é denominada no ordenamento jurídico de Portugal de diálogo concorrencial.

Esclarece Lima de Oliveira (2021, p.5) que *"a previsão do diálogo competitivo veio para legitimar uma postura já adotada por alguns países membros da União Europeia no bojo de outra modalidade de licitação usual no velho mundo, o procedimento por negociação"* [2].

4) Diálogo competitivo: conceito e objeto

O diálogo competitivo é destacado pela doutrina administrativista como uma das principais inovações da Lei 14.133/2021. Consubstancia nova modalidade licitatória, estabelecida pelo artigo 28, inciso V, daquela lei.

A legislação brasileira reproduziu, essencialmente, regras da Diretiva 2014/24/EU e, nos termos do artigo 32 da nova Lei de Licitações e Contratos, o diálogo competitivo é restrito a duas hipóteses gerais, que podem, em um esforço de síntese, ser assim classificadas: 1) objetos determináveis, mas de especificidades incertas; 2) necessidades da Administração definidas, mas objeto indeterminado ou indeterminável pela unidade contratante.

A primeira classificação diz respeito à dicção do inciso I do artigo 32 da Lei 14.133/2021 e nessa possibilidade de diálogo competitivo o objeto a ser contratado, apesar de determinável em seus contornos gerais, possui especificidades importantes que dificultam sua precisa identificação para fins de licitação. Tais particularidades podem estar relacionadas à inovação tecnológica ou técnica, à necessidade de adaptação de soluções disponíveis no mercado ou à impossibilidade de definição adequada e suficiente.

Em se tratando de inovação tecnológica ou técnica, ou mesmo quando o objeto exigir adaptação de soluções disponíveis no mercado ou não permitir uma definição de seus principais caracteres constitutivos, o diálogo competitivo exsurge como modalidade licitatória capaz de, a partir de discussões com possíveis interessados, preencher as principais lacunas e permitir um processo concorrencial completo, com balizas suficientes para a seleção objetiva do contratado.

O inciso II do artigo 32, por sua vez, diz respeito às situações em que a Administração, apesar de delinear suas necessidades, busca no setor privado a identificação e a definição de alternativas mais vantajosas para satisfazê-las. As referidas hipóteses legais remetem a contratações que envolvam complexidade técnica, jurídica ou financeira relevante, a ponto de exigir *expertise* de que a Administração Pública não disponha.

É também possível conceber que o diálogo competitivo, para contratações de tamanha complexidade, permite à Administração capturar no mercado privado soluções ótimas, resultado de interações com especialistas privados e potenciais fornecedores que apresentem vantagens não vislumbradas pelo poder público a partir de estudos que compõem a fase interna em um processo ordinário de contratação.

Na sequência, serão detalhadas as principais etapas do diálogo competitivo.

5) Etapas do diálogo competitivo

5.1) Pré-seleção

O diálogo competitivo inicia a fase externa com a publicação de um edital de pré-seleção dos possíveis licitantes. Esse primeiro termo convocatório tem dois objetivos principais: apresentar as necessidades da Administração e fixar as exigências para habilitação dos possíveis interessados.

Vale lembrar que, nesse momento do processo, a unidade licitante não possui, ainda, a definição completa do objeto que irá licitar. Há questões relevantes não elucidadas, relacionadas à própria escolha da melhor solução, à necessidade de adaptação de alternativas do mercado, à especificidade do objeto que envolve inovação técnica ou tecnológica, à dificuldade de definição das especificações e/ou requisitos técnicos ou ainda à estrutura jurídica e financeira do contrato a ser firmado.

Essa fase também marca, ao menos em parte, a habilitação dos concorrentes que, preenchendo os requisitos objetivos fixados no edital, serão admitidos para a próxima etapa do diálogo competitivo.

Além disso, a inversão entre fases de habilitação e julgamento, consagrada pela Lei do Pregão, mantida pela Lei do RDC e prevista na nova Lei de Licitações e Contratos, é aqui excepcionada, ao menos em parte, na modalidade diálogo competitivo.

Isso porque os requisitos de pré-seleção, destinados a reduzir o universo de competidores apenas àqueles aptos a atender às necessidades postas pela Administração, realizam verdadeira habilitação técnica. Eventualmente, é legítimo que até mesmo adentrem a parâmetros jurídicos e econômico-financeiros.

De outra forma, segundo a Lei 14.133/2021, todos os candidatos que atenderem aos critérios de pré-seleção restarão habilitados. E não é possível conceber que referida regra seja mitigada por edital ou mesmo pelo decreto que deve regulamentar a lei, haja vista que a limitação do número de competidores exigiria observância ao princípio da legalidade estrita.

Terminada a fase de pré-seleção, com a consequente habilitação técnica de todos os candidatos que preencherem as exigências, passa-se à fase que consubstancia a verdadeira inovação da modalidade licitatória: os diálogos.

