



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

HÉLCIO PIRES DE MENDONÇA JÚNIOR

**A APLICABILIDADE DO MODELO DE DIÁLOGO COMPETITIVO
EUROPEU À CULTURA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA BRASILEIRA EM
UM CONTEXTO DE INTERCÂMBIO CULTURAL JURÍDICO**

**BRASÍLIA
2025**

HÉLCIO PIRES DE MENDONÇA JÚNIOR

**A APLICABILIDADE DO MODELO DE DIÁLOGO COMPETITIVO
EUROPEU À CULTURA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA BRASILEIRA EM
UM CONTEXTO DE INTERCÂMBIO CULTURAL JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito para aprovação do Curso de Mestrado em Direito do Programa de Mestrado/Doutorado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – CEUB.

Orientadora: Prof.^a Dra. Alice da Silva Rocha

**BRASÍLIA
2025**

HÉLCIO PIRES DE MENDONÇA JÚNIOR

**A APLICABILIDADE DO MODELO DE DIÁLOGO COMPETITIVO
EUROPEU À CULTURA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA BRASILEIRA EM
UM CONTEXTO DE INTERCÂMBIO CULTURAL JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito para aprovação do Curso de Mestrado em Direito do Programa de Mestrado/Doutorado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – CEUB.

Orientadora: Prof^a Dra. Alice da Silva Rocha

Brasília, _____ de _____ de 2025.

Banca Examinadora

Professora Doutora Orientadora – Alice da Silva Rocha

Professor Doutor Examinador – Sandro Lúcio Dezan

Professora Doutora Examinadora – Jamille Mata Diz

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Doutora Alice Rocha da Silva, orientadora, pela dedicação, profissionalismo e fidalguia a mim conferidos durante toda a realização do presente trabalho.

Aos Professores do Programa de Mestrado/Doutorado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasileira (CEUB), pelas lições e aprendizados transmitidos no mais alto tom do amor ao magistério que lhes é inerente.

Ao Exército Brasileiro e aos meus chefes na Secretaria de Economia e Finanças do Exército pela confiança em mim depositada no investimento da presente capacitação.

À minha família, minha amada esposa Jenniffer, pelo amor e apoio durante toda a minha jornada e ao meu querido e amado filho Rafael, pelo tempo de que fomos privados de convivência em prol da realização desse sonho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BIRD – International Bank for Reconstruction and Development – World Bank

Brexit – Saída do Reino Unido da União Europeia (British Exit).

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CEBW – Comissão do Exército Brasileiro em Washington

DAG – Direito Administrativo Global

DC – Diálogo Competitivo

ENAP – Escola Nacional de Administração Pública

FMI – Fundo Monetário Internacional

GATT - Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio

HM Treasury - Ministério das Finanças do Reino Unido

IEFEx – Instituto de Economia e Finanças do Exército

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MGI – Ministério da Gestão e Inovação

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC – Organização Mundial do Comércio

PIB – Produto Interno Bruto

PL – Projeto de Lei

PNCP - Portal Nacional de Contratações Públicas

PPP – Parceria Público-Privada

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

SeGes - Secretaria de Gestão do MGI

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TFUE – Tratado sobre Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Aplicação percentual do Diálogo Competitivo por setores da União Europeia	76
Tabela 2	Aplicação do Diálogo Competitivo a nível Nacional, Regional ou Local na União Europeia	77
Tabela 3	Aplicação em números absolutos do Diálogo Competitivo pelos Estados membros da União Europeia	78

RESUMO

A presente pesquisa se propõe a analisar a aplicabilidade da modalidade adjudicatória denominada Diálogo Competitivo, importada do Direito Administrativo Europeu, à Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira. Para tanto, é estudado o Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Europeu como modalidade adjudicatória vocacionada a contratações de maior complexidade quando a administração não consegue estabelecer com precisão o objetivo almejado. Trata-se de procedimento utilizado de forma diferenciada nos Estados membros da União Europeia, dependendo do grau de observância dos valores axiomáticos do procedimento, sendo estes Diálogo entre o Poder Público e o Particular, Flexibilidade e Discricionariedade do Gestor no procedimento a Atuação dos Órgãos de Controle adaptada às características da modalidade. É analisado o Diálogo Competitivo como ferramenta de adjudicação internacionalmente consagrada, por ser oriunda de um dos principais atores de Direito Internacional, contribuindo para a inserção de um Estado às regras e procedimentos dos acordos e tratados, em um contexto de Governança Global. A Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira é escrutinada à luz de suas origens, do modelo de contencioso administrativo híbrido, das múltiplas possibilidades de responsabilização do gestor, da cultura do medo e da relação permanente de desconfiança entre o público e o privado. O Diálogo Competitivo é submetido às ferramentas de análises de políticas públicas, enquanto programa voltado para a eficiência dos gastos públicos no Brasil, indicando para um abandono do dispositivo inserido na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 14133/21, pela ausência de regulação infralegal, de programa de capacitação e de orientações emitidas pelo Poder Público. O modelo de Diálogo Competitivo inserido no Direito Brasileiro apresenta diversos potenciais, mas também imperfeições, se comparado ao Direito Europeu, convergindo para uma aplicação irrisória do dispositivo nos primeiros três anos de vigência do novo regime de contratações públicas do Brasil.

Palavras-chave: Direito Europeu. Diálogo Competitivo. Governança Global. Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira. Nova Lei Brasileira de Licitações e Contratos

ABSTRACT

This research aims to analyze the applicability of the adjudicatory modality called Competitive Dialogue, imported from European Administrative Law, to the Brazilian Legal-Administrative Culture. To this end, the Competitive Dialogue in European Administrative Law is studied as an adjudicatory modality aimed at more complex contracts when the administration is unable to precisely establish the desired objective. This procedure is used differently in the Member States of the European Union, depending on the degree of compliance with the axiomatic values of the procedure, which are Dialogue between the Public Authority and the Private Individual, Flexibility and Discretion of the Manager in the procedure and the Action of the Control Bodies adapted to the characteristics of the modality. The Competitive Dialogue is analyzed as an internationally recognized award tool, as it comes from one of the main players in international law, contributing to the insertion of a State into the rules and procedures of agreements and treaties, in a context of Global Governance. The Brazilian Legal-Administrative Culture is scrutinized in the light of its origins, the hybrid administrative litigation model, the multiple possibilities for holding managers accountable, the culture of fear and the permanent relationship of mistrust between the public and the private. The Competitive Dialogue is subjected to the tools of public policy analysis, as a program aimed at the efficiency of public spending in Brazil, indicating an abandonment of the provision inserted in the Law on Bids and Administrative Contracts, Law 14133/21, due to the lack of infra-legal regulation, training programs and guidelines issued by the Government. The Competitive Dialogue model inserted into Brazilian law has a number of potentials, but also imperfections when compared to European law, leading to a derisory application of the device in the first three years of the new public procurement regime in Brazil.

Keywords: European law. Competitive Dialogue. Global Governance. Brazilian Legal and Administrative Culture. New Brazilian Law on Tenders and Contracts

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	5
LISTA DE TABELAS	6
RESUMO.....	7
ABSTRACT	8
SUMÁRIO.....	9
INTRODUÇÃO	13
PRIMEIRA PARTE: A CONSOLIDAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU.....	17
SEÇÃO I - O DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU COMO MODELO DE DIREITO SUPRANACIONAL COM BASE NO DIÁLOGO COMPETITIVO... 21	
1. A SUPERPOSIÇÃO RELATIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU AO DIREITO INTERNO DOS ESTADOS MEMBROS.....	24
1.1 O papel uniformizador do Conselho Europeu na unificação do direito administrativo dos membros da União Europeia	29
1.2. A indispensabilidade das diretivas das diretivas sobre contratações públicas na integração do Direito Administrativo Europeu	33
1.3. A difusão irregular do Diálogo Competitivo do Direito Supranacional para o direito dos Estados membros	39
2. ESPECIFICIDADES DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO EUROPEU.....	43
2.1. O Diálogo Competitivo na Diretiva 2024/24/EU	44
2.2. A concepção de aplicação do Diálogo Competitivo no Direito Europeu.....	46
2.3. Núcleo Mínimo do procedimento do Diálogo Competitivo no Direito Europeu.....	50
3. CONCLUSÃO PARCIAL	53
SEÇÃO II. DIVERSIFICAÇÃO DA EXPERIÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA UNIÃO EUROPEIA	54

1. VALORES AXIOMÁTICOS ATINENTES AO DIÁLOGO COMPETITIVO EUROPEU.....	57
1.1. A dialógica entre administração e particular em modelo linear	60
1.2. A discricionariedade e flexibilidade como fundamento do Diálogo Competitivo	63
1.3. A importância do controle e do contencioso administrativo para aplicação do Diálogo Competitivo	67
2. A VARIAÇÃO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO CENÁRIO EUROPEU	70
2.1. Questões relativas à baixa adesão em Portugal.....	74
2.2. A experiência bem-sucedida da França	79
2.3. Ensinaamentos da prática da utilização do Diálogo Competitivo nos diversos Estados membros da União Europeia	83
3. CONCLUSÃO PARCIAL	85
SEGUNDA PARTE: A TRANFERÊNCIA DO DIÁLOGO COMPETITIVO AO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO PARA ATENDER AO CONTEXTO DE DIREITO INTERNACIONAL.....	87
SEÇÃO III. O INTERCÂMBIO DA DOCTRINA ADMINISTRATIVA COMO COMPONENTE DO EMERGENTE CENÁRIO DE GOVERNANÇA GLOBAL	90
1 COMPARAÇÃO DE PRINCÍPIOS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	91
2. A PERTINÊNCIA DO DIÁLOGO COMPETITIVO NAS RELAÇÕES DE CONTRATAÇÕES DOS ESTADOS EM REDES TRANSNACIONAIS	105
2.1. O Contrato Administrativo Internacional como fio normativo da Rede Global Transnacional	108
2.2. A imposição do Diálogo Competitivo nas regras de licitação com financiamento estrangeiro do Banco Mundial (BIRD)	110
2.3. A importância dos mecanismos de <i>accountability</i> aplicáveis às contratações internacionais dos Estados para o caso do Diálogo Competitivo	113
3. CONDICIONANTES DO BRASIL FRENTE AO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL EM VISTA À RECEPÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO.....	116

3.1. A fragilidade da incidência do Direito Administrativo Clássico à contratação internacional.....	117
3.2. Necessidade de modernização jurídica para adequação das compras internacionais face ao emergente cenário de Direito Administrativo Global ...	120
3.3. Amarras das compras e contratações públicas internacionais como consequência da ideologia de fragmentação e nacionalismo	126
4. CONCLUSÃO PARCIAL	130
SEÇÃO IV – AUSÊNCIA DE PERSPECTIVA DE EFETIVIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	131
1. A INCOMPATIBILIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO DIANTE DO PARADIGMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	133
1.1. Os paradigmas da flexibilidade e da discricionariedade em um sistema de contencioso incipiente	136
1.2. Questões de irregularidades administrativas e crimes contra a Administração que se perfazem óbice ao Diálogo Competitivo.	140
1.3. A atuação do controle ainda sob um prisma positivista.....	143
2. A PROBLEMÁTICA DA MODALIDADE DIÁLOGO COMPETITIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE BUSCA DA EFICIÊNCIA DO GASTO PÚBLICO .	146
2.1. A ausência de estrutura na implementação do Diálogo Competitivo sob o prisma da abordagem Direito e Políticas Públicas	148
2.1.1. Nome oficial do programa	150
2.1.2. Gestão governamental.....	150
2.1.3. Base normativa	151
2.1.4. Desenho Jurídico-Institucional	151
2.1.5. Agentes governamentais	151
2.1.6. Agentes não-governamentais.....	152
2.1.7. Mecanismos jurídicos de articulação.....	152
2.1.8. Escala e público-alvo.....	152
2.1.9. Dimensão econômico-financeira	153
2.1.10. Estratégia de implantação	153
2.1.11. Funcionamento efetivo do programa	153
2.1.12. Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional	154
2.2. Análise dos elementos do Quadro de Problemas de Políticas Públicas na implementação do Diálogo Competitivo	155

2.2.1. Situação-problema	156
2.2.2. Diagnóstico Situacional.....	157
2.2.3. Soluções hipotéticas.....	157
2.2.4. Contexto normativo.....	158
2.2.5. Processo decisório.....	158
2.2.6. Etapa atual do processo decisório.....	159
2.2.7. Arena institucional	159
2.2.8. Protagonistas.....	160
2.2.9. Antagonistas.....	160
2.2.10. Decisores.....	160
2.2.11. Recursos de Barganha	161
3. POTENCIALIDADES E ÓBICES PARA A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE DIÁLOGO COMPETITIVO	162
3.1. O modelo imperfeito de Diálogo Competitivo Brasileiro	164
3.2. Potencialidades e óbices para a efetivação da modalidade no Direito Brasileiro.....	166
3.2.1. Potencialidades para efetivação do Diálogo Competitivo no Brasil	166
3.2.2. Óbices para efetivação do Diálogo Competitivo no Brasil	168
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	173

INTRODUÇÃO

A dificuldade de consolidação da modalidade de adjudicação de contratos públicos europeia, chamado Diálogo Competitivo, no Direito Administrativo Brasileiro, perpassa o Direito Administrativo se consubstanciando como um ramo do direito após as Revoluções Burguesas, em especial a Revolução Francesa, quando se tem pela primeira vez a ideia de que as ações da Administração face ao cidadão devem estar balizadas por um escopo de direitos individuais. Antes desse marco temporal, a Administração Pública se caracterizava pelo exercício do poder estatal de forma arbitrária, aos moldes do Antigo Regime. A Administração exercia o papel de guarda real, recolhadora de impostos e defesa do Estado.

A evolução do Direito da Administração perpassou escolas filosóficas até o momento atual em um contexto pós-positivista e neoconstitucionalista em que, dentre outras características, tem-se a superação da interpretação jurídica com base apenas na literalidade da norma, buscando-se a solução mais justa para o caso concreto em um sistema que considera lei e moral, ou seja, os valores de uma sociedade sopesados na construção e interpretação do Direito.

Nessa toada, o Direito Administrativo passou por um processo de transformação e evolução chegando ao estágio de uma Administração Dialógica na qual, mais do que observar direitos fundamentais na atuação estatal, busca-se também a participação do ente privado e do cidadão na atuação do Poder Público, de forma que o interesse coletivo seja alcançado também com o apoio da sociedade, em um modelo de Administração Pública Dialógica.

Somado a isso, o Direito Administrativo interno de um Estado não é isolado em um sistema absolutamente autônomo e independente. O Direito Internacional e o Direito Transnacional exercem papel significativo na transformação do Direito Administrativo. Sobre este ponto, refere-se a bem mais do que a transposição de cultura jurídica; são tratados e regras em nível supranacional, formulados entres Estados ou mesmo envolvendo organizações privadas, que acabam por intervir profundamente nas características do Direito Administrativo Interno, chegando a produzir um modelo de Direito Administrativo Supranacional ou até um Direito Administrativo Globalizado.

É de conhecimento geral que o Direito Administrativo Brasileiro é formado pela influência do Direito Administrativo Francês, Alemão, Italiano de base romanística e do Direito Administrativo anglo-americano inserido no sistema da *Common Law*. A Constituição Federal de 1988 tratou com detalhes sobre a Administração Pública, estabelecendo princípios e regras delimitadoras da atuação do Estado Brasileiro com base na teleologia da Carta Constitucional.

Da mesma forma, o Direito Administrativo Brasileiro passou a se inspirar no Direito Comunitário Europeu, internalizando princípios e procedimentos, nesse caso, de um modelo de Direito Administrativo Supranacional, possivelmente o mais consolidado modelo de regras para atuação da Administração Pública e que abrange mais de um Estado.

É mister reconhecer que beber da fonte europeia é uma busca do Direito Brasileiro em se adequar à cultura de um dos principais atores das relações internacionais e, também, aperfeiçoar-se na cultura-jurídico administrativa, de maneira a se adequar a um cenário internacional cada vez mais globalizado e que exige que o Estado Brasileiro esteja em consonância com a cultura jurídica predominante nas relações entre os Estados, e destes com órgãos internacionais.

Nesse contexto de compartilhamento de cultura jurídica, de globalização das relações e de avanço substancial da tecnologia da informação, o Brasil necessitava adequar, dentre outras regras administrativas, o seu regime de compras e contratações públicas. O tema era regulado a nível nacional pela Lei 8666, promulgada em 1993, e que fora complementada por outros diplomas normativos e, frequentemente, acrescida com instruções regulatórias e decisões esparsas dos tribunais de contas, criando um cenário consideravelmente desordenado em termos de regramento para uma das principais temáticas de Direito Administrativo.

Para tanto, foi promulgada em 1º de abril de 2021, a Lei 14133, conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com o objetivo de adequar o sistema normativo nacional ao contexto tecnológico e globalizado, consolidando os principais diplomas sobre contratações públicas e a jurisprudência estabelecida no judiciário e nos tribunais de contas.

