

O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E A RESTRIÇÃO DE PARTICIPANTES NA FASE DE JULGAMENTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO CONFORME A LEI 14.133 DE 2021

Camila Malaquias Lelis¹

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE NA LICITAÇÃO PÚBLICA; 3 FASES DO DIÁLOGO COMPETITIVO CONFORME A LEI 14.133 DE 2021; 3.1 FASE DE HABILITAÇÃO; 3.2 FASE DE DIÁLOGO; 3.3. FASE DE APRESENTAÇÃO E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS (ETAPA COMPETITIVA); 4 RESTRIÇÃO DE LICITANTES NA ETAPA COMPETITIVA; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO

O tema do presente artigo é a possibilidade de restrição de participantes na fase de apresentação e julgamento das propostas – fase competitiva, que faz parte de umas das fases da nova modalidade de licitação, o diálogo competitivo. Essa nova modalidade foi inserida na recente lei de licitações e contratos, publicada em primeiro de abril de 2021 (Lei 14.133). Essa modalidade tem o intuito de ser utilizada em situações mais complexas em que a administração pública precisará da ajuda do mercado privado para encontrar a melhor solução em determinadas necessidades. O objetivo da pesquisa é demonstrar de que modo será possível impedir a participação na fase competitiva daqueles licitantes que não contribuirão na fase de diálogo sem ofender o princípio da competitividade. Vale ressaltar que o novo marco regulatório foi omissivo sobre esse assunto, mesmo tal previsão sendo expressa no direito estrangeiro. Assim, essa omissão pede que os aplicadores dessa nova modalidade se utilizem de uma interpretação mais sistemática e moderna.

PALAVRAS-CHAVES: DIÁLOGO COMPETITIVO; FASE COMPETITIVA; PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE.

¹ Pós-Graduada em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS.

1. INTRODUÇÃO

O processo de contratação pública brasileiro carecia de atualização há muitos anos. Essa carência não se dá apenas pelo tempo que foi editada a lei 8.666/93, mas também pela maneira como os aplicadores e agentes participativos dessa relação interpretavam a norma legal e aplicavam nas realidades práticas da vida.

Com a vinda da lei 14.133 de 2021, vários pontos merecem ser palco de discussão para que se possa verdadeiramente fazer uma atualização da licitação pública brasileira. Os tempos mudaram com novas tecnologias e inovações, e a lei velha mostrou quais são as maiores carências brasileiras, como a corrupção, falta de conhecimentos dos agentes públicos e até dos próprios particulares que disputam o certame. Por isso, a discussão sobre a nova lei é fundamental para que a licitação pública brasileira seja mais ativa e eficaz. Dentre os vários pontos que merecem discussão destaca-se a possibilidade de restrição de participantes na fase competitiva do diálogo competitivo.

Há anos alguns particulares e até mesmo alguns agentes organizadores das licitações utilizaram de artimanhas para driblar o princípio da competitividade, e com isso, criaram brechas para escolherem os licitantes de forma parcial. Foi a partir daí que os órgãos de fiscalização começaram a agir de maneira mais dura e restritiva. Todavia, essa postura dos órgãos de fiscalização trouxe também malefícios, sendo alguns deles a insegurança e medo sentidos por aqueles que de fato agem de boa-fé ao tentarem estabelecer qualquer tipo de restrição dentro do certame, mesmo quando essa restrição seja com o intuito de trazer mais benefícios para a contratação.

Essa insegurança, com certeza, paira aqueles que irão trabalhar com a nova modalidade de licitação. Então, como estabelecer alguma restrição de participação ao lidar com uma nova modalidade de licitação que tem fases bem mais complexas e que não tem precedentes aqui no Brasil? Para ter essa resposta é necessário um estudo sobre os seguintes pontos: princípio da competitividade, diálogo competitivo e suas fases, bem como, a possibilidade de restrição de participantes na fase de julgamento das propostas.

Nunca será possível atualizar a situação de fato apenas com a mudança de texto de lei. É imprescindível mudança de postura, utilizando a hermenêutica jurídica como aliada para o melhoramento do Direito Brasileiro.

2. O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE NA LICITAÇÃO PÚBLICA

O direito administrativo brasileiro é composto por várias regras e princípios que buscam, em sua essência, atender às finalidades públicas e subsidiar a formação dos atos e fatos administrados para que estes tenham credibilidade frente à sociedade, e, por consequência, gere aceitação, respeito e obediência dos cidadãos.

Os princípios, como um todo, são fundamentais para orientar as tomadas de decisões - decisões essas que passam por uma constante adaptação a realidade e oscilação axiológica. É nesse sentido que se mostra fundamental o respeito aos princípios administrativos, na medida em que estes trazem segurança jurídica, desde que alinhados a uma interpretação sistêmica.

O sentimento de segurança e aprovação social se faz ainda mais necessário, principalmente com a publicação da nova lei de licitações (Lei 14.133/21). A contratação de produtos, serviços e obras é um dos eventos mais vistos e fiscalizados pela sociedade. Essa fiscalização tem razão de ser, já que os gastos com contratações são bem expressivos, em 2019, por exemplo, chegaram a R\$23 bilhões, conforme portal da transparência.²

Licitação é um procedimento fundamental para que a administração pública exerça seu papel. Em 01 de Abril de 2021 ocorreu um grande marco para as contratações públicas brasileiras: foi publicada a nova lei de licitações, a Lei.14.133, substituindo a antiga 8.666/93. A nova normativa fez um aglomerado de várias outras leis já existentes, como a Lei do Pregão (Lei 10.520/02), a lei do RDC (Lei 12.462/11) e a lei das estatais (13.303/16).