5.2) Diálogos

Os diálogos entre a Administração Pública e os licitantes pré-selecionados representam a essência e o caráter distintivo dessa modalidade licitatória. Aqui, a partir da cooperação da iniciativa privada, em diálogos diretos com a comissão que representa a unidade licitante, a solução a ser licitada, as especificações do objeto, a conformação jurídico-financeira da minuta de contrato serão delineadas.

Embora não haja previsão expressa, é possível depreender das disposições legais que o diálogo entre o licitante pré-selecionado e a Administração será individual e, até o fim dessa fase, reservado. Isso porque o sigilo das soluções técnicas é garantia conferida ao particular e, como previsto no inciso IV do §1º do artigo 32, *"a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento"*.

Essa segunda fase do certame encerra-se com a eleição da solução ou das soluções, devendo a Administração, após registrar no processo as negociações conduzidas, divulgar o edital de convocação de todos os licitantes previamente selecionados para a fase competitiva.

5.3) Fase competitiva

Novo edital é publicado pela unidade licitante para iniciar a fase competitiva. Nessa, agora com o objeto suficientemente definido, os licitantes pré-selecionados apresentarão propostas e concorrerão pelo contrato. Reitere-se, portanto, que a fase concorrencial ocorre apenas entre os interessados pré-selecionados.

Um elemento a se considerar é que a Lei 14.133/2021 não estabeleceu regras para exclusão de licitantes que, embora previamente selecionados, não tenham participado de forma ativa da fase de diálogos, cooperando para a definição da solução.

De toda forma, ofenderia à finalidade precípua do diálogo competitivo a participação na fase concorrencial de particular que, apesar de pré-selecionado, em nada cooperou com a construção do objeto a ser licitado. Esse último é o fim principal da modalidade licitatória e é possível sustentar que a legitimação para figurar entre os concorrentes passa não apenas pelo atendimento aos critérios de seleção iniciais, mas também pela postura ativa e produtiva na construção da solução que atende aos interesses da Administração.

O edital da fase competitiva é resultado de todo o processo de diálogo transcorrido. Nele, portanto, estará indicada a especificação da solução ou das soluções aptas a atender às necessidades da Administração.

Também devem constar do edital da fase competitiva os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa. De acordo com o inciso X do §1º do artigo 32, a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, mas o texto legal não fixa qual dentre os critérios de julgamento do artigo 33 da lei deve ser escolhido.

Nesse trabalho defende-se que há certa discricionariedade do gestor público para definição do critério de julgamento, com fundamento no inciso X do §1º do artigo 32 da Lei 14.133/2021, que estabelece que a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva. Além disso, tal discricionariedade é necessidade prática que se impõe, pois, a depender da natureza da contratação e do objeto licitado, critérios de julgamento de caráter apenas financeiro ou que contemplem técnica e preço podem ser os mais adequados.

Por fim, selecionada a proposta mais vantajosa com base nos critérios definidos no edital que inaugura a etapa competitiva, cabe à comissão de contratação encaminhar os autos para a autoridade competente, a fim de que ela adjudique e homologue a licitação, nos termos do artigo 71, IV, da Lei 14.133/2021.

6) Conclusão

A eficiência, enquanto princípio constitucional, exige da Administração Pública uma atuação cada vez mais alinhada com os anseios e necessidades da sociedade. Incabível considerar legítima, nos tempos atuais, uma atuação pública focada em si mesma, que não entregue à sociedade bens e serviços úteis e de qualidade, a realizar, quando muito, o interesse da própria Administração, e não o interesse público que lhe deve sobrelevar.

O diálogo competitivo, instituto jurídico em grande parte importado do Direito europeu, é modalidade licitatória inaugurada pelo novo marco de licitações e contratos com o objetivo nítido de conferir maior eficiência e flexibilidade às contratações públicas de objetos complexos.

Há de se reconhecer que o diálogo competitivo é instrumento jurídico permeado de desafios para aplicação. O potencial de concretização da eficiência estatal e da maximização de resultados que ele detém está acompanhado por ineditismo e entraves burocráticos históricos a lhe retirar atratividade. A despeito disso, certamente é ferramenta importante e que merece ser considerada na contratação de objetos complexos, sobretudo pela capacidade de induzir maior assertividade e eficiência nas licitações públicas.

Referências bibliográficas

DANTAS, Bruno. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 22 nº 127 Jun./Set. 2020 p. 261-280.

LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. O diálogo competitivo brasileiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP, Belo Horizonte, ano 20, nº 232, p. 67-106, abril 2021.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[1] DANTAS, Bruno. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 22 nº 127 Jun./Set. 2020 p. 261-280.

[2] LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. O diálogo competitivo brasileiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP, Belo Horizonte, ano 20, nº 232, p. 67-106, abril 2021. Pág. 5.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-nov-28/diego-lima-modalidade-licitacao-lei-141332021/>