Em verdade, não houve grandes inovações além do que habitualmente já vinha sendo inserido na cultura jurídico administrativa brasileira nos trinta anos de vigência do

regime normativo revogado, considerando que as principais práticas internacionais e estrangeiras já vinham sendo inseridas ao passar dos anos, conforme a necessidade de adequação da Administração. Exemplo didático de tal afirmativa é o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), promulgado em 2011, para adequar as compras e contratações públicas para os grandes eventos esportivos que ocorreriam no Brasil, tais como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

Todavia, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo trouxe uma axiologia inovadora ao regime de contratações públicas nacionais, com dispositivos voltados para o ambiente tecnológico, exercício do controle sobre a atuação da Administração, inovação de um sistema de nulidades com matriz consequencialista, prevendo uma ordem sequencial de providências diante da constatação de alguma irregularidade. Entretanto, era, sobretudo, uma premissa dialógica entre a Administração pública e o setor privado, sendo, aparentemente, uma cultura jurídica avessa aos paradigmas da Administração no Brasil, que tem enfoque na supremacia da Administração.

Nesse ínterim, foi inserida na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos a modalidade licitatória denominada Diálogo Competitivo. Inédito no ordenamento jurídico brasileiro, o Diálogo Competitivo é uma modalidade licitatória que não segue o rito das tradicionais modalidades utilizadas no Direito Brasileiro. Ao contrário, o procedimento exige um elevado grau de flexibilidade e discricionariedade da Administração e um diálogo entre a Administração e o ente privado à guisa de definir a melhor solução ao interesse público.

O Diálogo Competitivo foi importado do Direito Comunitário Europeu e esse fato é relevante na medida em que se refere a um modelo de Direito Administrativo Supranacional, donde se deduz que a intenção do legislador, ao inserir a modalidade, foi muito além de apenas inovar e modernizar o procedimento de aquisição e contratação de um órgão público. Pretendeu-se, também, direcionar e adequar a regulação brasileira às práticas internacionalmente consagradas rompendo dogmas e paradigmas da cultura jurídico Administrativa Brasileira.

Portanto, o presente trabalho tem como problema principal a análise da adequabilidade da modalidade Diálogo Competitivo, importada do Direito Comunitário Europeu, ao Direito Administrativo Brasileiro, considerando a cultura jurídico administrativa predominante no Brasil, em um contexto de direito globalizado, buscando

inferir sobre a possibilidade de sucesso do instituto europeu no direito brasileiro, apresentando sugestões para sua melhor utilização e apontando boas práticas que possam mitigar qualquer possibilidade de fracasso.

A pesquisa adota uma abordagem do tipo dedutiva, partindo da premissa maior que é o Direito Supranacional Europeu, passando pelo contexto de Direito Administrativo Globalizado até repousar no Direito Brasileiro, utilizando como método auxiliar o comparativo entre o Direito Europeu e o Direito Brasileiro no que tange ao Diálogo Competitivo. Parte-se do levantamento da literatura consagrada para a elaboração de uma revisão bibliográfica consistente dos principais estudos sobre o tema. Já para a dedução do objeto de pesquisa, elencou-se quatro hipóteses de solução, sendo estas as previsões ou suposições que poderão ser confirmadas ou não ao final da pesquisa¹.

A primeira hipótese é de aplicabilidade total do instituto europeu ao Direito Administrativo Brasileiro, englobando a sua utilização por todos os entes da federação, a sua adaptabilidade à cultura jurídico administrativa e a sua adequação à legislação prévia. A segunda hipótese é uma condição parcialmente aplicável e de utilização majoritária entre os entes, boa adequação à cultura jurídica e legislação prévia. A terceira hipótese chamamos de aplicação precária ou minoritária, no que tange aos entes federativos, cultura jurídica e legislação existente. Por fim, a quarta hipótese, que é inadequação total do instituto ao Direito Brasileiro.

Na primeira parte do trabalho, será estudado o Direito Administrativo Europeu como modelo de Direito supranacional. Indagaremos a pertinência da importação do instituto de um sistema de direito que extrapola as fronteiras do Estado, de forma a expor as características do Direito Europeu e a sua inserção das normas de contratações públicas, de acordo com as características e finalidades almejadas pelo Diálogo Competitivo.

A Seção II da primeira parte busca identificar as razões que levaram o Diálogo Competitivo a ser aproveitado de forma variada entre os Estados membros da União Europeia, observando a divergência cultural e a sua influência para o sucesso ou fracasso do procedimento proposto e abordando questões principiológicas idealizadas para o instituto no Direito Europeu.

¹ MEZZARROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 8ª Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2019, p. 173.

A segunda parte da pesquisa inicia com a análise das razões de Direito Internacional e de Direito Administrativo Global que suscitaram a necessidade de importação do dispositivo europeu para o Direito Brasileiro e discute se a inserção da ferramenta Diálogo Competitivo favorece o Brasil em objetivos internacionais, tais como a sua inclusão em acordos internacionais e a sua adaptabilidade para negócios transnacionais.

Por fim, na quarta parte e final da pesquisa, serão apontadas as questões que favorecem ou obstam a inserção do Diálogo Competitivo na cultura jurídico-administrativa brasileira, apontando sugestões e soluções com base na experiência europeia e discutindo as possibilidades de consolidação da prática europeia no Direito Brasileiro.

PRIMEIRA PARTE: A CONSOLIDAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU

O Diálogo Competitivo é um instrumento para adjudicação de contratos por parte da Administração Pública inserido no Direito Europeu, inicialmente, pela Diretiva 2004/18/EU. Embora a referida Diretiva já não se encontre em vigor e tenha sido revogada pela Diretiva 2014/24/EU, aquela previa quase as mesmas regras da segunda, na qual houve apenas algumas alterações pontuais. Antes mesmo da previsão na Diretiva Europeia de 2004, a França já havia adotado, em seu regime de contratações públicas, procedimento estreitamente similar, o *l'appel d'offres sur performances*, positivado pela primeira vez no Decreto nº 93-733, de 27/3/1993, mantendo o procedimento no *Code des Marchés Public* de 2001.²

O Diálogo Competitivo é o similar a uma modalidade de licitação³, denominada no contexto de Direito Europeu como tipo de “concurso”, se se opta por uma analogia exata com o Direito Brasileiro. A Diretiva Europeia prevê ainda outras modalidades de

² MARS, Sylvia de. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p. 278

³ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021, p 439. “A licitação é um processo, que se desenvolve segundo procedimentos. As modalidades de licitação se constituem nas diversas espécies de procedimentos que podem ser adotados para a realização da licitação. A estrutura atribuída a essa série ordenada de atos pode variar segundo o objetivo a ser atingido”.

adjudicação, tais como o concurso aberto e o limitado, as parcerias de inovação e o procedimento concorrencial com negociação⁴. A principal característica do Diálogo Competitivo é ser uma modalidade voltada para contratações complexas, aquelas em que nem sempre a Administração Pública consegue definir, com precisão, uma solução para sua necessidade. Destarte, o Diálogo busca ainda soluções para a complexidade jurídica do contrato, como se observa nos contratos de parceria público-privada (PPP)⁵.

O incentivo à realização de parcerias público-privadas é o mote da criação do Diálogo Competitivo, pois tais contratos são caracterizados por complexidade técnica, jurídica e financeira. A própria iniciativa de parceria entre o ente público e o privado para realização de uma obra ou a prestação de um serviço público, somado à utilização do Diálogo Competitivo como modalidade licitatória para a formalização dessas parcerias, é a expressão maior da fase dialógica da Administração Pública. Essa iniciativa marca a evolução de um paradigma da Administração Suprema para a Administração, que se apoia na experiência do ente privado para o atingimento do interesse coletivo⁶.

Essa cooperação por meio da interação entre o órgão público e o ente privado acontece na esteira de uma nova realidade social que dinamiza as comunicações e abrange um espectro bem amplo de indivíduos no ato de troca mútua, em uma realidade atingida pela revolução tecnológica. Diante disso, a Administração precisa ter maior capilaridade para responder à demanda social que ocorre de forma dinâmica e abrangente.

A Globalização oferece um novo cenário de poder, sai de cena a centralização dos Estados nas relações internacionais e passa a haver uma inter-relação entre órgãos privados multinacionais, organizações internacionais e atores supranacionais formados por acordos multilaterais entre Estados e instituições privadas, de maneira que o Direito não pode mais se ater apenas à dogmática e às normas jurídicas; precisa, portanto, de uma existência efetiva para o novo modelo social que se consolida.

Neste contexto, surge um modelo cooperativo. A Administração passa a depender do diálogo com o setor privado para que seja efetivamente capaz de atender o interesse coletivo de forma plena ou mais eficaz. A atribuição da Administração passa a

⁴ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. Directiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. 03/05/2024

⁵ MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise en oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013. E-book. Posição 448.

⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. 13. ed. Madrid: Civitas, 2013, p. 77.

ir além da gestão da coisa pública. Essas atribuições devem ser atingidas em concomitância com a eficiência administrativa e tal princípio não prescinde do apoio privado, dada a multiplicidade de soluções existentes para cada necessidade.⁷

Extraí-se que a Administração Dialógica é uma evolução da ideia de Direito Administrativo como ramo do Estado de Direito Constitucional, sendo o Direito Administrativo a ferramenta para o controle do governante e do agente público e uma proteção do cidadão frente ao Poder Público. A completa consolidação democrática da Administração Pública se dá com o modelo de Administração Pública Dialógica.⁸

O procedimento do Diálogo Competitivo diverge das modalidades clássicas e conhecidas de licitação, sobretudo na cultura jurídico-administrativa brasileira, por ser um rito composto por três fases principais. A primeira é uma fase de qualificação dos candidatos, na qual se verifica a regularidade fiscal e jurídica do postulante e sua saúde financeira, de forma que a Administração compreenda se a empresa candidata terá condições de cumprir os compromissos pactuados. A segunda etapa é a fase do diálogo propriamente dito, quando as empresas candidatas apresentam sugestões para a solução pretendida pela Administração. Por fim, na fase final, os candidatos apresentam propostas para a execução da solução escolhida. Depois disso, o Agente da Administração deverá selecionar a melhor proposta, conforme os princípios norteadores do interesse público.⁹

Contudo, surge uma cultura jurídica mais equilibrada, em que a supremacia da administração é limitada tanto pelos direitos fundamentais do cidadão beneficiário do serviço ou obra quanto pelo próprio ente privado participante das decisões e processos. Devemos sempre lembrar que o Diálogo Competitivo concede significativa discricionariedade ao gestor, pois define, por meio das regras editalícias, a solução buscada e, sobretudo, pelos critérios de escolha da solução definida como a ideal.¹⁰

⁷ PAULA, Luiza Valgas de. *A Participação Privada em Procedimentos Licitatórios: análise comparativa do cenário atual e das possibilidades futuras de aplicação do Diálogo Competitivo no Brasil e na Inglaterra*. Em: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Comparado: Desafios metodológicos e questões jurídicas contemporâneas*. Expert editora. Belo Horizonte. 2022, p. 150.

⁸ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. 1ª Ed. Ed Juruá. Curitiba. 2013, p. 99

⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *As diretivas europeias da contratação pública no cenário internacional: o caso do diálogo concorrencial*. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; PORTELA, Irene Maria; VEIGA, Fábio da Silva. *Paradigmas do Direito Constitucional Atual*. Barcelos: IPCA, 2017, p. 641.

¹⁰ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023, p. 357

Por esta razão, a Diretiva 2004/18/EU já previa a necessidade de observância dos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, aumentando a importância da atuação dos órgãos de controle, dada a flexibilidade característica do rito do Diálogo Competitivo.¹¹

Sobre o Diálogo Competitivo e sua previsão na Diretiva 2014/24/EU, é importante reafirmar que se trata de uma regra supranacional, referendada por uma comunidade de Estados, com definição de objetivos a serem atingidos pelos Estados membros e estes devem adotar os procedimentos regrados pelo próprio Bloco. Ao contrário do que ocorreu na Diretiva 2004/18/EU, a Diretiva 2014/24/EU obriga os Estados membros da União Europeia a adotarem o instituto do Diálogo Competitivo. No primeiro diploma, tal adoção era facultativa.

Pelo exposto, é relevante estudar as características do Direito Administrativo Europeu, objetivo da primeira parte da presente Seção, visando mapear o contexto cultural jurídico do instituto importado pelo Direito Brasileiro. Um dos ramos do Direito Europeu é o Direito Administrativo Europeu, que adota um modelo de Direito Administrativo Supranacional mais consolidado, produto do ambiente de relações e de direito internacional.

Devemos levar em conta, entretanto, que o Direito Administrativo Europeu precisa lidar com uma diversidade de tradições econômicas, culturais e jurídicas dos países integrantes do Bloco, e a consequência mais notável é uma variação no grau de inserção e receptividade das regras estabelecidas pelo Direito Comunitário. Não haveria razão para ser diferente com o Diálogo Competitivo e sua diversidade de formas e frequência de aplicação nos países da União Europeia. Essas causas compõem a resposta que se busca na segunda parte do presente trabalho.

¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2004/18/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>. 03/05/2024. Art 2º. *A concretização da livre circulação de mercadorias em matéria de contratos públicos de fornecimento e a concretização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos públicos de serviços e de contratos de empreitada de obras públicas, no que se refere aos contratos celebrados nos Estados Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público exigem, conjuntamente com a eliminação das restrições, a aplicação de disposições em matéria de coordenação dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiam nas regras que regem essas três liberdades e nos princípios delas resultantes, tais como o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência, bem como na concorrência efectiva para a adjudicação dos contratos públicos.*

Para tanto, analisaremos o Direito Administrativo Europeu como modelo de Direito Supranacional com base no Diálogo Competitivo, aprofundando-nos na relação do Direito Administrativo dos Estados com o Direito Europeu; no papel do Conselho Europeu e da Comissão Europeia na unificação do Direito Administrativo Europeu; na importância das diretivas de contratações públicas e a difusão do instituto no Direito Administrativo dos Estados.

As características do Diálogo Competitivo Europeu, sua concepção de aplicação e o núcleo mínimo estabelecido em diretiva pela União Europeia serão abordados, de modo a verificar as margens para a sua regulação no direito interno. Consolidada as informações, pretende-se delinear as características do instituto e do sistema jurídico do qual ele foi extraído, de forma a obter subsídios para analisar as perspectivas de inserção do Diálogo em outro contexto jurídico.

O capítulo subsequente enfrenta a segunda questão do trabalho, que são as razões para a diversidade da sua aplicação nos Estados membros da União Europeia. Discutiremos os motivos da sua baixa adesão em Portugal ante ao proveito significativo no Direito Francês, concluindo com ensinamentos práticos de utilização do instituto.

Ambas as questões somadas formam arcabouço de informações necessárias para transpor o instituto para o Direito Brasileiro, de maneira a se conhecer o procedimento licitatório, fazendo com que a Administração seja capaz de antecipar possíveis óbices na aplicação do Diálogo Competitivo.

SEÇÃO I - O DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU COMO MODELO DE DIREITO SUPRANACIONAL COM BASE NO DIÁLOGO COMPETITIVO

Para falar sobre Direito Administrativo Europeu, sem perder de vista que este seja, possivelmente, o mais consolidado modelo de normas administrativas supranacionais, é necessário fazer uma revisão, ainda que sucinta, da evolução da Administração Pública e dos conceitos básicos do Direito Administrativo clássico.

A diversidade de autores que versam sobre o tema realça o contraste entre os teóricos do século XIX e do século XX, apontando uma evolução de uma visão liberal para uma social. A ideia de Administração Pública passa pelo Estado Oriental, pelo

Estado Romano e pelo Estado Moderno na sua concepção medieval, absolutista. Passa também pelas Revoluções Burguesas e finalmente chega ao Estado Constitucional. Este último se refere ao subtipo de Estado característico do século XX, em que há uma Constituição formal como legitimação do poder do Estado e positivação de direitos e garantias individuais.¹²

Percebe-se que a doutrina costumeiramente vincula o surgimento do Direito Administrativo ao Estado de Direito, por entender que a atividade administrativa observa a lei e não pode se expressar diversamente desta, o que implica a existência de um direito administrativo¹³. Esse posicionamento considera que a evolução histórica da Administração Pública, mencionada no parágrafo anterior, quase sempre desconsiderava o direito do indivíduo face ao poder governante. Era, na verdade, um mecanismo estatal de controle, tais como as guardas reais ou o sistema de recolhimentos de impostos e segurança do Estado.