Esse marco trouxe várias inovações, mas deu margem para que o conceito de licitação continuasse o mesmo. No que tange a conceituação, destaca-se o apresentado pelo advogado da União e também professor Ronny Charles (2021, p.46):

A licitação é justamente o procedimento prévio de seleção por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato.

² Essa informação foi coletada do site "Compras Governamentais: 5 estatísticas que você precisa conhecer". Acessado em 08/02/2022 às 15:36.

É importante destacar no conceito do ilustre doutrinador que a licitação utiliza como um dos critérios de escolha da melhor alternativa o “fomento a competitividade”. Esse ponto do conceito faz uma referência direta e expressiva a um princípio muito conhecido e aceito, qual seja, o princípio da competitividade.

O princípio da competitividade está expressamente previsto no art.5º da Lei.14.133/21, junto com vários outros princípios, tendo em vista que o novo marco legal trouxe uma lista mais extensa de princípios expressos. Ele diz:

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

O referido princípio exige que o procedimento de contratação seja construído estabelecendo em todas as suas etapas (formulação de edital, qualificação dos participantes, julgamento das propostas, etc.), estímulos para que os participantes sejam ativos e eficientes na apresentação da proposta, além de proibir a administração pública de adotar medidas restritivas de competitividade. Tudo isso para alcançar a proposta mais vantajosa.

Tal princípio está estritamente relacionado com o princípio da isonomia, na medida em que ele busca estabelecer uma relação de igualdade, dando a todos os interessados a possibilidade de apresentarem sua proposta de forma justa e equânime. Ele parte da ideia de que o licitante, ao entrar em uma disputa, será estimulado a apresentar propostas com valores mais baixos, produtos de melhor qualidade, serviços mais eficientes ou soluções mais adequadas. Ronny Charles (2021, p.123), com muita propriedade, ressalva:

A competição é um dos principais elementos do procedimento licitatório. Deve-se compreender que a disputa entre os eventuais interessados possibilita à administração alcançar um melhor resultado no certame, auferindo uma proposta vantajosa

E acrescenta, o autor:

A competitividade é um instrumento fundamental para reduzir os preços contratados, melhorar a eficiência do processo licitatório e combater a corrupção. A ampla competitividade dificulta acordos escusos, cartelização e conluio entre licitantes.

Esse princípio foi interpretado por muitos como sendo a necessidade de implementar o maior número possível de competidores dentro do procedimento licitatório, e qualquer ato que restringisse a participação de um ou mais participantes configuraria violação ao princípio da competitividade, sendo possível chegar até as últimas consequências, como a anulação do certame.

Contudo, tem que ter cautela e analisar a situação de fato em observância a todo um sistema dentro do ordenamento jurídico. Pode ser equivocado pensar que um número maior de participantes trará benefício. A realidade fática já mostrou que o número de participantes não irá, necessariamente, dá ensejo a melhor proposta. Na verdade, em alguns casos, ao fazer uma correlação com outros princípios, como o da economicidade, eficiência e celeridade, um grande número de licitantes poderá mais prejudicar do que ajudar.

Tal princípio não é absoluto e, portanto, vale-se de relativização. Merece destaque a lição do próprio professor Ronny Charles (2021, p.123) “nem sempre pode ser concebido de forma absoluta, permitindo, por vezes, sua relativização em detrimento de outro princípio, como a legalidade”.

Em verdade, ele deve buscar, em sua finalidade essencial, combater as irregularidades que dão preferência a determinado fornecedor ou produto, bem como permitir que todos aqueles que de fato irão contribuir para a solução mais adequada participem do certame. Conclui Ronny Charles (2021, p.1223) sobre a ampla competitividade: “Ela deve ser buscada não apenas com a ampliação da publicidade, mas também com maior transparência, simplificação dos procedimentos e definição de regras claras para as contratações públicas”.

Portanto, o princípio da competitividade não deve buscar de maneira robotizada utilizar como critério somente quantidade de participantes, mas sim, acolher o maior número possível de licitantes qualificados que realmente irão participar para beneficiar a administração pública com a solução de suas demandas.

3. FASES DO DIÁLOGO COMPETITIVO CONFORME A LEI 14.133 DE 2021

A lei 14.133 de 2021 é o resultado de um projeto de lei que começou a tramitar no Senado Federal desde 2013 (Projeto nº 559). Contudo, as reclamações sugerindo atualização da lei 8.666/93 vinham sendo requeridas há anos.

Dentre as novidades da recém-chegada lei, destaca-se a nova modalidade de licitação, o diálogo competitivo. Neste ponto a nova lei inspirou-se no ordenamento estrangeiro, em especial o Europeu.

Inicialmente, tal modalidade surgiu na Diretiva Europeia 2004/18/CE do parlamento Europeu e do conselho, e foi mantida na Diretiva 2014/24/EU, que revogou a anterior. Foi criada com o objetivo de abrir caminho para que o Poder Público converse com o mercado econômico de maneira menos burocrática e mais amigável, na medida em que irão trabalhar de forma conjunta para a solução de questões que a administração pública considera complexas.

Na lei brasileira esse instituto foi conceituado no artigo 6º, inciso XLII da lei 14.133 de 2021:

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

Percebe-se que o direito brasileiro seguiu a mesma linha da diretiva europeia, colocando suas hipóteses semelhantes ao direito estrangeiro. No Brasil, a ideia do diálogo competitivo também é a de estabelecer uma comunicação com os particulares para que estes possam trabalhar em encontrar a melhor solução nos casos considerados complexos, em que a administração não tem amparo técnico, jurídico e financeiro para encontrar sozinha o desenlace daquela necessidade, ou seja, definir qual o melhor objeto de contratação. Explica Mark Kirby (2008, p.286), “o diálogo é um procedimento voltado para solucionar problemas ligados à definição do que contratar”.

Já os pressupostos de aplicação se encontram no art. 32, incisos I e II, enquanto que o procedimento está previsto no art.32, §1º da lei 14.133/21³. Alguns fazem a divisão de fases em apenas duas, mas na presente pesquisa achou por bem dividir esse procedimento em três fases: primeira - fase de habilitação; segunda - fase de diálogo; e terceira - fase de apresentação e julgamento das propostas.

³ 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;

XII - (VETADO).

3.1. Fase de Habilitação

Esta é a primeira fase do diálogo competitivo brasileiro. Portanto, de início já se constata que nessa nova modalidade de licitação, a fase de habilitação ocorre primeiro que a fase de apresentação e julgamento das propostas.

Ela inicia-se com a publicação de um edital no PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas) dando o prazo de 25 dias úteis para manifestação de interesse. Esse pedido de participação deve ser acompanhado da documentação necessária que comprove o preenchimento dos requisitos.

A nova lei foi omissa quanto aos critérios que serão utilizados para a pré-seleção dos participantes. Sobre esse ponto, explica o professor e Procurador Federal da AGU, Rafael Sérgio de Lima Oliveira (2021, p. 40):

Sobre a pré-seleção dos candidatos aptos a participar do certame, a lei não traz detalhes quanto aos critérios a serem utilizados para esse escrutínio. Valendo-se aqui do modelo do velho mundo⁴, propõe-se que se adotem nessa etapa os critérios de habilitação relativos à qualificação técnica e econômico-financeira, previstos, respectivamente, nos arts. 67 e 69 da nova LLCA. A rigor. O que se propõe é que a etapa de pré-seleção seja a própria etapa de habilitação.

Assim, inicialmente a habilitação dos participantes deve ser pautada em análise dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira. Nesse momento não deve ser analisada a habilitação fiscal, social e trabalhista. Estas deverão ser vistas em momento posterior ao julgamento das propostas, conforme art.63 da nova lei. Explica Rafael Sérgio (2021, p.41):

[...] a pré-seleção não é uma etapa na qual há competição, em que a administração julga quem tem os melhores requisitos. Trata-se de uma etapa de nivelamento, em que o edital prevê os parâmetros minimamente aceitáveis para que o licitante possa contribuir na formação da solução e, se vier a vencer a fase competitiva, tenha condições técnicas e econômicas-financeiras de executar o contrato. Por isso, entende-se que o mais razoável no modelo pátrio é que a seleção prévia paute-se pelos requisitos da habilitação técnica e econômico-financeira.

Logo, a fase de habilitação filtra os candidatos que se mostram aptos a apresentarem uma solução para o problema e, de fato, capazes de executarem o contrato, caso venham a vencer a disputa.

⁴ Quando o autor utiliza o termo “velho mundo”, ele está fazendo referência ao direito europeu.

3.2. Fase de diálogo

Prevista nos incisos III, IV, V, VI, VII e VIII do parágrafo primeiro do art.32 da nova LLCA, a fase de diálogo competitivo é a grande novidade. É aqui que o poder público irá conversar com os particulares habilitados na fase anterior, para que possam encontrar a melhor solução, que pode ser a inovação de um produto ou serviço no mercado ou a junção de objetos já existentes, mas que, isoladamente, cada um não atenderia as necessidades da administração pública.

Essa fase poderá durar pelo tempo que a administração achar necessário para identificar a solução que atenda sua necessidade, desde que tenha uma decisão fundamentada (art.32, inciso V da lei 14.133 de 2021).

A comunicabilidade que haverá entre a administração e o particular deverá ocorrer de forma menos burocrática, mais informal, em que poderá, inclusive, ser de forma oral. Contudo, isso não significa que tal fase não obedecerá às regras e princípios que regem a licitação brasileira. Portanto, deverá em especial observar o princípio da isonomia, oferecendo a todos os licitantes, de maneira isonômica, as mesmas informações e condições. Rafael Sérgio, (2021, p.44) defende essa ideia:

[...] Então, o inciso III em foco busca deixar claro que essa fase negocial deve ocorrer nas mesmas bases informacionais para todos os concorrentes. Na negociação, não pode a administração abrir para um licitante uma informação relevante para a seleção das propostas sem conceder aos demais competidores a mesma informação.

Importante mencionar que essa conversação é entre a administração e cada um dos licitantes isoladamente. Não é permitido uma negociação conjunta entre todos os licitantes e a administração. Assim, nas palavras de Rafael Sérgio (2021, p. 45), “não se trata de uma construção coletiva da solução”, trata-se de uma fase sigilosa entre cada particular com o poder público.