Essa afirmação parece razoável, pois seria inconcebível considerar como juridicamente disciplinada a relação entre Estado e indivíduo se não existem quaisquer direitos de proteção a este, e a atividade da Administração Pública não guarda qualquer relação de submissão com regra legal. Ademais, verifica-se, com dados históricos e políticos, interpretações de princípios e práticas próprias da Europa, sobretudo na França, Itália e Alemanha, que resultaram no que entendemos hoje por Direito Administrativo.¹⁴

Buscando uma conceituação de Direito Administrativo com base em sua autonomia, recorre-se ao que foi desenvolvido na França, em especial após a decisão do Tribunal de Conflitos, no chamado *arrêt blanco* (acórdão blanco)¹⁵, e à obra de autores tais como Leon Duguit, Maurice Houriau e Gaston Jezé, integrantes da escola jurídica que vinculava a autoridade estatal como um todo e, em particular, o direito administrativo, à noção de serviço público.¹⁶

¹² AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1993, p. 52

¹³ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13

¹⁵ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17-46. “Acórdão Blanco é um julgado do Tribunal de Conflitos Francês, de 8 de fevereiro de 1873, que teve por objetivo decidir a jurisdição competente para uma ação de responsabilidade pelos danos físicos causados a uma menina resultante de acidente entre vagões que circulava nas instalações da manufatura de tabacos de Bordeaux.”

¹⁶ HORBACH, Carlos Bastide. *Objeto e conceito do direito administrativo: revisão crítica*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, nº3, 2017 p. 775.

Leon Duguit considera serviço público como o substituto da própria noção de soberania do Estado, pois aquela seria garantida justamente pelo exercício das atividades da Administração de interesse coletivo promovidas pelo poder público. Essas atividades seriam todas aquelas nas quais sua execução deve ser regulada, assegurada e controlada pelos governantes, pois seu cumprimento é indispensável à realização e desenvolvimento da interdependência e colaboração social.¹⁷

Por sua vez, Gaston Jézé sustenta que o Direito Administrativo tem por objetivo formular regras especiais que convenham ao bom funcionamento dos serviços públicos, tendo a sua disposição, com vistas ao cumprimento de suas tarefas, uma série de procedimentos técnicos. Dessa forma, o Direito Administrativo compreende regras especiais para procedimentos técnicos de Direito Público.¹⁸

Infere-se que há estreita relação entre o constitucionalismo e a consolidação da concepção de Direito Administrativo, a partir dos teóricos retromencionados. A despeito da origem do Direito Administrativo no direito natural e no positivismo jurídico, tal ramo atinge seu *standard* no pós-positivismo, pois este aproxima direito e moral, com sua base jurídica apoiada no Constitucionalismo e nas Declarações dos Direitos Humanos da ONU, que observa princípios e direitos humanos tais como a dignidade da pessoa humana.¹⁹

Com a assinatura dos Tratados de Roma, em março de 1957 e particularmente com a entrada em vigor da Comunidade Econômica Europeia em 1º de janeiro de 1958, a Administração Pública dos Estados membros da união Europeia deixou de ser apenas nacional e à medida que a integração europeia avançava, com a legislação e a jurisprudência comunitárias, houve reflexos na administração pública e direitos administrativos dos Estados membros.²⁰

As diretivas europeias relacionadas a contratações públicas têm um caráter harmonizador e uniformizador, no sentido do estipulado no art. 288 do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia. As normas aplicadas pelos Estados membros são vinculadas ao resultado a ser alcançado²¹. No Direito Francês, como exemplo, a

¹⁷ DUGUIT, Leon. *Manuel de droit administratif*. Quatrième édition. Paris: Broccard, 1923. P. 75

¹⁸ JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 29.

¹⁹ DEZAN. Sandro Lúcio. *Da constitucionalização à democratização do Direito Administrativo*. Revista Justiça do Direito. V. 35, nº 3, 2021. p. 290.

²⁰ SOUSA. Antônio Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Vida Econômica. 2016. E-book. Posição 28.

²¹ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre funcionamento da União Europeia*, de 7 de junho de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497->

transposição das Diretivas para o direito interno após discussões e consultas públicas, se dá por meio da recepção, da avaliação, de proposta legislativa e sua posterior submissão à Assembleia Nacional e ao Senado,²²

O que se almeja é, à luz das regras de contratações públicas, estudar a influência do Direito Administrativo Europeu na aplicação, pelos Estados membros, das regras de contratações públicas no caso do Diálogo Competitivo, abordando a relação do modelo clássico de direito administrativo nacional com o Direito Administrativo Europeu. Além disso, pretende-se observar o papel do Conselho Europeu e da Comissão Europeia na unificação do Direito Administrativo verificar a importância das diretivas relacionadas a contratações públicas e o respectivo núcleo mínimo da concepção do Diálogo Competitivo sob o prisma da doutrina administrativa do Bloco Europeu.

1. A SUPERPOSIÇÃO RELATIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU AO DIREITO INTERNO DOS ESTADOS MEMBROS.

No que se refere ao Direito Administrativo Europeu, é necessário, preliminarmente, fazer distinção entre regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e princípios gerais. Os regulamentos são atos legislativos que vinculam toda a União Europeia. As diretivas, estas são atos legislativos que fixam objetivos que os Estados membros precisam alcançar. Já as decisões, estas contemplam os Estados destinatários específicos do tema em questão. Por fim, as recomendações não são vinculativas e visam apenas emitir orientações e pontos de vista sobre condutas a serem adotadas.

Portanto, pode-se deduzir evidente dificuldade da subsunção dos fatos do direito interno às normas europeias. Além disso, a ausência de um Estado Europeu ou Federação, somado à falta de um corpo administrativo unitário, suscitam dúvidas sobre a concretização do que se convencionou chamar de Direito Administrativo Europeu. Para tanto, é preciso que se delimite que a presente análise aborda o Direito Administrativo Europeu como ramo do Direito Geral Europeu e não suas normas, aquelas que

01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF . 03/05/2024. Art 288 (...) *A diretiva vincula o Estado Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.*

²² FRANÇA. *Code des relations entre le public et l'administration*, de 23 juin 2024. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/ . 23/06/2024. Article L-123-1

disciplinam a organização e o funcionamento das instituições europeias, que, de fato, integram a noção de Direito Administrativo Europeu. Todavia, estas não visam, à primeira vista, regular o exercício dos poderes públicos na busca do interesse coletivo, não tendo o corpo administrativo orgânico nenhuma influência direta no direito administrativo dos Estados membros.

Indubitavelmente, o direito da União Europeia exerce influência na harmonização do direito administrativo de cada Estado membro. O sistema jurídico administrativo europeu se vê em influência recíproca no que se convencionou chamar de “europeização do direito administrativo”. Essa influência que o direito administrativo nacional recebe do direito europeu se soma à influência que o direito administrativo interno exerce sobre o direito comunitário, estando o Direito Administrativo Europeu constituído de normas e princípios que regulam a organização e o funcionamento das instituições e dos órgãos da União Europeia e seu relacionamento com o setor privado europeu.²³

Em virtude disso, tem-se o crescimento do Direito Administrativo Comunitário e a implementação de políticas públicas definidas em âmbito europeu, mas aplicadas em âmbito intraestatal, marginalizando, em alguma medida, o poder legislativo nacional, seja através da dispensa da sua intervenção no processo ou por meio da limitação ou neutralização dos ditames normativos e constitucionais internos.²⁴

Esse novo direito administrativo, advindo da europeização dos ordenamentos jurídicos internos e das políticas públicas, explica parte da construção do projeto europeu. Há que se observar que a ausência de um Estado Europeu é um fator dificultador para a consolidação do Direito Administrativo Europeu. Contudo, verifica-se a evolução de um modelo de ordenamento jurídico administrativo com traços supranacionais.

Assim, o Direito Administrativo Europeu torna-se o motor da União Administrativa Europeia por dar concretude a uma nova organização administrativa que opta pela institucionalização de procedimentos administrativos e do qual resultam normas reguladoras de relações interadministrativas, com base nas novas agências europeias e na normatização das relações entre as entidades administrativas dos diferentes Estados membros.²⁵

²³ SOUSA, Antônio Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Vida Económica. 2016. E-book. Posição 46.

²⁴ SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. p. 5

²⁵ SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. p. 7

Por ocasião da assinatura do Tratado de Maastrich,²⁶ foram propostos modelos de hierarquização de normas de maneira que os Estados membros, ao ratificar os tratados negociados no âmbito da União Europeia, dariam a estes o status de leis ordinárias²⁷ no âmbito do direito interno. Entretanto, o que se teve inicialmente foi uma postura e recusa por parte dos Estados membros sob o argumento falacioso de questões técnicas. O que se consolidou, de fato, foi a necessidade de que os atos do direito europeu, seriam, em alguma medida, condicionados às regras internas de direito para a sua recepção.²⁸

Portanto, o titular do poder de execução dos atos administrativos da União Europeia no âmbito dos Estados membros é a própria administração do Estado membro. Sendo assim, as medidas administrativas comunitárias se baseiam em um sistema de administração indireta, ficando o poder de intervenção do Bloco limitado aos casos de financiamento dentro do quadro de programação estabelecido pela União e aceito pelo Estado.

Assim, a relação que se estabelece entre o direito administrativo da União Europeia e o Direito Administrativo dos Estados membros é uma interação de controle do poder público, uma vez que há convergência de princípios entre o direito nacional e o comunitário, tais como a transparência, a igualdade, a legalidade, a boa administração, o acesso a informação, a proporcionalidade e a confiança legítima, provocando dessa forma uma vinculação de normas processuais e materiais.²⁹

Dessa interação de controle, advém o Princípio do Primado da União Europeia que, embora não tenha sido positivado formalmente no Tratado de Lisboa, foi incluído na Declaração nº 17, anexada à ata final deste mesmo tratado. A “Declaração sobre o primado do direito comunitário”, *in verbis*:

“A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adotado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”

²⁶ O Tratado de Maastricht, assinado em 7 de fevereiro de 1992 em Amsterdã, institui a União Europeia, tendo por missão organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados Membros e os respectivos povos, devendo ainda criar um espaço econômico e social sem fronteiras internas estabelecendo uma União Econômica e Monetária.

²⁷ Utiliza-se o conceito e nível hierárquico normativo brasileiro, havendo variação conforme o direito interno de cada Estado Membro da União Europeia.

²⁸ AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição 861.

²⁹ SILVA, Alice Rocha. SANTOS, Ruth Maria Pereira. *As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13 n. 3, 2016, p 365

Esse princípio decorre de parecer do Serviço Jurídico do Conselho da União Europeia, de 22 de junho de 2007, no qual o Tribunal de Justiça expressa que o Primado do Direito Comunitário é um princípio fundamental que rege a União.

No que tange ao Direito Internacional, as possíveis controvérsias acerca das regras internacionais como fonte do direito são resolvidas de forma que os acordos internacionais sejam exigidos dos Estados, sob pena de responsabilidade, passando a ser escopo do Estado a tarefa de regular as relações entre as regras internacionais e o direito interno.

Seis anos e meio após o Tratado de Roma, e apesar da ausência do Princípio do Primado no Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça estabeleceu o Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre o Direito Nacional como princípio estruturante do próprio ordenamento comunitário. Tal decisão se baseou no fato de que o direito comunitário não poderia variar de um Estado membro para outro em função da legislação interna posterior sem pôr em perigo objetivos básicos do bloco europeu.³⁰

A intensidade do Princípio do Primado do Direito Comunitário varia de acordo com as características das normas comunitárias, mais precisamente se o efeito delas é direto ou não. Quando as normas não são diretamente invocadas, ou seja, quando não se trata das normas diretamente aplicáveis, tais como regulamentos e decisões, elas conservam uma intensidade menor³¹, como acontece com as diretivas, as quais traçam objetivos para os Estados membros que são passíveis de definição de regras no âmbito do direito interno.

Assim, verifica-se que a Diretiva de 2014/18/EU, assim como a Diretiva substituta, a 2014/24/EU, ambas relativas a contratos públicos, são normas que invocam seu caráter vinculativo. Entretanto, elas não são diretamente aplicadas, cabendo a cada Estado membro regulá-la conforme sua própria cultura jurídico administrativa. Nesse caso, o Princípio do Primado atua como limitador dessa regulação: o Estado membro não pode estabelecer regra que contrarie o objetivo estipulado pela Diretiva.

Sendo assim, as regras estabelecidas pelo Bloco, como ocorre no caso do Diálogo Competitivo, acabam permitindo significativa margem discricionária para o direito

³⁰ AMARAL, Diogo Freitas. PIÇARRA, Nuno. *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: uma evolução na continuidade*. Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 9. N. 1, p. 193.

³¹ AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014.E-book. Posição 570.

interno do Estado, o que, invariavelmente, vai provocar uma multiplicidade de interpretações e de aplicações do instituto.

Contudo, não se pode confundir o Princípio do Primado da União Europeia com a hierarquia normativa interna de um Estado ou mesmo com o controle exercido pelo governo central em uma federação. No caso do Princípio do Primado da União Europeia, o que se observa é uma relação que visa garantir a aplicação uniforme do direito comunitário, ou seja, o direito da União Europeia tem primazia, não por ser superior, e sim por ser competente para regular determinada matéria ou caso concreto, solucionando conflito normativo, mas sem interferir na validade da norma interna afastada.

Os regulamentos da União Europeia são vinculantes e vigoram de forma geral e direta em todos os Estados membros. Por sua vez, as diretivas apenas vinculam a administração para a ordem interna do Estado, após a sua transposição. Todavia, as diretivas também podem ter efeito vinculante quando o Estado membro não converte a diretiva a que está obrigado. Assim, é possível jurisdicionar, o cidadão comum, com base em diretiva europeia que não tenha sido regulada no âmbito do direito interno.³²

Diante do exposto, conclui-se, a priori, que os princípios do Direito Administrativo dos Estados membros foram estendidos para o Direito Comunitário, enquanto este funciona como uniformizador da aplicação do direito europeu no âmbito dos Estados pelo Princípio do Primado do Direito Europeu. Portanto, não há uma hierarquia de norma em sentido clássico, mas sem dúvida há uma primazia do Direito Europeu, que deve ser respeitada pelos Estados membros.

A aplicação do Direito Europeu pode se dar de forma direta ou indireta. Os regulamentos e as decisões são diretamente aplicáveis e as diretivas, indiretamente aplicáveis. Essas últimas se caracterizam por fixarem objetivos gerais a serem alcançados pelos Estados membros.

Portanto, passamos à apreciação da importância do Conselho Europeu e da Comissão Europeia na uniformização do Direito Administrativo dos Estados membros, para, em seguida, analisarmos a influência do Direito Europeu na execução da Diretiva de Contratações Públicas no caso do Diálogo Competitivo.

³² SOUSA. Antônio Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Vida Económica. 2016. E-book. Posição 88.

1.1 O papel uniformizador do Conselho Europeu na unificação do direito administrativo dos membros da União Europeia

O Tratado da União Europeia estabelece, como instituições do Bloco, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia (que inclui o Tribunal de Primeira Instância e o Tribunal da Função Pública), o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas. Dentre estas, destaca-se neste estudo o Parlamento Europeu e sua função legislativa, mas, em especial, o Conselho Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia, por serem estes os vetores das políticas e da difusão das normativas e diretivas adotadas pelo Bloco a serem absorvidas pelos Estados membros.³³

Atualmente, o Parlamento Europeu é composto por 679 deputados, que representam cerca de 500 milhões de cidadãos de todos os Estados membros. O mandato dura cinco anos e tem a função de aprovar as propostas da Comissão, fiscalizar o seu trabalho e aprovar o orçamento da União Europeia. Além disso, o Parlamento Europeu colabora com os parlamentos nacionais realizando assembleias regularmente.³⁴

A seu turno, a Comissão Europeia é uma instituição politicamente independente e é constituída por 28 comissionários. É responsável pela supervisão do cumprimento dos tratados e das decisões das instituições, sobretudo as decisões do Conselho da União Europeia. A Comissão controla a aplicação do direito da União sem vinculação necessária com o Tribunal de Justiça da União Europeia. Além disso, a Comissão executa o orçamento e gerencia os programas e as políticas da União Europeia, representando o bloco nas organizações internacionais.

Portanto, a Comissão é o motor de integração da União Europeia, embora seu papel executivo tenha sido reduzido em prol do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, que passaram a ser encarregados da definição das orientações e prioridades políticas da União Europeia. Incumbe também à Comissão dar o impulso necessário às políticas da União.³⁵

³³ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, Conselho e Comissão. *Tratado da União Europeia*. De 07 de junho de 2016. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF . 03/05/2024

³⁴ *Ibidem*

³⁵ SOUSA. Antônio Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Vida Económica. 2016. E-book. Posição 122.