Finalizada as discussões, serão juntados os registros e as gravações das reuniões com os licitantes, podendo eleger uma ou mais de uma solução (art.32, inciso V e VI do §1º da Lei 14.133 de 2021). Em seguida, o órgão contratante publica o edital de convocação de todos os licitantes previamente selecionados para a fase competitiva.

3.3. Fase de apresentação e julgamento das propostas (etapa competitiva)

Na fase de diálogo não há disputa, os candidatos discutem as especificidades do objeto a ser contratado em sigilo com a administração, buscando apresentarem a melhor solução. Em seguida, já na próxima fase – fase de apresentação e julgamento das propostas, é que ocorre a apresentação das propostas com valores referente aquela solução escolhida pela administração pública.

Somente na fase de apresentação e julgamento das propostas que há, de forma propriamente dita, uma competição entre os licitantes para que a sua proposta seja escolhida e ele feche o contrato com a entidade contratante. Vale transcrição *ipsis litteris* dos art. 32, §1º, inciso VIII:

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;

Essa terceira fase começa com a publicação de um novo edital. Como nesse momento já houve a elaboração de um projeto básico ou termo de referência, esse edital conterá as especificações do objeto a ser contratado e os critérios de julgamento para a escolha da melhor proposta. Edcarlos Alves Lima (2021, p.1) explica que a terceira fase, denominada competitiva, inicia-se “com a veiculação do edital, que deverá conter as especificações da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa”.

A parte final do inciso VIII do §1º do art.32 diz: “(...) prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas”. A princípio, depreende-se que o legislador teve o objetivo de permitir que todos os candidatos que passaram na fase de habilitação também participem da fase de julgamento.

Ao utilizar esse tipo de interpretação, é possível concluir que aqueles que não fizeram nada para encontrar a solução do dilema apresentado pela administração

pública também possam participar da fase competitiva. Porém, é evidente que essa interpretação irá desestimular a colaboração na fase de diálogo. Aqueles pré-selecionados na fase de habilitação poderão, simplesmente, adotar uma postura passiva e esperar que os outros candidatos se debrucem sobre o problema.

Isso não parece justo, e pior, irá tornar essa nova modalidade de licitação em algo ineficaz e inoperante. Porém, cabe analisar como fazer essa restrição de participantes sem ofender o princípio da competitividade.

4. RESTRIÇÃO DE LICITANTES NA ETAPA COMPETITIVA

O diálogo competitivo veio com o objetivo de permitir que haja uma aproximação entre administração pública e particulares, para juntos alcançarem soluções que atendam o interesse público. O CADIP - Centro de Apoio ao Direito Público (biênio 2020-2021) acrescenta que o diálogo competitivo “envolverá conversas entre os licitantes, sob orientação do gestor público licitante, visando ao desenvolvimento de uma solução capaz de atender às necessidades do órgão”.

Porém, uma aproximação com os particulares nunca foi bem vista aqui no Brasil devido ao alto índice de corrupção. Assim, além do fato dela ser mais complexa e não haver precedentes no Brasil, é muito provável uma insegurança sobre a aplicação dessa nova modalidade.

Existe uma certa tensão no ar sobre como lidar em algumas situações, uma dessas situações seria exatamente a limitação de licitantes aptos a participarem na fase de apresentação e julgamento das propostas.

A etapa de diálogo é o diferencial dessa modalidade, é ali que os candidatos habilitados passarão a de fato ser “participantes”. É nesse momento que o termo “participante” deve efetivamente tomar posse do seu significado e atuar de forma ativa. Nada adiantaria realizar uma fase de diálogo se alguns licitantes não iriam contribuir para encontrar a melhor solução.

No momento que o particular manifesta interesse e apresenta os documentos de qualificação, subentende-se que ele tem a intenção de contribuir para buscar a resposta que o órgão solicitante quer para aquele problema. Sem antes findar a fase de diálogo, não tem como saber que aquele particular não irá contribuir com nada. É

somente após a fase de diálogo que tem como a comissão de licitação filtrar aqueles que de fato merecem participar da terceira etapa.

Daí vem a questão, quais seriam as maiores consequências de não restringir? Rafael Sérgio (2021, p. 47) fala que “se fosse possível participar da competição para a adjudicação contratual sem se fazer presente na etapa dialógica, não haveria estímulo ao mercado para participar da etapa do diálogo e, assim, propor boas soluções à administração”.

É evidente que ocorrerá um total desinteresse dos envolvidos em colaborar, pois, se for possível participar da fase de julgamento sem auxiliar na busca da solução, nenhum participante irá querer cooperar. Muito mais vantajoso seria esperar que o seu concorrente se debruçasse para encontrar a melhor solução, enquanto aquele apenas esperaria para se movimentar na formulação da proposta (terceira etapa).

Porém, no decorrer dos acontecimentos ninguém iria querer ser o candidato que tem o trabalho de auxiliar a administração, mas sim o licitante que só vai ter algum trabalho para formular sua proposta quando a solução já estiver pronta. E no final das contas, não haverá solução encontrada, porque todos estarão na morosidade de esperar o trabalho duro desenvolvido pelo seu concorrente.

Sobre outro ponto do §1º do art.32 da lei 14.133/21, o professor Rafael Sérgio (2021, p.47) comenta que “a lei brasileira referiu-se à inauguração da etapa competitiva com a publicação de um edital, o que poderia dar a entender que essa fase seria de concorrência ampla, e não restrita aos previamente selecionados”. Segundo o autor, é possível que surja a interpretação no sentido de que é cabível a participação de qualquer interessado, mesmo aqueles que não foram habilitados a participar da fase de diálogo, pois o termo “previamente selecionado” refere-se aos particulares que foram habilitados na primeira fase.

Em relação a essa questão, o próprio autor concorda que o inciso VIII do mesmo parágrafo descarta essa possibilidade, já que ele é claro ao dizer que o prazo de 60 dias será para os licitantes “pré-selecionados”. Todavia, a lei brasileira é omissa no que tange a possibilidade de restrição de participantes na fase de julgamento das propostas, sobretudo sobre aqueles licitantes que foram pré-selecionados na fase de habilitação, mas que em nada contribuíram na fase de diálogo. Sobre esse assunto, vale a pena transcrever o comentário de Rafael Sérgio (2021, p.48):

A modalidade em estudo preza por um estímulo ao mercado para que sejam propostas boas opções para o Estado. A garantia de participação na fase competitiva advinda apenas da pré-seleção poderá ocasionar um desinteresse do licitante pré-selecionado na formulação de soluções. Por isso, é possível dizer que na própria previsão do diálogo já está implícita a imposição da participação efetiva no momento da negociação, sob pena de exclusão do certame.

O diálogo competitivo é uma modalidade mais complexa do que as outras, previstas pela lei 14.133/21. Essa complexidade já é da sua própria natureza, a medida em que é uma modalidade que se inicia sem saber o objeto de contratação. Então, a definição desse objeto perpassará por um estudo, realizado pelos particulares e pela administração, muito melindroso que exigirá muitas discussões e análises técnicas.

Só devem ser agraciados a participarem da fase de apresentação e julgamento das propostas aqueles que realmente se debruçaram sobre o problema apresentado, atuando de maneira diligente. Além de não ser apropriado, a desvalorização do desempenho do candidato predisposto a ajudar a administração é extremamente desanimador e desestimulante.

Esse comportamento desidioso deve ser repudiado, pois pode configurar até intenção de fraude ao certame. Mais uma vez o procurador Rafael Sérgio (2021, p.48) diz que “a ausência de um nível mínimo de dedicação na construção da solução configura uma conduta fraudulenta apta a excluir o competidor da licitação, garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Contudo, imperioso salientar que não se defende aqui que somente o licitante que teve sua solução eleita seja apto a participar da fase de apresentação e julgamento das propostas. Defende-se que todos os candidatos que contribuíram de alguma maneira, apresentando uma solução que seja minimamente aceitável, possa participar da etapa seguinte. O que se repudia é o beneficiamento daquele que nada fez.

Tamanha a importância desse assunto que a nova lei de licitação trouxe outra novidade que foi o art.178. Esse artigo acrescentou no Código Penal o capítulo II-B no título XI da parte especial, integrado pelos artigos 337-E a 337-P, tornando crime o desrespeito ao diálogo competitivo. O art.337-O, caput, diz:

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração

Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

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

É o parágrafo segundo do mesmo artigo ainda diz mais: “Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo”.

Portanto, advoga-se no presente trabalho que em situações mais severas, aquela postura de desídia do licitante em que nada coopera para encontrar a melhor solução na fase de diálogo pode configurar uma omissão do licitante no diálogo competitivo, prejudicando a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e em alguns casos chegando a ferir o caráter competitivo do certame (princípio da competitividade), ou seja, tal conduta configura crime.

É interessante ver como o princípio da competitividade entra no jogo. Se por um lado tal princípio viria para impedir a restrição de participantes na fase competitiva, por outro ele mostra-se como instrumento que auxilia tal prática. Como dito em capítulo anterior, não se pode atualizar a lei e adotar medidas de interpretações antigas. O princípio da competitividade deve ser utilizado para beneficiar a licitação, e não para prejudicar e atrapalhar o desenrolar do procedimento.

Desde 2015 Marçal Justen Filho sinaliza para a correlação que tem o princípio da competitividade com o diálogo competitivo:

Há uma única alternativa para resolver o problema da licitação: ampliar a competição. Isso envolve não apenas alterar radicalmente a disciplina da habilitação (que se encontra onde, mesmo? Na 8.666). É necessário consagrar o chamado “diálogo competitivo”, permitindo que os competidores controlem-se entre si. Nessa linha, os recursos e as impugnações dos competidores não são um problema, são a solução. As críticas da Administração aos recursos e impugnações refletem a postura equivocada em face da sociedade.

Competir não significa apenas participar e apresentar qualquer proposta, mas sim, uma proposta que seja desenvolvida com um nível mínimo de dedicação e esforço. Dessa maneira, haverá uma verdadeira competição entre os envolvidos na fase de apresentação e julgamento das propostas, pois estes se esforçaram para encontrar a solução demandada pela administração, assim, não vão querer perder. A cede para ter os seus esforços recompensados com a adjudicação da sua proposta será ainda maior para aqueles que se desgastaram na fase de diálogo.