A Comissão Europeia não é exatamente como um governo de um Estado, sua natureza é versátil e complexa. Nesse viés, para a presente análise, deve-se reconhecer que a Comissão tem uma variedade de facetas, mas as que mais se adequam à difusão das questões de Direito Administrativo e dos aspectos atinentes às contratações públicas no âmbito do Direito Europeu são suas funções executiva, orçamentária e controladora.³⁶

O Conselho Europeu é formado pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados membros, pelo seu Presidente, pelo Presidente da Comissão e pelos ministros responsáveis pela política externa de cada um dos membros. Tal Conselho não tem poder legislativo e é voltado para a definição das orientações e das prioridades políticas da União Europeia.³⁷

No Tratado de Lisboa definiu-se as funções do Conselho Europeu, que são a responsabilidade de guiar o desenvolvimento da União Europeia, de identificar os objetivos e interesses estratégicos da União e de debater as grandes orientações das políticas econômicas dos Estados membros e da Comunidade. Dessa forma, o Conselho Europeu exerce funções de ordem constitucional, tais como deferir a adesão de um novo Estado membro ou modificar o número de membros do parlamento.³⁸

Percebe-se que o Conselho Europeu exerce um papel político constitucional, sobretudo por ser composto pelos Chefes de Estado, acompanhados de seus respectivos ministros das relações exteriores. Já o Conselho da União Europeia ou Conselho de Ministros, este reúne periodicamente os ministros dos Estados membros de acordo com a matéria tratada. Sendo assim, enquanto o Conselho Europeu é o principal centro de decisão política, o Conselho da União Europeia tem por missão a adoção de atos legislativos, a coordenação de políticas econômicas e a celebração de acordos internacionais entre a União Europeia e terceiros, ou seja, é mais voltada aos aspectos técnicos das políticas adotadas no Conselho Europeu.

Destarte, o Conselho Europeu tem um poder executivo e as diretrizes estabelecidas nos seus tratados acabam por serem escrutinadas pelo Conselho da União Europeia. De fato, baseado no exposto, vê-se que o Conselho da União Europeia tem uma formação variada de acordo com o assunto tratado, pois cada Estado far-se-á representar

³⁶ AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição 2836.

³⁷ UNIÃO EUROPEIA. *O Conselho Europeu*. 2018. Disponível em <https://adcoesao.pt/wp-content/uploads/publicacaoconselhoeuropau.pdf>. 03/05/2024.

³⁸ NANCLARES, José Martín Pérez. CORRES, Mariola Urrea. *Tratado de Lisboa*. Madrid. Real Instituto Elcano. 2010. p. 36.

pelo seu próprio ministro de Estado atinente a cada tema. A cada reunião, o Conselho é considerado como constituído e os membros dessa instituição são os encarregados de cada encontro direcionado a determinado objetivo ou tema.

Feita essa breve revisão sobre os órgãos que compõem a União Europeia, passamos aos aspectos inerentes ao seu papel na unificação do Direito Administrativo dos Estados, sem perder de vista que o modelo adotado pela União Europeia é um modelo misto. Afasta-se assim a primeira proposta de uma Administração Pública centralizada pela União Europeia, pois esta afetaria diretamente a soberania e autonomia dos membros da comunidade, afrontando princípios basilares do Bloco. Afasta-se também a segunda proposta, a de um modelo descentralizado, em que as administrações nacionais executariam o direito da União, dispensando o Bloco de ter uma Administração própria.³⁹

O modelo misto pareceu o mais adequado, pois a identidade nacional é mantida e as normas da União Europeia são aplicadas pelas administrações nacionais, que funcionam como um braço avançado da Administração da própria União Europeia. Assim, os atos administrativos se dão por execução direta da própria União, são os chamados atos transnacionais. A execução indireta é de responsabilidade dos órgãos de execução da União, tais como a Comissão, as administrações gerais, os serviços e as agências⁴⁰ autônomas da União.

Entre todos esses órgãos, cabe atenção maior à Comissão Europeia, que é a responsável pelas direções gerais e pelos serviços. As direções gerais são relativas à ação climática, a agricultura, a assuntos econômicos e financeiros, marítimos e de pesca, a investigação, a comércio, a educação, a cultura, a energia, a emprego e justiça, dentre outros, voltados para a coesão e bem-estar social da comunidade.

Diante do exposto, verifica-se que o Direito Administrativo Europeu é expandido pelo Conselho Europeu, Conselho da União Europeia e Comissão Europeia por meio das bases normativas de atuação autônoma do Bloco, quais sejam, os regulamentos e as diretivas dirigidas aos Estados membros. Da mesma forma, as Decisões se mostram como regulações de cada caso concreto, fazendo valer o ato administrativo da comunidade no plano do direito interno do Estado.

³⁹ SOUSA. Antônio Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Vida Económica. 2016. E-book. Posição 115.

⁴⁰ As agências tem a função de execução com poderes de regulação e decisão e são voltadas para Direitos Fundamentais, gestão de fronteiras, segurança de tráfego aéreo e marítimo, segurança de rede e informação, saúde, trabalho, medicamentos, alimentos e produtos químicos, entre outras.

Para se compreender o grau de influência do Direito Administrativo Comunitário no direito interno, o foco deve estar nessas três modalidades de normatização da União Europeia, sobretudo por se considerar que as recomendações são orientações de caráter voluntário e os pareceres, também sem efeito vinculante, visam apenas expressar o posicionamento técnico do bloco sobre determinada questão. Sendo assim, os regulamentos, as diretivas e as decisões são instrumentos de uniformização dos procedimentos administrativos e de parâmetros técnicos para a atuação da Administração em nível intraestatal.

Considerando que os tratados não versam sobre estrutura administrativa, os Estados membros devem executar o Direito Europeu por meio de seus três poderes no âmbito interno, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário.

Assim, a transposição dos regulamentos e diretivas para o direito interno se dá por meio da regulação do parlamento do Estado membro sobre o tema tratado em cada diretiva e a aplicação de imposição dos regulamentos, das diretivas e das decisões se dá por meio dos tribunais internos, observando que o ato interno esteja de acordo com o direito comunitário.⁴¹

Conclui-se que o Direito Administrativo Europeu é aplicado em cada um dos Estados membros por meio da transposição dos regulamentos, das diretivas e das decisões e este processo se dá por meio dos poderes e das instituições de direito interno de cada um dos Estados, fazendo com que o Direito Administrativo Interno tenha o poder de regular, mas sem ferir as balizas estabelecidas pelos atos do direito supranacional da comunidade.

Como exemplos do processo acima mencionado podemos citar a Diretiva 2014/25/EU, que versa sobre contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores de água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. A Diretiva 2014/23/EU, que se refere a adjudicação de contratos de concessão, e por fim, a Diretiva 2014/24/EU, que trata dos contratos públicos celebrados pela Administração, devendo ser adotado em todos os Estados membros e que institui o Diálogo Competitivo, nos conduzindo ao estudo da importância das Diretivas sobre contratações públicas, com especial ênfase à diretiva que trata de contratos públicos.

⁴¹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/glossary/transposition.html>. 24/06/2024

1.2. A indispensabilidade das diretivas das diretivas sobre contratações públicas na integração do Direito Administrativo Europeu

A Diretiva 2014/24/EU, foco principal do presente tópico e que traz no seu bojo os parâmetros relativos ao Diálogo Competitivo, é um significativo instrumento adotado pelo Bloco Europeu para promover o crescimento, associado a padrões de adjudicação de contratos na esfera pública, porque possibilita a eficiência administrativa por meio do melhor emprego dos recursos públicos, dentro dos parâmetros e dos princípios norteadores das atividades administrativas no âmbito da União, tais como a transparência, a igualdade e a consecução de objetivos sociais comuns⁴². Associado a esta, conforme visto no tópico anterior, podemos citar duas outras diretivas basilares do regime de contratação pública no âmbito administrativo europeu: a Diretiva sobre contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores de água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e a Diretiva sobre concessão de serviços públicos.

Antes de nos aprofundar na Diretiva sobre contratos públicos e sua abordagem quanto ao Diálogo Competitivo, façamos um breve resumo descritivo sobre a Diretiva 2014/25/EU e a Diretiva 2014/23/EU, que tratam respectivamente de contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores de água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e de Contratos de Concessão de Serviços Públicos.

A Diretiva 2014/25/EU teve como objetivo estabelecer regras para os contratos relacionados aos setores de serviços mencionados e está baseada na própria Diretiva de Contratos Públicos, mas levando em conta a natureza específica destes setores. Entre as regras estipuladas na Diretiva estão a obrigatoriedade exigida dos setores de gás e calor, eletricidade e água de obedecerem as regras europeias quando se trata de serviço prestado ao público.

No que tange aos serviços de transportes públicos, há obrigatoriedade da observância da norma europeia quando o transporte se dá por caminho de ferro, carros elétricos, autocarros, teleféricos e tenham como base terminais de transporte aéreo marítimo ou fluvial. Sobre os serviços postais, estes devem ter por objeto a prestação de

⁴² SOUSA JUNIOR. Aluisio Martins. *Princípios Aplicáveis às licitações públicas: análise comparativa entre a lei brasileira de licitações e contratos e a Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jl/set. 2015, p.9.

serviços análogos e que envolvam a aceitação, o tratamento, o transporte e a distribuição de envios postais.⁴³

Sobre serviços de interesse público por meio do contrato de concessão para exploração por ente particular, há uma evolução da prática do serviço público por parte da Administração. Nesse sentido, tal fundamento não diverge no contexto do Direito Europeu e da Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014, que trata da adjudicação de contratos de concessão por parte da Administração da União Europeia.

A concessão de serviços públicos é uma modalidade de gestão indireta, que transfere a gestão de faculdades originárias da administração. A Comunidade Europeia com a finalidade de dar transparência e segurança jurídica às normas aplicáveis às concessões nos Estados membros, segundo a referida Diretiva, o que demonstra o reconhecimento da importância dos serviços públicos por parte do bloco supranacional.

A Diretiva busca introduzir uma nova regulação sobre concessões de serviços públicos no âmbito da União Europeia, que é unificar o conceito de concessão de obra e de serviço em cada Estado membro e conceder às autoridades dos integrantes do Bloco a liberdade para organizar os serviços públicos dentro dos princípios e parâmetros estabelecidos pela União.⁴⁴

A Diretiva da União Europeia busca limitar a discricionariedade dos órgãos estabelecendo obrigações relativas aos critérios de seleção mediante aplicação de critérios objetivos. A adjudicação do contrato deve se dar sob a égide da transparência e igualdade. Estabelece provisões em matéria de modificação, subcontratação e resolução de contratações de obras e serviços. Por fim, estende o âmbito de aplicação das diretivas sobre recursos aos contratos de concessões, de forma a que os contratos possam ser impugnados pelo controle do Bloco Europeu⁴⁵, se necessário.

⁴³ União Europeia. Contratos públicos – regras para os setores de água, energia, transportes e serviços postais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/public-procurement-rules-for-water-energy-transport-and-postal-sectors.html>. 24/06/2024.

⁴⁴ PÉREZ. *La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. Reala nueva época. Nº 2. 2014. p. 87

⁴⁵ PÉREZ. *La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. Reala nueva época. Nº 2. 2014. p. 89

Ambas as diretivas abordadas se valem das regras de adjudicação da Diretiva 2014/24/EU, que possui, entre suas modalidades, o Diálogo Competitivo. Para melhor esclarecer a Diretiva que institui o Diálogo Competitivo, é preciso fazer uma breve revisão da Diretiva 71/305 da Comunidade Econômica Europeia, de 26 de julho de 1971, que então versava sobre os procedimentos de adjudicação de contratos de obras públicas e que, em 2004, na Diretiva 2004/18/EU pretendeu-se harmonizar os contratos públicos no âmbito da União, já em outro estágio de consolidação do Bloco Europeu, se comparado em 1971.

A bem da verdade, mais do que harmonizar a regulamentação, a Diretiva de Contratação Pública de 2004 objetivava a simplificação e a flexibilização dos contratos públicos no âmbito europeu, para que estes fossem voltados para o bem social comum, incluindo proteção ambiental, responsabilidade social, sistemas anticorrupção, apoio a pequenas e médias empresas, inovação, combate a mudanças climáticas, emprego e saúde pública.⁴⁶

Evidente, portanto, a importância das diretivas na condução dos Estados membros a princípios do Direito Comunitário e, nesse caso, a quebra do paradigma da Administração contratante rígida e sem eficiência, predominante nos Estados membros, para se tornar uma Administração flexível e eficiente, donde se extrai que o Diálogo Competitivo é ferramenta que encarna a presente direção adotada pelo Direito Administrativo Comunitário.⁴⁷

Os princípios que direcionam os pressupostos da referida Diretiva são os constantes do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais induzem a procedimentos ditos flexíveis. A igualdade de tratamento ganha especial relevo, por se tratar de uma comunidade de Estados, e visa coibir a discriminação do concorrente por conta de sua nacionalidade, além da preocupação com a

⁴⁶ BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p 165.

⁴⁷ FERREIRA, Fernanda Mesquita. *Evolução da Contratação Pública no Direito da União Europeia e no Direito Brasileiro: análise comparativa das principais alterações da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos na União Europeia e do projeto de lei do Senado Federal nº 559/2015 que institui a Nova Lei de Licitações e Contratos no Brasil*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jul/set. 2015, p. 181.

proporcionalidade e a transparência, princípios balizadores da legalidade para a flexibilização concedida ao gestor.

Assim, a Diretiva de 2004 estabeleceu um melhor acesso aos mercados, com critérios de seleção previamente divulgados, com prazos mínimos para as diversas fases do procedimento e a eliminação de obstáculos à participação. A Diretiva não contemplava qualquer tipo de contrato, como era o caso das concessões, que tiveram sua regulamentação no Direito Europeu apenas em 2014, na Diretiva 2014/24/EU, que fora editada junto com a Diretiva de concessões e revogou e substituiu a Diretiva 2004/18/EU.⁴⁸

A Diretiva de 2014 veio com o mote de modernizar e aprimorar a eficiência das despesas públicas, incentivando a participação de pequenas e médias empresas e assegurando a finalidade social do contrato público, a integração social e profissional e a observância das questões ambientais.⁴⁹

As contratações, nos termos da Diretiva 2014/24/EU são regidas pelos princípios da livre circulação de mercadorias, e seu traço marcante é a flexibilização do procedimento das normas estabelecidas, justamente o ponto que gera tensão na transferência do procedimento entre culturas jurídicas distintas⁵⁰.

A Diretiva também estabeleceu a preferência pela realização dos procedimentos de adjudicação por meios eletrônicos, outro ponto “importado” pelo regime normativo brasileiro. O gestor deve dar preferência pela licitação realizada por eletrônica, devendo justificar expressamente a necessidade de realização de certame presencial⁵¹, se for o caso.

⁴⁸ MARS, Sylvia de. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p 9.

⁴⁹ FERREIRA, Fernanda Mesquita. *Evolução da Contratação Pública no Direito da União Europeia e no Direito Brasileiro: análise comparativa das principais alterações da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos na União Europeia e do projeto de lei do Senado Federal nº 559/2015 que institui a Nova Lei de Licitações e Contratos no Brasil*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jul/set. 2015, p 185.

⁵⁰ NUNES, Ivan Santos. *Diretiva 2014/24/EU do Parlamento e do Conselho Europeu: Paradigma a ser utilizado nas contratações brasileiras*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jul/set. 2015, p 255

⁵¹ Ibidem

A busca de objetivos sociais e ambientais é outro ponto da Diretiva 2014/24/EU que foi claramente incorporado na Nova Lei brasileira de Licitações e Contratos, tais como a integração de entidades cujo objetivo seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência, desfavorecidos e marginalizados e às margens, de preferências para pequenas empresas.

É importante ressaltar que a Diretiva Europeia se aplica somente a contratos estimados em valor superior a EUR 5.186.000 para obras públicas, EUR 134.000 para fornecimento e serviços adjudicados e EUR 950.000 para serviços sociais⁵².

O critério do menor preço passa a ser um residual, sendo substituído pelo mais adequado “custo-benefício”, outra questão trazida pelo normativo brasileiro no que tange aos contratos de melhor retorno econômico. Ademais, a Diretiva Europeia é a expressão da era dialógica entre Administração e cidadão e, por essa razão, no seu texto é dada prioridade aos princípios da publicidade e transparência com mecanismos de combate à corrupção na estrutura dialógica⁵³.

Observamos que o Direito Brasileiro importou bem mais que somente o Diálogo Competitivo; também procurou incorporar a axiologia da Diretiva 2014/24/EU no seu normativo de licitações e contratos administrativos. Assim, temos um incentivo à participação do ente privado em um contexto de Administração Dialógica no

⁵² UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. Directiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> . 03/05/2024. Art 4º *A presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares: a) 5 186 000 EUR para os contratos de empreitada de obras públicas; b) 34 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, este limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III c) 207 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, esse limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III; d) 750 000 EUR para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XIV.*

⁵³ FERREIRA, Fernanda Mesquita. *Evolução da Contratação Pública no Direito da União Europeia e no Direito Brasileiro: análise comparativa das principais alterações da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos na União Europeia e do projeto de lei do Senado Federal nº 559/2015 que institui a Nova Lei de Licitações e Contratos no Brasil*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jul/set. 2015, p 186

Procedimento de Manifestação de Interesse.⁵⁴ Foca-se em objetivos sociais e ambientais, tais como a margem de preferência e condições distintas para empresas de pequeno porte e microempresas, no princípio do desenvolvimento nacional sustentável e no critério de desempate para empresas que preencham o estipulado legal para pessoas com deficiências ou reabilitados do sistema de assistência social.