Theresa Nóbrega citada por José Antônio Remédio (2021, p.3) informa que

A licitação regida pela Lei 14.133/2021 não só é um processo seletivo, mas também deve cumprir objetivos que vão além da determinação racional-legal do adjudicatário do contrato administrativo, sendo que as inclinações da nova lei mostram a vocação do processo licitatório “para a regulação da economia, tendo em vista o fomento do mercado nacional, a promoção da sustentabilidade, inclusive no emprego, com redução da processualidade e em consonância com a realização de uma política anticorrupção nos contratos públicos” (NÓBREGA, 2019, p. 373).

Colocar no mesmo patamar aqueles que participaram e os que não participaram da fase de diálogo irá desestimular sobremaneira a competição. Então vejamos que o princípio da competitividade não deve ser interpretado como um proibitivo para a limitação de participantes, mas sim como um objetivo a ser cumprido, pois a restrição de participantes na terceira fase somente para aqueles que colaboraram na segunda irá gerar uma disputa ainda maior entre os licitantes, e por consequência, uma corrida mais eficaz para encontrar a melhor solução.

É fundamental o estímulo a participação dos licitantes na fase de diálogo. Estes irão trabalhar sem quaisquer garantias ou remuneração (DIAS, 2010, p. 75 - 76). Portanto, é inadmissível que o participante que teve gastos financeiros, dispêndio de corpo técnico, investimento em tecnologia e etc., deva disputar com aquele que não fez nada na fase de diálogo. Isso iria fazer com que ninguém tivesse interesse em participar de forma ativa. Logo, se não for adotada diretrizes e estímulos para que o mercado participe de forma ativa nessa nova modalidade de licitação, em especial na fase de diálogo, vai ser muito difícil ela ser bem-sucedida no Brasil.

Mas é comum que os agentes que irão lidar com essa situação fiquem inseguros e com receio de serem penalizados por ofender o princípio da competitividade, pois como já foi falado anteriormente a lei 14.133/21 foi omissa em relação a possibilidade de restrição na fase de julgamento das propostas. Com isso, é aconselhável utilizar, como instrumento que trará mais estabilidade e confiança, a descrição dessa possibilidade em regulamento interno, bem como a previsão em edital. Rafael Sérgio (2021, p.48) também faz defesa nesse sentido:

Advoga-se a previsão regulamentar e/ou editalícia de tal hipótese. Como já dito, é da natureza do diálogo a restrição da competição pelo contrato àqueles que efetivamente participarem da etapa de construção da solução. [...] Assim, o edital deve impor para o licitante o seu compromisso de contribuir na elaboração das alternativas viáveis para a satisfação da necessidade pública.

A Lei 14.133/21 foi explícita em incentivar a normatização por meio de regulamentos. É exaustiva as hipóteses em que a nova legislação deixou espaço para exercer a competência regulamentar, aparecendo mais de 50 vezes a palavra “regulamento” no texto da lei. Gabriela Pércio e Fabrício Motta (2021) alertam que na lei 14.133/21, “no mundo dos fatos, o dispositivo tem exigido de intérpretes e operadores muito mais do que seu enunciado supõe”. E os autores continuam:

Desta forma, é possível reconhecer a possibilidade de editar atos normativos infralegais independente de previsão legal expressa quando o desempenho da competência administrativa envolver *organização e procedimento*. Os respectivos atos normativos serão colocados em diversos graus hierárquicos, de acordo com o posicionamento da entidade ou órgão emissor, suas competências e também da densidade do ato editado. Exemplificativamente, é possível reconhecer não somente a possibilidade da edição de decreto administrativo por parte do Prefeito, orientando o cumprimento da Lei para toda a Administração Municipal, como também de outros atos normativos setoriais editados por secretarias e entidades da administração indireta, cujos efeitos ficarão restritos ao respectivo âmbito de competência.

No que tange a utilização do poder regulamentar no edital licitatório, o art.32, §1º, inciso VII foi explícito: “o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;”.

O estado do Paraná foi pioneiro quanto a regulamentação da nova lei de licitações, criando o primeiro regulamento interno sobre a lei 14.133/21. Segundo o Governo do Estado (2022) “a iniciativa tem o objetivo de promover um ambiente íntegro e confiável para as novas negociações”. O decreto regulamentador foi elaborado pela Procuradoria-Geral do Estado, com a participação de sete Grupos Especiais de Trabalho e de 36 procuradores do estado e advogados do quadro⁵. Os trabalhos foram coordenados pelo procurador Hamilton Bonatto, coordenador do Consultivo da PGE (2022) que disse:

“É preciso regulamentar, dizer como vai utilizar, quais são seus limites e possibilidades [...] Fizemos esse decreto para que o Estado possa usar o quanto antes e ter ganhos para melhorar as licitações e contratos, em busca de maior economia e eficiência”.

⁵ Tais informações foram colhidas do site: <https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-elabora-minuta-de-decreto-que-regulamenta-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos>.

Dentro dos 734 artigos desse prolixo decreto regulamentador, destaca-se o art. 140, §3º, §4º, §5º e §6º, por tratarem especialmente sobre a possibilidade de restrição de licitantes na fase de apresentação e julgamento das propostas. Os Paranaenses adotaram como medida restritiva de participação a desqualificação daqueles que oferecerem soluções impróprias. E ainda foram além, premiando aquele licitante que apresentar a melhor solução na fase de diálogo. Relevante a transcrição dos incisos:

Art. 140. Poderão participar da fase de diálogo os candidatos que forem habilitados na forma do §2º do art. 138 deste Regulamento e os que preencherem os requisitos mínimos de qualificação estabelecidos no instrumento convocatório.