No que concerne ao Diálogo Competitivo, a Diretiva 2014/24/EU, que inaugurou o Diálogo Competitivo no âmbito do Direito Europeu, trouxe algumas inovações em relação ao dispositivo normativo revogado, a Diretiva 2004/18/EU. Entre elas, podemos citar a obrigatoriedade de implantação do procedimento por parte dos Estados membros. Na Diretiva revogada, tal questão era facultativa; no regime atual, o Estado deve expedir seu regulamento quanto a aplicação do Diálogo Competitivo, seguindo os parâmetros de convergência com os termos da Diretiva⁵⁵.

A Diretiva anterior apontava que seu uso era sugerido em contratos de alta complexidade. A Diretiva 2014/24/EU elenca as hipóteses em que o gestor deverá aplicar o Diálogo Competitivo, ponto que será explorado mais à frente.

Outro ponto relevante de inovação da Diretiva de 2014 é a possibilidade de a Administração prever um prêmio para os participantes da fase do diálogo, incentivando assim a participação de concorrentes dispostos a apresentar uma solução que possa atender às necessidades do interesse público, fazendo com que o procedimento não seja deserto pela perspectiva do particular em não ter sua solução aceita ou propor solução que seja acolhida em oferta, mais vantajosa, de outro órgão participante⁵⁶.

Desde a Diretiva 2004/18/EU e a obrigatoriedade trazida pela Diretiva 2014/24/EU, que obrigou os países membros a incorporarem-no, os diversos países da União Europeia passaram adotar o procedimento do Diálogo Competitivo. Em Portugal o procedimento ganhou a denominação de “Diálogo Concorrencial” e está previsto no

⁵⁴ Procedimento de Manifestação de Interesse é um procedimento auxiliar ao processo licitatório, previsto no Art 81 da Lei Brasileira de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14133/21), onde o particular é chamado a apresentar estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam para questões de relevância pública.

⁵⁵ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023, p. 355.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/24/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. 03/05/2024 artigo 30º (...) 8. *As autoridades adjudicantes podem prever prémios ou pagamentos aos participantes no diálogo.*

“Código de Contratos Públicos” daquele país. Na Espanha, a *Ley 9/2017 de contratos del sector público* adotou a modalidade. Na França, como vimos, o Diálogo era previsto no *Code des Marchés Publics* e atualmente consta no *Code de la Commande Publique* e no Reino Unido, no *Public Contracts Regulations*⁵⁷. A observação da experiência acumulada, pelos diversos Estados membros, revela a necessidade de aprofundamento. Dessa forma, a difusão do Diálogo Competitivo do Direito Supranacional para o Direito Administrativo Interno nos Estados é próximo tema ser tratado.

1.3. A difusão irregular do Diálogo Competitivo do Direito Supranacional para o direito dos Estados membros

Inicialmente, a União Europeia não contava com nenhum regramento sobre compras feitas pelo Poder Público, ficando o Bloco Europeu adstrito à ideia de livre circulação e não discriminação. As regulações pioneiras se deram com a Diretiva 32 de 1970, porém o tema só foi aprofundado em 1996, com o *Green Paper Public Procurement in The European Union: Exploring the way forward*. Todavia, havia a necessidade de um procedimento mais flexível, considerando a multiplicidade de culturas jurídico-administrativas dos Estados membros, bem como a participação do setor privado na busca da solução, já em um contexto de Administração Pública Dialógica⁵⁸.

A adoção do instituto do Diálogo Competitivo pelo Direito Administrativo Europeu, conforme asseverado, se dá com a Diretiva 2004/18/EU, em substituição ao *negotiated procedure*, que proporcionava a negociação apenas depois de estarem definidos todos os termos do contrato⁵⁹. O instituto passa a integrar as normas supranacionais de forma mais abrangente, atendendo à demanda do mercado. Entretanto, é um modelo de adjudicação sem semelhante em nenhum os Estados membros do bloco. Vamos a uma breve explicação.

⁵⁷ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p 26.

⁵⁸ NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Editora Itala. Curitiba. 2019, p. 350.

⁵⁹ *Ibidem*

A Diretiva 2004/18/EU definiu o Diálogo Competitivo como procedimento em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos e no qual qualquer operador econômico pode solicitar sua própria participação, visando desenvolver uma ou mais soluções para atender às necessidades do Poder Público. Reveladas as soluções, os candidatos selecionados são convidados à apresentar uma proposta.⁶⁰

A intenção da internalização do Diálogo no Direito Comunitário foi proporcionar um método adequado para a adjudicação de contratos complexos, tais como contratos de infraestrutura, redes de transportes, sistemas de tecnologia da informação, mas, sobretudo, as Parcerias Público-Privadas, pois estas demandam tanto a complexidade do objeto adjudicado como uma concepção jurídica mais elaborada⁶¹.

Inicialmente, a Diretiva 2004/18/EU não vinculava a obrigação de regular e absorver o modelo do Diálogo Competitivo ao Estado membro, não constituindo um sistema supranacional de regulação de contratos públicos. Apenas limitava o fornecimento de um quadro mínimo a ser respeitado pelos integrantes da União Europeia. Nesse caso, os Estados membros tinham a liberdade de implantar regras e práticas e aplicar as suas próprias políticas nacionais⁶².

Contudo, o que se observou foi a adoção do procedimento em grande parte dos países da União Europeia. França, a origem do instituto, foi acompanhada por Reino Unido, Alemanha, Espanha, Dinamarca, Bélgica, Noruega, Portugal, dentre outros. Os Estados, em sua maioria, optaram por praticamente copiar o texto da Diretiva, sem completar os seus requisitos, deixando às autoridades adjudicantes a flexibilidade permitida pela própria Diretiva e isso provocou distorções, considerando a variedade das culturas jurídico-administrativas dos Estados integrantes do Bloco⁶³.

⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2004/18/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>. 03/05/2024. Item 11 “c”.

⁶¹ MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise en oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013, e-book posição: 394.

⁶² UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2004/18/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>. 03/05/2024. Art 16

⁶³ ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p 33.

Como exemplo, a Fase do Diálogo ficou muito flexível para os agentes da administração dos Estados membros, tendo como consequência essa multiplicidade de aplicações e aproveitamentos. É curioso que essa adoção das regras do Diálogo de forma replicada se deu em países que tradicionalmente já tratavam as regras da União Europeia como sendo interna do Estado, como era o caso do Reino Unido, antes do BREXIT, e da Dinamarca, mas também em países que costumam regular detalhadamente as Diretivas Europeias, como a França. Assim, a maioria dos Estados membros colocou o procedimento à disposição de suas autoridades adjudicantes, sem detalhar procedimentos e sem aprofundar as razões de sua aplicação⁶⁴.

A Comissão Europeia editou nota explicativa quanto à necessidade de utilização do Diálogo Competitivo nas Parcerias Público-Privadas, justamente pela dificuldade dos Estados membros em definir o que seria o “contrato complexo” referido na Diretiva revogada. Não por outra razão, a Diretiva 2014/24/EU detalha as hipóteses de aplicação do Diálogo Competitivo, criando um rol de casos complexos e adequados à sua aplicação.

A Diretiva 2014/24/EU também detalhou o procedimento e suas hipóteses de uso, e obrigou os Estados membros a incorporarem-no. Entretanto, apesar de seu potencial, o Diálogo Competitivo não foi utilizado na medida esperada. Ocupou, na verdade, uma posição marginalizada nas modalidades escolhidas pelos agentes públicos para adjudicação.

De modo geral, o uso do Diálogo Competitivo se dá para contratos de maior valor, para autoridades nacionais, em sua maioria, e não em contratos adjudicados por autoridades locais. É utilizado sobretudo para pesquisa e desenvolvimento, serviços de tecnologia da informação e para obras, conforme estudo realizado em uma amostra de 1.242.090 observações, entre 2010 e 2017, em 28 Estados membros e extraído do estudo empírico de Buccino *et al.* (2020)⁶⁵.

Verificou-se que a flexibilidade, como ideia-força do procedimento, oferece inúmeras vantagens, permitindo a mitigação de riscos pela sua intrínseca possibilidade de criar novas soluções e reduzir as incertezas. Contudo, essa flexibilidade também se mostrou

⁶⁴ ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p 49

⁶⁵ BUCCINO, Giulia. *et al.* *Competitive Dialogue: an economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p 165.

desvantajosa, por carregar em si um risco maior de abuso de poder discricionário e de corrupção.

Para tanto, verificou-se que, por tentar evitar a atuação dos órgãos de controle e buscar maior segurança na adjudicação, o modelo flexível apresentou-se relativamente evitado pelos Estados membros. O estudo de Buccino *et al.* (2020) mostra que apenas 0,32% das licitações públicas entre 2010 e 2017 foram realizadas com a utilização do Diálogo Competitivo. Ademais, houve uma significativa variação na sua utilização por parte dos Estados membros, como veremos adiante. Destaca-se o Reino Unido e a França como principais usuários do modelo, contrastando com países como Portugal e Lituânia de adesão significativamente baixa⁶⁶.

Um dos problemas identificados foi justamente a fase do planejamento e a definição dos termos dos editais. Viu-se que as informações constantes nos avisos publicados no Jornal Oficial da União Europeia não eram relevantes e muitos anúncios eram vagos e em países onde não há estrutura legal para esse tipo de aquisição, provocando o fracasso na aplicação do procedimento⁶⁷.

Por sua vez, os países da tradição da *Common Law*, cujo direito é baseado em usos, costumes e decisões judiciais, diferentemente dos Direitos de base romanística, que tem foco no direito escrito, apresentaram relevante desempenho na aplicação do instituto, como é o caso do Reino Unido⁶⁸.

Portanto, existem modelos diferentes que tiveram notável sucesso na utilização do Diálogo Competitivo, tais como países de tradição baseadas na *Common Law* (Reino Unido) ou em países de base romanística (França). O estudo de Buccino *et al.* (2020) também mostrou que o nível de corrupção, em determinado país membro, não é decisivo para justificar o grau de uso do Diálogo Competitivo⁶⁹.

⁶⁶ BUCCINO, Giulia. *et al.* **Competitive Dialogue: an economic and legal assesment.** Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p 169

⁶⁷ FILHO. Getúlio Velasco Moreira. **Como as experiências europeias e estadunidense pode contribuir com o diálogo competitivo brasileiro?** Revista Digital de Direito Administrativo. vol 10, n.1, Universidade de São Paulo. 2023, p 279.

⁶⁸ PAULA. Luiza Vegas de. O Diálogo Competitivo no Brasil: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022, p 46.

⁶⁹ BUCCINO, Giulia. *et al.* **Competitive Dialogue: na economic and legal assesment.** Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p 167.

Com isso, passamos ao estudo das especificidades do Diálogo Competitivo no Direito Europeu, buscando entender seus procedimentos e núcleos mínimos de aplicação e, por conseguinte, suas bases axiológicas para identificarmos as possíveis causas da sua aplicação em maior ou menor grau em variados Estados do Bloco Europeu.

2. ESPECIFICIDADES DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO EUROPEU

O mencionado *Green Paper Public Procurement in the European Union*, editado em 1996, lançou grande debate sobre os procedimentos para contratações públicas no contexto do Direito Europeu. Em consequência, em 1998, foi publicado o *Public Procurement in The European Union*, que assumia o compromisso de resolver os problemas, simplificando a estrutura e aumentando a flexibilidade do gestor público⁷⁰.

Contudo, o sistema europeu de compras públicas ainda se demonstrava inadequado por desconsiderar as particularidades dos projetos cada vez mais complexos e muitas vezes interfronteiriços. A estipulação de um mínimo de cinco propostas nos procedimentos abertos e fechados era vista como irrazoável, sobretudo quando a Administração se via diante de projetos complexos de alto custo. Os requisitos que o *Public Procurement in The European Union* estabelecia para a definição das especificações técnicas de maneira completa retirava a flexibilidade para soluções que fossem mais assertivas para a demanda do órgão público. Além disso, a possibilidade de diálogo com os contratáveis era muito limitada, mesmo depois da escolha do vencedor⁷¹.

O Diálogo Competitivo foi introduzido pela Diretiva 2004/18/EU e seu uso era previsto para projetos complexos, tais como concessões de serviços públicos e Parcerias Público-Privadas. O procedimento também visava a melhoria da comunicação entre

⁷⁰ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal na Spain*. Tese de Doutorado. Universidade de Nottingham. Nottingham. 2010, p. 75.

⁷¹ NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba. 2019, p 350.

licitantes e autoridade contratante por meio de um processo transparente e flexível, combinando soluções de interesse público inovadoras e eficazes. Nesse sentido, o Diálogo permitia a abertura de uma interação com vários operadores econômicos para desenvolver uma solução que se aproximasse da ideal⁷².

Portanto, o Diálogo Competitivo Europeu se diferencia das demais modalidades pelo fato que, deste procedimento, no que se refere a fase de seleção, participam apenas os candidatos qualificados na fase do diálogo, de forma que sejam colocadas em disputa as soluções que satisfaçam as necessidades que ensejaram a instauração do procedimento⁷³.

Diante disso, depreende-se que o Diálogo Competitivo Europeu apresenta, como especificidades, a flexibilidade voltada para a eficiência; a redução da assimetria de informações a favor da Administração, o que permite também aos licitantes o acesso às informações de modo a torná-los mais competitivos na seleção promovida pelo Poder Público; a sintetização da tecnologia de forma que as necessidades sejam definidas de forma objetiva; a instituição da relação público-privada agregada ao princípio da transparência⁷⁴.

2.1. O Diálogo Competitivo na Diretiva 2024/24/EU

Preliminarmente, cumpre lembrar que a Diretiva 2024/24/EU é o diploma de Direito Administrativo Europeu vigente e que regula os contratos públicos no âmbito do Direito Europeu. A referida Diretiva refirmou a modalidade instituída pela norma superada com maior contundência. A sua adoção pelos Estados membros passa a ser obrigatória. Ademais, diversamente da anterior, a Diretiva estabelece as hipóteses de utilização do Diálogo Competitivo⁷⁵.

⁷² BUCCINO, Giulia. *et al.* *Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p 165.

⁷³ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023, p. 355.

⁷⁴ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p. 45 a 52.

⁷⁵ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte. Fórum, 2021, p. 14.

O artigo 26 da Diretiva 2014/24/EU diz que o Diálogo Competitivo deverá ser aplicado às contratações de obras, fornecimentos, ou serviços e devem atender às necessidades da autoridade adjudicante. Servem para a aquisição de produtos ou serviços que incluem a apresentação de soluções inovadoras e para contratos que não podem ser adjudicados sem negociação prévia, devido à sua complexidade, à montagem jurídica, financeira e aos riscos relacionados. Por fim, servem para as situações em que as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade administrativa⁷⁶.

A Diretiva 2014/24/EU apresentou uma sistemática mais clara e delineou o Diálogo Competitivo em apenas um artigo. O novo normativo europeu externou exatamente o que seria uma proposta economicamente vantajosa, utilizando uma abordagem custo-eficácia que reduziu o valor dos montantes⁷⁷.

A Diretiva vigente reforça ainda os princípios das contratações públicas aplicáveis ao Diálogo Competitivo, tais como o da não discriminação (Princípio da Igualdade), especialmente em relação à nacionalidade do candidato, considerando tratar-se de um ramo do Direito Europeu, ou seja, um Direito Supranacional aplicado além das fronteiras dos Estados. O Princípio da Transparência é outro protagonista na axiologia do Diálogo Competitivo na Diretiva 2014/24/EU, considerando a flexibilidade do procedimento e a discricionariedade dada ao agente público contratante. A proporcionalidade é outro princípio de especial atenção, tendo em vista a relativização da supremacia da Administração frente aos órgãos privados participantes e, também, no que se atine à discricionariedade. A proporcionalidade está relacionada às regras estabelecidas pela Administração, às restrições e às decisões ou eventualmente sanções aplicadas no decorrer do rito do Diálogo Competitivo⁷⁸.

Assim, o Diálogo Competitivo, no modelo estabelecido pela Diretiva de 2014, deve ser direcionado a contratos particularmente complexos, ou seja, a modalidade deverá

⁷⁶ NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba. 2019, p. 353.

⁷⁷ NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba. 2019, p. 354.

⁷⁸ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal na Spain*. Tese de Doutorado. Universidade de Nottingham. Nottingham. 2010, p. 58.

ser utilizada quando forem excluídas as possibilidades de utilização das modalidades ordinárias. Não há expressa previsão para a utilização do Diálogo Competitivo de forma subsidiária às demais modalidades. Todavia, a Diretiva descreveu os casos e hipóteses de aplicação do procedimento, aqueles em que há complexidades técnica, jurídica e financeira, como é o caso das Parcerias Públicos Privadas (PPP), exemplo didático que une esses três pressupostos. Na PPP, o Estado precisa de uma solução que terá necessariamente a participação do ente privado. Portanto, faz sentido que este contribua com a solução e, dada a complexidade de tais contratos, a solução técnica e jurídica mais adequada deverá ser obtida pelo Poder Público por meio do modelo da Administração Dialógica⁷⁹.