§3º O instrumento convocatório deverá prever requisitos mínimos para que se estabeleça se a solução oferecida pelos candidatos seja aceitável, sob pena de desqualificação daqueles que oferecerem soluções impróprias para o atendimento das necessidades a serem atendidas.

§4º Serão desqualificados aqueles que oferecerem soluções impróprias para o atendimento das necessidades a serem atendidas.

§5º O edital poderá prever a concessão de prêmio ou remuneração ao licitante que tiver sua solução escolhida e adotada pelo licitante vencedor.

§6º No caso previsto no § 5.º do caput deste artigo, o valor do prêmio ou da remuneração bem como a forma de pagamento deverá constar no edital de seleção.

Julga-se extremamente sensata a regulamentação feita pelo Estado vanguardista do Paraná. Mesmo sendo o primeiro estado da federação brasileira a criar um regulamento sobre a nova lei de licitação, ele não deixou a desejar sobre esse assunto. Adotou medidas eficientes para estimular a participação do particular na fase de diálogo, fazendo com que essa nova modalidade venha a exteriorizar o que ela de fato veio para ser: um instrumento capaz de incentivar o mercado a encontrar soluções para a administração.

Deve seguir na mesma linha os futuros regulamentos que serão criados pelos outros entes federativos, órgãos e entidades. Deve ser colocado em prática a nova modalidade de licitação como se as suas três fases fossem eliminatórias (e em algumas situações até classificatórias), ou seja, só passariam para a próxima fase quem preenchesse os requisitos necessários para completar a fase que atualmente se encontrassem. E, como já foi explicado, aconselha-se que sejam expressamente estabelecidos nos regulamentos e editais os requisitos de eliminação, para que aquele gestor fique respaldado legalmente, excluindo sua responsabilidade subjetiva.

Tal comportamento exige ousadia e coragem por aqueles que irão enfrentar as situações práticas. É preciso inovar a interpretação pessoal diante do caso prático

para encontrar a melhor saída que efetive a solução almejada pela administração pública, e não ficar arraigado nas amarras que o princípio da competitividade e qualquer outro poderia colocar diante de uma situação nova. Não é possível exigir uma recorrente atualização do texto de lei. A evolução do direito brasileiro, especificamente nas contratações públicas, exige um comportamento mais destemido e arrojado. A Schiefler Advocacia (2021) bem colocou que:

“O sucesso da nova modalidade de licitação brasileira dependerá de um conjunto de fatores, tais como uma regulamentação adequada, entendimentos jurisprudenciais que potencializem a utilização do instituto e doutrinas que aprofundem a nova modalidade e a sua aplicação dentro do Direito nacional.”

Neste diapasão, a nova modalidade licitatória está sujeita a vários fatores para que as contratações brasileiras possam colher os frutos benéficos que essa modalidade carrega. Mas de todos os fatores citados por Schiefler existe uma característica que os interligam, que é a necessidade de um estudo aprofundado utilizando uma visão mais moderna e progressista. E isso exige de todos uma postura mais responsável e dinâmica.

5. CONSIDERAÇÃO FINAIS

O novo marco regulatório das licitações públicas brasileiras, a lei 14.133 de 2021, trouxe como grande inovação a nova modalidade de licitação: o diálogo competitivo. Inspirado no direito Europeu, o legislador brasileiro teve o objetivo de aproximar a relação que até então era muito estreita com o particular para juntos favorecerem os interesses públicos.

Contudo, mesmo sendo uma modalidade nunca utilizada no Brasil e que foi influenciada pelo direito estrangeiro, a nova lei foi omissa em alguns pontos. E o presente trabalho buscou analisar um deles, que foi a viabilidade de restrição de participantes na terceira fase do diálogo competitivo – fase de apresentação e julgamento das propostas.

Por fim, a pesquisa teve o objetivo de confrontar o princípio da competitividade, que em regra busca ampliar ao máximo o número de participantes, com a própria natureza restritiva do diálogo competitivo, especificamente no que tange aos licitantes que poderão participar da fase de julgamento das propostas.

Primeiramente é fundamental entender o limite dos princípios. O princípio traz uma linguagem jurídica indeterminada, dando margem para construir soluções jurídicas distintas. De um lado é possível ver o princípio da competitividade como elemento proibitivo da restrição, e por outro, ver exatamente como permissivo para que incentive a efetiva participação na fase de diálogo, e por consequência, encontre a melhor solução. Ao longo do estudo constatou-se que esse último parece ser a melhor interpretação a ser dada para a modalidade de diálogo competitivo.

Depois de tudo o que foi explanado ao longo do trabalho, conclui que só poderá participar da fase de apresentação e julgamento das propostas aquele que realmente tiver contribuído com a entrega da solução para a administração pública. E isso na verdade é a grande vantagem do diálogo. Caso contrário, esse procedimento não vai gerar o fruto que se desejou.

Como o diálogo competitivo é uma modalidade pouco regulada pela lei 14.133/21, dispondo de poucos dispositivos, será possível que as entidades, órgãos e entes federativos façam regulamentações internas para dar mais segurança e estabilidade para o gestor, e este se sinta mais seguro em fazer a restrição de participantes, bem como foi feito pelo Estado do Paraná.