Após a apreciação das características do instituto do Diálogo Competitivo na Diretiva 2014/24/EU, vigente no Direito Administrativo Europeu, passa-se à abordagem da concepção de aplicação da modalidade no Direito Comunitário. Assim, os próximos tópicos descrevem o rito de execução do seu procedimento no Direito Europeu para, em seguida, explorar o núcleo mínimo, ao qual os Estados membros devem se ater por conta da regulação do respectivo direito interno.

2.2. A concepção de aplicação do Diálogo Competitivo no Direito Europeu

Neste tópico descreveremos os procedimentos previstos na Diretiva 2014/24/EU, quais sejam, as fases de aplicação e o rito propriamente dito do Diálogo Competitivo Europeu, para subsidiar as vindouras análises da sua aplicação nos Estados membros da União Europeia e a sua comparação com o modelo proposto no Direito Brasileiro.

⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte. Fórum, 2021, p. 18.

Segundo Rafael Sérgio Lima de Oliveira⁸⁰, Flávio Garcia Cabral⁸¹ e Guilherme Dias Reisdorfer⁸², a divisão do procedimento europeu se dá em uma partição em três fases: a Fase de Habilitação, a Fase do Diálogo e a Fase da Seleção das Propostas. Esta última se aproximaria do procedimento licitatório ordinário. Reconhecemos que a divisão proposta pelos autores nacionais busca elucidar e adaptar, com maior perfeição, o modelo europeu ao modelo de Diálogo Competitivo que foi importado pela Lei 14133/21 para o regime jurídico do Brasil.

Contudo, na Doutrina Europeia verifica-se alguma divergência, que aponta para uma repartição mais detalhada para descrever o procedimento. Sue Arrowsmith e Steen Treumer defendem uma divisão em cinco partes: (i) a preparação do edital, ou fase de planejamento, (ii) a seleção dos participantes que seria similar à habilitação, (iii) a fase do diálogo, (iv) a fase da seleção das propostas e (v) a fase de escolha do vencedor⁸³.

Buccino *et al.*, por sua vez, dividem o procedimento também em cinco fases, mas com alguma distinção dos modelos de Arrowsmith e Treumer, mencionando uma fase de proposta final e outra de fase pós-proposta, sendo esta última uma oportunidade para a autoridade adjudicante solicitar ao proponente confirmações e esclarecimentos acerca da proposta final⁸⁴.

Kim Moric, ao descrever “*La procedure du Dialogue Compétitif*”, subdivide o procedimento em seis fases: preparação, seleção dos candidatos, fase do diálogo, submissão das propostas, conclusão da licitação e execução do objeto. Percebe-se que o autor acrescenta a fase de execução da solução proposta como uma fase do procedimento, por considerar a complexidade do objeto como o risco maior de inadimplemento contratual e que poderia gerar mudança no remanescente objeto adjudicado⁸⁵.

⁸⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *As diretivas europeias da contratação pública no cenário internacional: o caso do diálogo concorrencial*. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; PORTELA, Irene Maria; VEIGA, Fábio da Silva. Paradigmas do Direito Constitucional Atual. Barcelos: IPCA, 2017, p. 641.

⁸¹ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023p, 356.

⁸² REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p. 24.

⁸³ ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p 30.

⁸⁴ BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 165.

⁸⁵ MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise em oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013. E-book, posição 936.

Considerando a literalidade da Diretiva 2014/24/EU, adota-se a divisão proposta por Celso de Almeida Afonso Neto como a mais equilibrada entre a concepção de aplicação do Direito Europeu e o modelo importado pelo Direito Brasileiro, favorecendo futura comparação de forma didática e coerente com o texto da Diretiva. A referida Divisão propõe cinco fases, sendo a primeira a fase pré-licitatória, seguida pela fase de habilitação, fase de diálogos, fase de propostas e fase de avaliação⁸⁶.

A fase pré-licitatória seria similar àquela que no Direito Brasileiro se convencionou chamar de fase interna ou fase de planejamento. É nesta fase que a Administração vai definir suas necessidades e, para tanto, é necessário estudar o mercado, fazer levantamento de preços, preparar os agentes de contratação e definir equipe de apoio especializada no objeto. No Diálogo Competitivo, tal fase é de suma importância, por ser o momento em que o poder adjudicante vai definir os parâmetros de um procedimento flexível de um objeto ainda não definido, sendo essencial a capacitação dos agentes envolvidos⁸⁷.

Passando à fase de habilitação, novamente recorre-se à similaridade com os conceitos internalizados no sistema de contratações brasileiro. Tal fase seria equiparada à fase de habilitação ou qualificação no antigo regime descrito na superada Lei 8666/93. No Direito Brasileiro, trata-se da verificação das condições econômicas, técnicas, financeiras, jurídicas e de regularidades fiscais e trabalhistas das empresas. Fica evidente a importância da habilitação técnica e financeira no caso dos certames complexos desenvolvidos com base no Diálogo Competitivo.

No Direito Europeu, o Poder Público pode excluir o licitante em situação de falência ou liquidação e a participação no Diálogo fica condicionada ao convite feito pela entidade adjudicante. O número de participantes poderá ser limitado a não menos de três⁸⁸.

⁸⁶ NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba. 2019, p. 355.

⁸⁷ ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p 59.

⁸⁸ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal na Spain*. Tese de Doutorado. Universidade de Nottingham. Nottingham. 2010, p. 82.

A principal fase do procedimento é a de diálogos e é o que o diferencia das modalidades ordinárias. A autoridade adjudicante inicia diálogos com as empresas proponentes de soluções, sem revelar as soluções propostas umas às outras, mantendo assim o sigilo das soluções apresentadas para a Administração. Cada empresa apresenta uma solução e o órgão público escolherá uma ou mais soluções que atendam aos interesses e supram a necessidade de interesse coletivo⁸⁹. É possível que o vencedor da presente fase não seja o vencedor da licitação ao final, o que seria, em tese, bastante desestimulante. Por isso, a Diretiva Europeia prevê a possibilidade de premiação para as propostas apresentadas⁹⁰.

A fase de propostas ocorre após o encerramento dos diálogos, quando a autoridade requer aos licitantes a apresentação de propostas com base nas soluções escolhidas. Neste momento, deve ser emitido um novo edital, mais detalhado em relação ao da fase de diálogos. Neste ponto, a Administração deve estabelecer os parâmetros e as condições para a execução, definir as regras jurídicas aplicáveis ao contrato que será estabelecido e fixar as condições financeiras, preservando os elementos fundamentais da proposta⁹¹.

Finalmente, a fase de avaliação, quando as autoridades adjudicantes vão selecionar a proposta economicamente mais vantajosa para o interesse público, considerando a relação qualidade-preço levando em conta às exigências sociais e ambientais. Essa fase se assemelha aos procedimentos licitatórios conhecidos e positivados na norma. É uma consequência da relação do diálogo, quando a Administração foi capaz de definir o objeto para a execução de uma fase que converge com os ritos tradicionais de licitações⁹².

Definidas as fases para a execução do procedimento, passemos então ao núcleo mínimo de aplicação, de forma a possibilitar o entendimento da abordagem de cada

⁸⁹ BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 166

⁹⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte. Fórum, 2021, p. 28.

⁹¹ MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise em oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013. E-book, posição 2905.

⁹² NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba. 2019, p. 357.

Estado membro da União Europeia na internalização do instituto no regramento administrativo interno.

2.3. Núcleo Mínimo do procedimento do Diálogo Competitivo no Direito Europeu

O presente tópico apresenta a positivação do Diálogo Competitivo na Diretiva 2014/24/EU e que se constitui em núcleo mínimo para adoção pelos Estados membros. A regulação de cada integrante do Bloco Europeu não pode contrariar os objetivos e princípios traçados na Diretiva. Por essa razão, é relevante descrever cada um desses aspectos para permitir futura comparação com o protótipo importado pelo Direito Brasileiro.

O item 42 do preâmbulo da Diretiva afirma que o Diálogo Competitivo poderá ser regulado pelos Estados membros e reforça que a autoridade adjudicante deve gozar de flexibilidade no procedimento⁹³.

O Diálogo Competitivo foi positivado no Artigo 30 da Diretiva, com 8 incisos discorrendo sobre o núcleo mínimo que aqui será abordado. Considera-se a literalidade relativamente curta, mas há que se lembrar que a União Europeia busca a adoção da modalidade nos diversos Estados membros. Trata-se, portanto, de distintas culturas jurídico-administrativas e não há dúvidas de que deva haver margem para regulação em cada direito interno.

O inciso 1 esclarece que qualquer operador econômico poderá apresentar pedido de participação e o prazo mínimo estipulado para o aviso de participação é de 30 dias. Este prazo está previsto no Direito Europeu, os Estados membros não podem propor prazo diverso. Ainda no mesmo item, a Diretiva estabelece que os participantes são apenas os convidados pela Administração após a devida execução da Fase de Habilitação⁹⁴, que é eliminatória. Entretanto, é importante observar que não se trata de um procedimento

⁹³ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/24/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. 03/05/2024. Preâmbulo número 42.

⁹⁴ Vide item 1.2.2 da presente pesquisa.

similar à antiga carta convite do Regime de Contratações Revogado do Brasil⁹⁵. Na verdade, qualquer operador econômico poderá participar, devendo o convite ser remetido apenas aos habilitados nos critérios estabelecidos em outro capítulo da Diretiva⁹⁶.

O Artigo 65 da Diretiva faz alusão ao Artigo 30, que trata do Diálogo Competitivo, concedendo à Administração a possibilidade de reduzir o número de participantes a três.

Ainda no inciso 1, é determinado que a proposta escolhida deva levar em consideração a conjugação técnica e o preço. Aqui vislumbramos significativa margem de regulação para os Estados membros, que podem definir seus próprios critérios e pesos na conjugação técnica e no preço no seu direito interno, estabelecendo o seu próprio critério de julgamento.

Outra considerável margem de regulação repassada aos Estados membros está contida no inciso 2, que diz apenas que o edital deve prever os critérios de adjudicação, ficando a cargo do Direito Administrativo de cada país definir suas regras de julgamento para adjudicação⁹⁷.

O inciso 3 aponta para a possibilidade de debate com os licitantes na busca da melhor solução. Em outras palavras, é a positivação da Fase do Diálogo, alma do Diálogo Competitivo. Neste ponto, a Diretiva faz menção expressa à necessidade de observância do Princípio da Igualdade ou Não Discriminação, princípio basilar quando se trata de Diálogo Competitivo⁹⁸.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022, p. 423. “Convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo três interessados do ramo pertinentes a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestaram seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas”

⁹⁶ Os critérios de habilitação do operador econômico estão descritos nos anexos XI e XII da Diretiva 2014/24/EU e são relacionados à capacidade econômica, financeira e técnica além de outros requisitos de habilitação relativo às questões ambientais e sociais descritos nos incisos do preâmbulo da Diretiva.

⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/24/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> . 03/05/2024. Art 30, inciso 2: “As autoridades adjudicantes dão a conhecer as suas necessidades e os seus requisitos no anúncio de concurso, definindo-os no próprio anúncio e/ou na memória descritiva. Simultaneamente, e na mesma documentação, indicam e definem os critérios de adjudicação escolhidos e estabelecem um calendário indicativo”.

⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/24/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> . 03/05/2024. Art 30, inciso 2: “Durante o diálogo, as autoridades adjudicantes garantem a igualdade de tratamento de todos os participantes. Para tal, não

Os Diálogos podem se desenrolar em sucessivas fases de modo a reduzir o número de soluções e essas soluções nunca podem ser reveladas pela autoridade adjudicante a outro licitante durante a Fase do Diálogo. O inciso 4 aponta para a nulidade do processo, em caso de descumprimento.

Após a escolha da solução, os participantes são convidados a apresentar uma proposta final que deve estar totalmente inserida no escopo da solução vencedora, sendo que os demais participantes podem pedir esclarecimentos sobre a solução vencedora, nos termos do inciso 6.

O inciso 7 discorre sobre a impossibilidade de distorção da solução vencedora por ocasião da apresentação das propostas, reiterando que os critérios de adjudicação devem constar do edital, sendo estes importantes margens de regulação dos Estados membros.

O último inciso, o oitavo, estabelece a possibilidade de premiação para os participantes do Diálogo visando não criar desmotivação entre as empresas participantes. As soluções perdedoras podem ser alvo de propostas de seus concorrentes, e a vencedora já é naturalmente premiada apenas por ter tido sua solução acolhida pela Administração.

Percebe-se, portanto, uma positivação relativamente curta, dada a complexidade de execução do Diálogo Competitivo, fazendo com que o seu núcleo mínimo proporcione espaço para preenchimento pela regulação intraestatal. Assim, tem-se considerável margem discricionária e de flexibilidade para a atuação do agente público e para a sua regulação. Fica evidente a intenção do legislador europeu em intervir o mínimo possível no Direito Administrativo Interno. Todavia, estabeleceu-se como objetivo, em nível supranacional, a adoção de uma modalidade de licitação flexível, dialógica, discricionária e que fosse munida de ferramentas adequadas para facilitar a busca da melhor solução ao interesse da Administração Pública.

facultam de forma discriminatória informações que possam conferir vantagens a determinados participantes relativamente aos outros”.

3. CONCLUSÃO PARCIAL

O Direito Administrativo Europeu é o mais consolidado modelo de Direito Administrativo Supranacional, com regras administrativas editadas pela União Europeia e adotadas pelos Estados membros, mesmo considerando a significativa variação de cultura jurídico-administrativa entre estes. O Conselho Europeu e a Comissão Europeia exercem importante papel na difusão e uniformização das normas e princípios estabelecidos para o Bloco.

As regras do Direito Administrativo europeu são difundidas por meio das Diretivas, que são formas de regulação do Bloco Europeu com caráter vinculante e que estabelecem objetivos a serem atingidos pelos Estados membros. As normas referentes a contratos públicos também estão expressas em Diretivas e o foco deste estudo está na Diretiva 2014/24/EU, que revogou a Diretiva 2004/18/EU e que estabeleceu o Diálogo Competitivo como modalidade de adjudicação de contrato.

O Diálogo Competitivo foi extraído do Direito Interno Francês e teve como pretensão se constituir em modalidade de adjudicação de contratos públicos flexível e discricionária, adaptada ao contexto de Administração Pública Dialógica, evolução máxima do Direito Administrativo como ramo do Direito Público em um Estado Constitucional de Direito. Visa regular a relação do Poder Público com o cidadão de forma a respeitar direitos fundamentais e limitar a atuação da Administração com base em princípios constitucionais.

A difusão do Diálogo Competitivo nos diversos Estados europeus se deu com baixa regulação, muitas vezes com a adoção do instituto apenas nos termos da Diretiva Europeia. Neste sentido, observou-se uma variação na intensidade e na qualidade de aplicação do instituto nos Estados membros, o que será o objeto de estudo da próxima Seção.

O Diálogo Competitivo é um procedimento de adjudicação de contratos públicos que promove uma fase de diálogos entre o Poder Público e os operadores econômicos a fim de se obter a melhor solução para a Administração nos casos de contratos complexos, especialmente em Parcerias Público-Privadas. A solução escolhida será objeto da fase

final de propostas, quando os concorrentes serão submetidos às regras de julgamento das modalidades licitatórias ordinárias.

Conclui-se que a importação de um instituto advindo do Direito Europeu é adequada por ser regramento com significativa margem de regulação, justamente para que seja adotada em distintos cenários jurídico-administrativos. O Direito Administrativo Europeu tem sido suficientemente testado e está consolidado por seguir os pressupostos do Estado Democrático de Direito e do Direito Administrativo Dialógico.

No que se refere ao Diálogo Competitivo, o instituto demonstra ser adequado ao contexto tecnológico e filosófico do Direito Administrativo. É modalidade de adjudicação voltada à eficiência administrativa e fundamentada em valores axiomáticos dos gastos públicos, sendo, a priori, concebível sua importação para direito estranho ao Direito Europeu.

SEÇÃO II. DIVERSIFICAÇÃO DA EXPERIÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA UNIÃO EUROPEIA

Como norma administrativa supranacional, o Diálogo Competitivo, positivado na Diretiva sobre contratos públicos na União Europeia que estabelece objetivos para aos diferentes Estados membros, é muito diverso em sua aplicação, seja pelo proveito que cada Estado membro faz do procedimento ou pelo tipo de contrato em que preferencialmente se utiliza a modalidade do Direito Europeu.

O presente capítulo propõe discutir os fatores relacionados à variação na sua aplicação, considerando a cultura jurídica dos Estados da União Europeia. Dar-se-á ênfase na aplicação do procedimento a algum tipo específico de contrato e mencionar-se-á seus principais utilizadores, mas serão também citados os destacadamente avessos ao procedimento. Pretende-se identificar os fatores por trás dessa multiplicidade de

aproveitamento com vistas a subsidiar comparação e mensurar a possibilidade de consolidação do instituto no Direito Brasileiro.

O estudo realizado por Buccino *et al.* (2020) apreciou dados referentes a utilização do Diálogo Competitivo nos Estados membros da União Europeia entre 2010 e 2017. O referido estudo é relevante para comparação, considerando que o Projeto de Lei que deu origem à Lei 14133/21 é datado de 2013 (PL 559/2013) e o Projeto Complementar é de 2017 (PL 6814/2017)⁹⁹. Ambos já previam a importação do instituto ao Direito Brasileiro, o que se consolida com a promulgação da Lei de Licitações e Contratos de 1º de abril de 2021.

O referido estudo abrangeu os 28 Estados membros cobertos pelas diretivas de contratos públicos e analisou apenas contratos efetivamente adjudicados. Os dados foram extraídos do Portal de Dados Abertos da União Europeia entre os anos de 2010 e 2017, perpassando pela mudança de diretiva ocorrida no ano de 2014¹⁰⁰.

Observou-se que a incerteza das regras jurídicas afetou a utilização e a operacionalização do procedimento em virtude da margem discricionária de regulação concedida pelas Diretivas Europeias. Ademais, o elevado risco de contestação jurídica foi fator de dissuasão para a sua utilização pelos Estados membros. Contudo, embora fosse facultativo na Diretiva de 2004, o procedimento foi adotado em quase todos os Estados da União Europeia. Quase todos optaram pela adoção da literalidade da Diretiva sem regulações complementares, exceção feita à Portugal¹⁰¹.

À primeira vista, essa variação de inserção poderia estar relacionada com a cultura jurídica interna do Estado. O Reino Unido, antes do BREXIT, de sistema jurídico “*Common Law*”, menos enrijecido, teve boa receptividade ao Diálogo Competitivo, em

⁹⁹ NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba, 2019, p. 359.

¹⁰⁰ BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 165.

¹⁰¹ ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p.133.

oposição a Portugal, de sistema jurídico rígido, de base romanística, onde se verificou uma utilização irrisória do procedimento¹⁰².

A França é o Estado que mais utiliza o Diálogo Competitivo, acompanhado do Reino Unido e outros Estados que são considerados médios aplicadores, tais como Alemanha, Polônia e Holanda¹⁰³. Buccino *et al.* (2020) mostra que o Diálogo Competitivo foi utilizado em apenas 0,32% de todas as licitações ocorridas nos limites da União Europeia. A possível causa desse dado aparentemente baixo pode estar relacionada não só à eventual resistência à adoção do dispositivo, mas também pelo fato de que este deve ser aplicado em adjudicações de objetos complexos e com valores superiores aos estabelecidos na Diretiva.

No estudo, vemos que o ano de maior utilização do procedimento foi 2012, com curva superior entre 2010 e 2012, ou seja, antes da Diretiva 2014/24/EU. O ano com menos contratos foi 2015, já na vigência da Diretiva atual¹⁰⁴.

Sobre este ponto, Pedro Telles, em sua reflexão sobre os 18 anos do Diálogo Competitivo, concluiu que o interesse doutrinário diminuiu após a nova Diretiva e, embora o autor considere o Diálogo Competitivo um procedimento realmente útil, imputou a causa por tal declínio ao texto da nova Diretiva por conter uma concepção errônea, pois transmite a ideia de que apenas uma solução seria a melhor, o que limita a fase de seleção, aumenta a dificuldade do procedimento e reduz o interesse do órgão contratante e dos licitantes interessados¹⁰⁵.

A utilização do Diálogo Competitivo se dá, conforme estudo de Buccino *et al.* (2020) realizado entre 2010 e 2017, em 1763 contratos na França, seguida pelo Reino

¹⁰² PAULA, Luiza Valgas de. *O Diálogo Competitivo no Brasil: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022, p.45

¹⁰³ BURNETT, Chael. *Using Competitive Dialogue in EU Public Procurement – Early Trends and Future Developments*. EIPASCOPE 2009/2, p. 18 Disponível em: www.elpa.eu.

¹⁰⁴ BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 169.

¹⁰⁵ TELLES, Pedro. *Reflecting on 18 years of competitive dialogue*. Copenhagen Business School. Law Research Paper Series n° 22-09. 2022, p. 15.

Unido com 1214, Alemanha 172 e apenas 1 em Portugal, o que justifica a análise na presente Seção *vis à vis* entre França e Portugal¹⁰⁶.

No mesmo sentido, o estudo realizado por Sylvia Mars e Richard Craven entre os anos de 2006 e 2009 já apontava para o posicionamento de França e Portugal nos extremos do gráfico de análise de aproveitamento do instituto, demonstrando que a França havia adjudicado 1430 contratos enquanto Portugal havia aplicado o procedimento em apenas 2 contratos firmados pelo Poder Público¹⁰⁷.

Assim, serão explorados os valores axiomáticos relacionados ao Diálogo Competitivo com foco na dialógica, flexibilidade, discricionariedade e controle. Posteriormente, faremos um estudo comparativo entre a sua utilização na França e em Portugal, colhendo ensinamentos da prática de utilização do instituto nesses dois Estados, mas também em outros e discutiremos as possíveis causas dessa variação da sua aplicação.

1. VALORES AXIOMÁTICOS ATINENTES AO DIÁLOGO COMPETITIVO EUROPEU

Axiologia é entendida como a Teoria dos Valores, é a parte da Filosofia responsável pelo estudo da questão dos valores jurídicos na base dos quais está a justiça¹⁰⁸. No presente tópico, pretende-se explorar a Dialógica do Diálogo Competitivo, bem como a flexibilidade e discricionariedade, associada à necessidade de controle. Portanto, poder-se-ia deduzir que se trata de finalidades do Instituto. Contudo, as

¹⁰⁶ BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 170.

¹⁰⁷ MARS, Sylvia de. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p. 152.

¹⁰⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5ª Ed. São Paulo. Saraiva, 1969, p. 28.

finalidades do Direito, via de regra, consubstanciam-se em valores jurídicos que desembocam em princípios implícitos ou positivados.

Valores axiomáticos estariam no nível das regras e princípios, como espécies do gênero Norma Jurídica. Contudo, os valores axiomáticos, embora sejam também judicializáveis, não se encontram positivados de forma expressa na norma jurídica, mas nem por isso deixam de ser mandamento desta¹⁰⁹. A Dialógica, Flexibilidade, Discricionariedade e Controle, em que pese não se apresentarem de forma literal, são mandamentos do Diálogo Competitivo, sob pena de distorção da teleologia precípua do instituto.

Exemplo elementar da aplicação de valor ao instituto do Diálogo Competitivo é a importância dos Princípios da Igualdade e da Transparência, positivados na própria Diretiva¹¹⁰. Quanto a estes dois princípios, será feita análise mais detalhada no item 3.1 da presente pesquisa. Por ora, pretende-se dedicar esta parte do trabalho à Dialógica como princípio do Diálogo Competitivo, escrutinando também a Flexibilidade e Discricionariedade, consolidando com a importância da atividade de Controle.

A interação entre público e privado tem ajudado no desenvolvimento de projetos de infraestrutura e no estabelecimento de Parcerias Público-Privadas para a realização de obras ou concessão de serviços públicos, de forma que o Poder Público e o órgão privado trabalhem juntos na elaboração de solução. Nesse sentido, o Diálogo Competitivo expressa a formalização dessa interação associada ao processo de adjudicação com base na impessoalidade esperada da atuação do Órgão Público¹¹¹.

Essa interação se dá em um cenário de Administração Pública Dialógica, sendo esta fase o ápice da consolidação do Direito Administrativo no Estado Constitucional de Direito, significando avanço em relação à limitação da atuação do Poder Público pelos

¹⁰⁹ DEZAN. Sandro Lúcio. *O Conteúdo Valorativo da Norma Jurídica: A Fenomenologia do Direito e os Valores Axiomáticos para uma Juridicidade Concretista da Administração Pública*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2017, p.16.

¹¹⁰ Vide item 3.1 da presente pesquisa.

¹¹¹ LENFERNICK *et al.* *Public-Private interaction in contracting governance strategies in competitive dialogue of dutch infrastructure projects*. Public Administration. Vol 91, nº 4. 2013, p. 928.

Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais e contando com a participação do ente privado na formulação de soluções e políticas públicas¹¹².

No que tange à discricionariedade e flexibilidade, vimos que são características que diferenciam o Diálogo Competitivo das demais modalidades de licitação. Embora estas também requeiram que o procedimento tenha relativo grau de discricionariedade e flexibilidade, fato é que a chamada Fase dos Diálogos, no procedimento do Diálogo Competitivo, é coberta por significativa margem de discricionariedade para o agente julgador, que deve escolher a solução mais adequada à demanda pública¹¹³.

A flexibilidade é outra marca do Diálogo Competitivo e é necessária, diante da evolução permanente dos contratos públicos. Os procedimentos tradicionais não oferecem espaço para discussão durante a adjudicação. Então, é necessário que haja flexibilidade suficiente para maximizar a relação custo-benefício em projetos complexos, buscando o equilíbrio entre flexibilidade e transparência¹¹⁴.

A importância do controle e do contencioso administrativo na aplicação do Diálogo Competitivo se deve justamente ao fato de se tratar de um procedimento caracterizado por flexibilidade e discricionariedade, tendo como princípios norteadores a igualdade e a transparência. Entretanto, a maior incidência dos órgãos de controle poderá ser vista como fator inibidor para a sua adoção, deixando o gestor vulnerável à atuação do controle externo ou judicial pelas suas decisões. Por esta razão, vamos discutir este tema mais detalhadamente no próximo tópico¹¹⁵.

¹¹² LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. 1ª Ed. Ed Juruá. São Paulo. 2013, p. 99

¹¹³ ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p. 136.

¹¹⁴ FILHO. Getúlio Velasco Moreira. *Como as experiências europeias e estadunidense pode contribuir com o diálogo competitivo brasileiro?* Revista Digital de Direito Administrativo. vol 10, n.1, Universidade de São Paulo. 2023, p. 5.

¹¹⁵ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023, p. 357.

1.1. A dialógica entre administração e particular em modelo linear

O modelo de administração pública precisa estar em convergência com o contexto do Estado Democrático Constitucional de Direito. Reforça-se que o Estado Democrático de Direito, sob a égide da Constituição, é aquele onde os direitos fundamentais vão além da imposição de sua fiel observância pelo Poder Público. Inclui, também, o direito de participação do cidadão nas decisões políticas do Estado¹¹⁶.

Raimundo Lima propõe quatro modelos de Administração Pública em conexão com os paradigmas do constitucionalismo moderno¹¹⁷. Aponta a evolução da Administração Pública pontuando que a percepção desses modelos pode variar, pois a gestão pública não é estanque em determinado modelo nem absolutamente independente¹¹⁸.

O primeiro modelo de Administração Pública proposto pelo autor é a Administração Pública Patrimonial, ou seja, aquela em que os negócios públicos se encontram vinculados ao patrimônio ou à propriedade. Este modelo está relacionado ao patrimonialismo inerente ao regime senhorial, corporificado em uma atuação legal desprovida de racionalidade administrativa. Consubstancia-se em uma autoridade detentora de poder, sem diretriz objetiva ou impessoalidade¹¹⁹.

O segundo modelo é o da Administração Pública Burocrática. Assevera o autor que este teve e continua tendo seu valor para consecução da atividade administrativa. Este modelo estaria associado ao Estado Social e seria uma consolidação do princípio da legalidade e da possibilidade de defesa de direitos pelo controle judicial. Contudo, é um

¹¹⁶ BARROSO, Luíz Roberto. *O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX*. Revista Publicium. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 18.

¹¹⁷ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. 1ª Ed. Ed Juruá. São Paulo. 2013, p. 72. “Para Raimundo Lima, os Paradigmas Constitucionais são: (i) Estado de Direito que assegure os direitos fundamentais do cidadão e assegure tais direitos. (ii) Estado Social, sendo este o estado de prestações materiais, que busca suprimir desigualdades. (iii) Estado Democrático de Direito que além de garantir direitos fundamentais, assegure a participação de todos e a defesa das minorias”.

¹¹⁸ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. 1ª Ed. Ed Juruá. São Paulo. 2013, p. 78

¹¹⁹ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Op cit*, 2013, p. 79.

modelo antidialógico, pois está associado à positivação de normas de forma a estabelecer o rito das ações da Administração¹²⁰.

A Administração Pública Gerencial, terceiro modelo, apregoa um sistema de fiscalização e controle sobre os serviços públicos e está relacionada às reformas constitucionais promovidas na última década do século passado e invoca reformas administrativas. Neste modelo, há uma evidente preocupação com resultados, com a finalidade do serviço e com o atendimento ao cidadão. Pressupõe considerável margem de confiança no agente público, exigindo discricionariedade na atuação. Pressupõe também descentralização administrativa na busca da eficiência¹²¹. Este modelo já traz consigo diversos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Se associado ao modelo da Administração Pública Burocrática, já podemos perceber a possibilidade de defesa do cidadão frente ao Poder Público, a ideia de fiscalização e a busca pelo interesse coletivo. Entretanto, ambos os modelos, Burocrático e Gerencial, estão associados aos Paradigmas do Estado de Direito e do Estado Social, não sendo perfeitamente alinhados com o Estado Democrático de Direito.

A convergência perfeita com o Paradigma do Estado Democrático de Direito se dará com o último modelo de Administração, ou seja, a Administração Pública Dialógica. Este último absorve suas características nos modelos burocrático e gerencial¹²².

O Modelo de Administração Pública Dialógica pressupõe a atuação do Poder Público de forma conjunta com os particulares, inserindo as suas atuações na atividade estatal. Destaca a participação política do cidadão na definição dos rumos do Estado e emprega a consensualidade no trato das matérias ou questões públicas¹²³. Portanto, nota-se que a Administração Pública Dialógica está relacionada à participação política do cidadão: participação na formulação de políticas públicas, mas também participação do ente privado na atuação do Poder Público. Neste contexto, o procedimento idealizado para o Diálogo Competitivo traz a possibilidade de participação do ente privado na busca das soluções de interesse coletivo, sucedido por um processo de seleção impessoal e

¹²⁰ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Op cit*, 2013, p. 88.

¹²¹ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Op cit*, 2013, p. 92.

¹²² LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Op cit*, 2013, p. 100.

¹²³ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Op cit*, 2013, p. 111.

isonômico, convergindo com princípios da Administração Pública inerentes à Democracia Constitucional.

Outro conhecido modelo evolutivo do Direito Administrativo é o de Javier Barnes, que divide a progressão histórica em Gerações do Direito Administrativo. O autor considera as primeiras normas espanholas de procedimento administrativo, ainda no século XIX, como sendo a primeira geração, chamada de Geração Imperativa. Nesse modelo, a Administração governa como se fosse um juiz, editando atos administrativos singulares (decisões unilaterais)¹²⁴.

A segunda geração se dá na metade final do século XX, quando a Administração dita normas de modo análogo a um legislador tradicional, em um procedimento subordinado ao Direito Material, ou seja, uma regulação infra-legal-administrativa. A terceira geração, iniciada na década final do século passado, acontece quando atos, normas e políticas públicas são elaboradas em torno a novas formas de governança¹²⁵.

Na terceira geração, Javier Barnes sustenta que quando a magnitude dos problemas do Estado excede a sua capacidade com questões marcadas por incertezas, é necessária a colaboração do ente privado e é preciso governar de modo diferente do tradicional¹²⁶. Portanto, percebe-se que o Diálogo Competitivo é instituto típico da terceira geração, ou geração de governança, na classificação proposta pelo autor, por ser modalidade de adjudicação que pressupõe o diálogo com o ente privado em situações nas quais a Administração desconhece a totalidade da solução pretendida.

Assim, a Administração Autoritária, com supremacia do Poder Público, é substituída por um modelo com tendência linear, um modelo cooperativo e participativo. A participação passa a ser vista como a regra, substituindo a tradição de uma Administração impositiva e internalizando a participação da sociedade na atuação do Estado. Existe ainda uma tendência de diminuição do modelo burocrático em prol da busca pela eficiência¹²⁷. Neste sentido, o modelo de Diálogo Competitivo, que promove

¹²⁴ BARNES, Javier. *Tres generaciones del procedimiento administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho. PUCP, n° 67, 2011, p.3.

¹²⁵ BARNES, Javier. Op Cit, 2011, p. 4

¹²⁶ BARNES, Javier. Op Cit, 2011, p. 14

¹²⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. 13. ed. Madrid: Civitas, 2013, p. 77.

margem de flexibilidade e discricionariedade, se mostra uma ferramenta alinhada com o paradigma de Administração Pública ao qual está inserido.

O Direito Administrativo deve buscar uma readaptação para se adequar aos princípios do neoconstitucionalismo. A autoridade do agente público em detrimento das liberdades e direitos fundamentais é uma leitura de Direito Administrativo Clássico que se considera superada. O Estado deve primar por bem-estar e desenvolvimento. Essa concepção demanda a atualização das ferramentas da Administração Pública e o Diálogo Competitivo é um instrumento dessa modernização¹²⁸.