Aqui no Brasil ainda não tem julgados de órgãos de controle sobre a aplicação dessa nova modalidade. Então a ação antecipada no sentido de regulamentar (por regulamento interno e edital) é muito salutar para esse momento, para evitar que futuramente os órgãos de fiscalização venham a atingir e penalizar o gestor.

A falta de regulamentação pode gerar a necessidade de constante alteração da lei, e isso tem como consequência um ambiente instável e inseguro, da mesma forma que a lei 8.666/93 criou. Para evitar essa situação, é preciso uma atualização interpretativa dos aplicadores que constroem a solução normativa.

Esse é o grande desafio que a modernização de qualquer legislação exige. O texto é estático, não vai fazer o direito por si só. É na interpretação que se extrai a norma do texto. Logo, é preciso aproveitar a modelagem dada pela nova lei para melhora-la com a regulamentação. O regulamento afasta a responsabilidade subjetiva, dando mais segurança para aqueles que vão aplicar e, portanto, ter coragem para fazer aquilo que é melhor.

A nova modalidade não pode ser uma ferramenta inútil. Que possamos utilizá-la de maneira responsável, permitindo que o mercado realmente contribua positivamente, dialogando com o poder público e auxiliando nas situações complexas

que a administração não consegue resolver sozinha. Vamos erguer pontos para o futuro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Federal Nº 14.134, de 01 de Abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em Fevereiro de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em fev. de 2022.

Centro de Apoio ao Direito Público – CADIP. **NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Lei Nº 14.133/2021.** São Paulo, 17 de maio de 2021. (2ª edição). Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp-CADIP-Nova-Lei-Licitacoes.pdf>>. Acesso em Fev. de 2022.

DIAS, Lidiane Dutra. Projeto da nova lei de licitações: uma análise dos principais avanços e críticas. **Revista Vertentes do Direito**, n. 2, v. 7. p. 50-80, 2020.

FILHO, Marçal Justin. **Coluna da Gazeta do Povo - mas temos muito ainda a falar sobre Licitação.** 2015. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>>. Acesso em: 17 de Fev. de 2022.

KIRKBY, Mark. **O diálogo concorrencial**, in: GONÇALVES, Pedro (org.). Estudos de contratação pública – I. Coimbra: Coimbra Editora: 2008.

LIMA, Edcarlos Alves Lima. **Lei 14.133/21: O diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização.** 23 de Abril de 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/344285/lei-14-133-21-dialogo-competitivo-e-desafios-de-sua-operacionalizacao>>. Acesso em> 15 de Fev. de 2022.

NAPOLI, Laís. **Compras Governamentais: 5 estatísticas que você precisa conhecer.** 13 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.cortex-intelligence.com/blog/vendas/compras-governamentais-5-estatisticas-que-voce-precisa-conhecer>>. Acesso em: 08 de Fev. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O diálogo competitivo brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. E-book. ISBN 978-65-5518-211-8.

PARANÁ (Estado). **Decreto nº 10086, de 17 de Jan. de 2022.** Regulamenta, no âmbito da Administração Pública estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná, a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, que “Estabelece normas

gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, a aquisição e incorporação de bens ao patrimônio público estadual, os procedimentos para intervenção estatal na propriedade privada e dá outras providências. Disponível

em:<https://www.aen.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2022-01/171_3.pdf> Acesso em: 18 de Fev. de 2022.

PÉRCIO, Gabriela; Motta, Fabrício. **Normas gerais e regulamentos na nova Lei de Licitações e contratos: da teoria à prática**. 2021. Disponível em:

<<https://www.novaeilicitacao.com.br/2021/06/24/normas-gerais-e-regulamentos-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-da-teoria-a-pratica/>>. Acesso em: 17 de fev. 2022.

REMÉDIO, José Antônio. Lei de licitações e contratos administrativos (lei14.133/2021): O diálogo competitivo como nova modalidade de licitação. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. e-ISSN: 2526-0073 | Encontro Virtual | v. 7 | n. 1 | p. 01 – 21 | Jan/Jul. 2021. Disponível em:

<<file:///C:/Users/CAMILA/Downloads/7568-22519-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 de Fev. de 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de LICITAÇÕES PÚBLICAS comentadas**. 11^a. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2021.

_____. _____. Governador regulamenta lei que dá mais transparência e sustentabilidade às contratações. **Agência Estadual de Notícia**. 2022. Disponível em: <<https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Governador-regulamenta-lei-que-da-mais-transparencia-e-sustentabilidade-contratacoes#:~:text=O%20Paran%C3%A1%20foi%20o%20primeiro,p%C3%ABlicas%20federais%2C%20estaduais%20e%20municipais>>. Acesso em: 18 de Fev. de 2022.

_____. _____. PGE elabora minuta de decreto que regulamenta nova lei de licitações e contratos. **Procuradoria Geral do Estado**. 2022. Disponível em:<<https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-elabora-minuta-de-decreto-que-regulamenta-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos>>. Acesso em: 18 de Fev. de 2022.

_____. _____. O Diálogo Competitivo na Nova Lei de Licitações Brasileira. **SCHIEFLER Advocacia**. 2021. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/dialogo-competitivo-nova-lei-de-licitacoes/#_ftnref4>. Acesso em: 16 de Fev. 2022.