Entende-se assim que o crescimento do paradigma da cooperação entre as esferas pública e privada, evidenciada por uma atuação integrada nas Parcerias Público-Privadas, nas Concessões de Serviços Públicos e materializadas após um procedimento adjudicativo com a realização de diálogo, favoreça o interesse coletivo, enriquecendo o processo decisório e é perfeitamente compatível com o Estado Democrático de Direito¹²⁹.

1.2. A discricionariedade e flexibilidade como fundamento do Diálogo Competitivo

Antes da introdução do Diálogo Competitivo no Direito Europeu, as autoridades contratantes enfrentavam um dilema ao determinar a forma como conduzir a adjudicação de contratos complexos. Mesmo que tivessem uma ideia pertinente de como resolver o problema, os adjudicantes ficavam restritos às regras previstas no Concurso Limitado e no Procedimento por Negociação¹³⁰.

No Concurso Limitado era vedada a negociação. Iniciado o processo, a autoridade já havia definido as especificações do serviço e os termos do contrato. No Procedimento por Negociação, embora fosse possível a inovação competitiva da

¹²⁸ MAIA, Paulo Roberto Fontenele. *Diálogo Competitivo: materialização da administração consensual e alternativa à opacidade algorítmica no setor público*. Em: Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Amapá, v.1. 2013, p. 13.

¹²⁹ PAULA, Luiza Valgas de. *A Participação Privada em Procedimentos Licitatórios: análise comparativa do cenário atual e das possibilidades futuras de aplicação do Diálogo Competitivo no Brasil e na Inglaterra*. Em: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Comparado: Desafios metodológicos e questões jurídicas contemporâneas*. Expert editora. Belo Horizonte. 2022, p. 151.

¹³⁰ O concurso limitado e o Procedimento por Negociação eram previstos nas Diretivas 50/1992 e 37/1993.

negociação pós oferta, não havia como alterar os termos do objeto pretendido. A alteração era permitida apenas para os valores ofertados¹³¹.

A verdade é que esses procedimentos eram insatisfatórios para procedimentos complexos, obrigando a autoridade administrativa a optar pela segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, deixando pouca margem de discricionariedade para o agente público por ocasião do processo de julgamento¹³².

Os atos da administração podem ser vinculados e discricionários. Os primeiros são os atos que conferem ao administrador um único comportamento possível diante de um caso concreto. Os atos discricionários são aqueles que conferem ao administrador uma margem de liberdade de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade. No ato discricionário, a Administração deve selecionar, entre as diversas possibilidades, a que melhor traduza a vontade da Administração orientada pelo interesse público¹³³, sendo quase uma definição da Fase do Diálogo na modalidade de adjudicação em análise neste estudo.

A discricionariedade não é um espaço original e incontrolado do poder administrativo originado da separação de poderes. De fato, é um poder de escolha do administrador nos limites da lei, deve ser motivada e fundamentada juridicamente e está sujeita ao Controle Externo e Judicial¹³⁴.

No Direito Europeu, a discricionariedade é vista como uma margem de apreciação, concedida às instituições pelas Diretivas¹³⁵. No caso do Diálogo Competitivo, a margem discricionária vai além dos termos estabelecidos nos instrumentos de chamamento público. A discricionariedade está na escolha da solução, na Fase do

¹³¹ BURNETT, Chael. *Using Competitive Dialogue in EU Public Procurement – Early Trends and Future Developments*. EIPASCOPE 2009/2, p. 18 Disponível em: www.elpa.eu

¹³² Ibidem.

¹³³ PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas. Servanda, 2010, p. 58.

¹³⁴ CUNHA, Ricardo Sousa da. TEIXEIRA, Fabiano Bastos Garcia. *Uma Perspectiva Jurídico-Comparada sobre o Princípio da Legalidade Administrativa*. Em: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Comparado: Desafios metodológicos e questões jurídicas contemporâneas*. Expert editora. Belo Horizonte. 2022

¹³⁵ DURAND, Claire-Françoise.AUBY, *Typologie des interventions*. en: Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014.E-book. Posição 4318.

Diálogo, quando o agente tem o poder de definir qual é a solução mais adequada à necessidade pública¹³⁶.

O poder administrativo, nesse caso, poderá suscitar questionamento, inclusive com a previsão de recursos, cabendo controle administrativo e judicial sobre a atuação do agente nessa fase, o que pode se tornar também um fator inibidor à aplicação da modalidade.

Há que se fazer ainda alusão à margem discricionária concedida aos Estados membros pelo texto relativo ao Diálogo Competitivo na Diretiva Europeia. Embora exista uma tendência à limitação da discricionariedade estatal pelo Princípio do Primado do Direito Europeu¹³⁷, não se pode esquecer que avançar em tal pressuposto seria contrariar a finalidade do próprio Diálogo Competitivo, que pressupõe margem de atuação do agente público pela impossibilidade de previsão exata dos problemas e das eventuais soluções apresentadas.

Quanto à flexibilidade, um dos pilares da finalidade do Diálogo Competitivo, é preciso ter em vista que a complexidade demanda uma sessão dialógica em que o agente público deve ter coordenação para promover a competição. Essa organização da sessão de diálogos está a cargo do agente de contratação, que deve buscar a variedade de soluções e a otimização de custos. Dessa forma, a qualidade da interação público privada vai influenciar no resultado e o agente deve ter estratégia para estimular a qualidade e o detalhamento das soluções expostas¹³⁸.

Sem dúvida, a flexibilidade faz com que a exigência de trabalho do agente contratante seja maior e, portanto, requeira uma necessidade de capacitação e formação de equipe de apoio necessária. A flexibilização na escolha dos proponentes permite que o órgão público acrescente critérios adicionais na Fase do Diálogo, significando liberdade de escolha¹³⁹.

¹³⁶ ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p. 23.

¹³⁷ SOUSA, Antônio Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Vida Económica. 2016, p 56

¹³⁸ LENFERNICK *et al.* *Public-Private interaction in contracting governance strategies in competitive dialogue of dutch infrastructure projects*. Public Administration. Vol 91, nº 4. 2013, p. 941.

¹³⁹ BRAAT, Yannick. *Chances for the Competitive Dialogue*. Thesis for Master of Science. Technische Universiteit Delft. Delft, 2013, p. 38.

A Discricionariedade e Flexibilidade ficam demonstradas no poder de escolha da autoridade em excluir operadores econômicos que tenham demonstrado deficiências significativas ou persistentes na execução de contratos anteriores. Quanto a este aspecto, nota-se que a Fase de Habilitação é dotada de um rigor maior. Todavia, a inabilitação técnica ou jurídica poderá ser revista, caso o candidato tenha adotado medidas apropriadas para resolver os problemas causadores da inabilitação, conforme orientação da Comissão Europeia¹⁴⁰.

Verifica-se que a considerável margem de discricionariedade e flexibilidade do instituto do Diálogo Competitivo é fundamental na concepção desta modalidade de adjudicação. A finalidade era justamente criar margem de escolha para a Administração com a inserção da Fase dos Diálogos. A referida etapa concede significativa margem de julgamento ao Agente de Contratação para definir o modelo que melhor se adequa à solução pretendida¹⁴¹.

Contudo, é importante frisar que a Fase de Preparação, ou pré-licitatória, e a Fase de Habilitação também demonstram substancial grau de discricionariedade e flexibilidade. A fase de preparação concede ao Administrador a possibilidade de produzir documentos de chamamento que não estejam com a definição exata do objeto pretendido e a Fase de Habilitação permite que os critérios para habilitação técnica, financeira e jurídica sejam alinhadas com a complexidade do objeto¹⁴².

A forma sucinta como a modalidade é trazida na Diretiva 2014/24/EU, ainda que esta tenha acrescentado hipóteses de aplicação em complemento à Diretiva revogada, também demonstra a intenção do Direito Europeu a conceder margem de regulação aos Estados membros, evitando o engessamento de um procedimento que pressupõe a faculdade de escolha ao Poder Público.

Por fim, importa ressaltar os riscos de tais características. Um procedimento com características flexíveis e discricionárias, com a aproximação pelo diálogo do público com o privado, suscita preocupação quanto à lisura do processo. Por tal razão, os

¹⁴⁰ BRAAT, Yannick. *Chances for the Competitive Dialogue*. Thesis for Master of Science. Technische Universiteit Delft. Delft, 2013, p. 39.

¹⁴¹ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese de Doutorado. Universidade de Nottingham. Nottingham. 2010, p. 85

¹⁴² MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise em oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013. E-book, Posição 1819.

Princípios da Igualdade e Transparência são tão relevantes na modalidade Diálogo Competitivo. Há risco de infração por parte do agente, fazendo com que a atuação do Controle Interno Institucional, Controle Externo e Controle Jurisdicional aumentem de importância e sejam tema relevante quando se aborda essa modalidade de adjudicação.

1.3. A importância do controle e do contencioso administrativo para aplicação do Diálogo Competitivo

No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública se sujeita ao controle dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre seus atos. O controle é inerente ao conceito de Administração, pois este estabelece que os atos administrativos não têm autonomia absoluta, tais atos devem ser submetidos à gerência dos interesses da coletividade¹⁴³.

O Controle pode ser exercido no nível hierárquico dentro da própria estrutura da Administração pela fiscalização dos atos administrativos exercida pelo órgão ou pela autoridade enquadrante. Deve haver controle interno do próprio órgão pela criação de um setor responsável pela fiscalização dos atos administrativos emanados no âmbito de uma instituição pública e ainda, deve haver também um controle externo, exercido por órgão externo à instituição, podendo estar vinculado a outro poder. Por fim, há o controle jurisdicional dos atos administrativos¹⁴⁴.

Em relação ao Direito Administrativo Europeu, o controle jurisdicional ocorre por meio de três jurisdições. A Corte de Justiça da União Europeia, o Tribunal da União Europeia e o Tribunal da Função Pública da União Europeia. As questões administrativas são submetidas ao Tribunal da Função Pública e poderão ser derrubadas pelo Tribunal da União Europeia. Essa última poderá ter suas decisões revisadas pela Corte de Justiça da União Europeia, que exerce um papel eminentemente constitucional¹⁴⁵.

¹⁴³ PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas. Servanda, 2010, p. 69.

¹⁴⁴ PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas. Servanda, 2010, p 71.

¹⁴⁵ DONNAT, Francis. *Le controle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union*. en AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book, Posição, 6568.

As decisões administrativas são relacionadas aos regulamentos, diretivas ou decisões. Os pedidos podem ser interpostos por um Estado membro ou por algum interessado que julgue que seus direitos estão em desacordo com as regras estabelecidas pela União. Contudo, percebe-se que não se trata de uma intervenção no Direito Administrativo Interno dos Estados. O Controle Jurisdicional da União Europeia atua sobre os órgãos administrativos da União e em questionamentos referentes aos atos emanados pela própria União¹⁴⁶.

O Modelo de Contencioso Administrativo Francês demarca uma separação entre o Contencioso Judicial e o Contencioso Administrativo. A concepção francesa de separação de poderes estabelece um poder administrativo nascido no interior do poder executivo e que, aos poucos, foi sendo transferido para órgãos independentes do Governo, tendo como seu tribunal máximo o Conselho de Estado¹⁴⁷.

Na França, o órgão máximo do contencioso administrativo é o Conselho de Estado, que é formado pelos Tribunais Administrativos, Conselhos do Contencioso Administrativos das Colônias, Tribunal de Contas, Conselho Superior de Educação Nacional e Corte de Disciplina Orçamentária. O Contencioso Administrativo Francês comporta três níveis: a primeira instância, formada pelos Tribunais Administrativos, a Corte Administrativa de Apelação e o Conselho de Estado¹⁴⁸.

A jurisdição administrativa de muitos países da União Europeia, tais como Itália, Portugal, Holanda, Finlândia, Grécia, Suíça, Polônia, Suécia e Alemanha segue o modelo francês do Conselho de Estado Francês.

O Reino Unido¹⁴⁹ não apresenta um modelo de jurisdição administrativa separada da jurisdição ordinária, como no caso dos Estados mencionados. O Contencioso Administrativo foi confiado a juízes membros do *Queen's Bench*, uma das três seções da

¹⁴⁶ DONNAT, Francis. *Le controle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union*. en AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book, Posição, 6556.

¹⁴⁷ ZILLER, Jacques. *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*. en AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book, Posição, 22785.

¹⁴⁸ ODENT, Bruno. TRUCHET, Didier. *La Justice Administrative*. 2^a Ed. Puf, Paris. 2008, p. 11.

¹⁴⁹ Embora o Reino Unido não integre mais a União Europeia, em virtude do Brexit, a menção a este Estado é relevante pela sua utilização significativa da modalidade Diálogo Competitivo.

alta corte de justiça, no chamado sistema de jurisdição única¹⁵⁰. Este sistema submete à justiça ordinária. Embora existam Tribunais Administrativos, as decisões destes devem ser submetidas à Justiça Comum. É modelo adotado também na Bélgica e na Romênia¹⁵¹.

Portanto, o Controle e o Contencioso das questões relacionadas à adjudicação de contratos se darão no próprio contencioso administrativo dos Estados membros, cabendo aos órgãos de controle jurisdicional os casos relacionados às instituições administrativas da própria união ou editados pela administração supranacional. Na verdade, as demandas relacionadas aos processos de adjudicação questionam as decisões discricionárias e as regras estabelecidas pelos órgãos contratantes.

A atividade de controle na Administração Pública é essencial e está em paridade com a atividade de gestão e planejamento. O controle é função essencial, pois sua atuação inibe o abuso de poder, fazendo com que a autoridade administrativa paute sua atuação em direção ao interesse coletivo, mediante fiscalização, orientação, correção e sanção¹⁵².

O Diálogo Competitivo é instrumento adjudicatório com margem de discricionariedade e flexibilidade significativa na Fase de Habilitação e na Fase de Diálogos e a atividade de controle corrobora a finalidade do instituto. É o contrabalanço das características inerentes ao Diálogo Competitivo, contribuindo para afastar infrações administrativas ou até crimes contra a Administração.

A intensidade e forma com que se dará o Controle são pontos de estreita relação com a própria viabilidade do Diálogo Competitivo, tendo em vista que se trata de um modelo de adjudicação que tem como mote conceder discricionariedade na condução do processo de adjudicação de modo a se obter contratos que não seriam possíveis se utilizados os ritos tradicionais. A lógica do Diálogo Competitivo pressupõe que o gestor assuma riscos, com o propósito de se obter uma solução inovadora¹⁵³.

¹⁵⁰ ZILLER, Jacques. *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*. en AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2^e Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book, Posição, 22811.

¹⁵¹ PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas. Servanda, 2010, p 91

¹⁵² LIMA, Helton Roseno. *Controle Externo, Administração Pública e Transparência Administrativa*. Revista da AGU, nº 17. Brasília, 2018, p. 149.

¹⁵³ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p 180.

Contudo, por se tratar de procedimento que exija conhecimento técnico dos agentes contratantes, a definição dos elementos adequados e a insegurança pela flexibilidade e discricionariedade do procedimento podem levar a um temor do agente em aplicar o Diálogo Competitivo, o que o faria optar pela segurança jurídica dos procedimentos ordinários em detrimento da possibilidade de solução inovadora¹⁵⁴.

Não se pode prescindir da atuação do Controle em um procedimento flexível e discricionário, sob pena de negligência ao próprio interesse público. O órgão de controle tem papel fiscalizatório e protetor do interesse público nesse caso. O que se pretende sustentar é que o órgão de controle precisa, em alguma medida, priorizar a autonomia do agente, evitando fazer juízo de valor sobre os quesitos que influenciaram a decisão com base na conveniência e oportunidade. O órgão de controle deve evitar inviabilizar a utilização do Diálogo Competitivo. Sendo assim, conceder-se-á deferência maior à decisão, favorecendo a eficiência da atuação administrativa e valorizando a finalidade do próprio modelo de adjudicação¹⁵⁵.

2. A VARIAÇÃO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO CENÁRIO EUROPEU

A adoção do Diálogo Competitivo no Direito Europeu tem sido marcada por uma variação na sua aplicação, seja pela intensidade ou pela área de especialização do tipo de objeto do contrato. A diversidade de cultura administrativa é evidente, a começar pela distinção básica dos sistemas jurídicos. Os países da “*Common Law*” seguem um sistema jurídico que tem sua origem nas regras e princípios obtidos a partir da solução de casos concretos, ou seja, precedentes, diferentemente do que ocorre no sistema romano

¹⁵⁴ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023, p. 357.

¹⁵⁵ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p. 182.

germânico da “*Civil Law*”, no qual as principais fontes do Direito são as normas jurídicas gerais e abstratas editadas pelo legislador¹⁵⁶.

Contudo, as diferenças entre os países europeus devem ser apreciadas sob um prisma de maior similaridade à aproximação intelectual. É necessário perceber que existe um fundo comum entre os Estados membros por estarem todos inseridos em um contexto constitucional de Estado Democrático de Direito, voltado para o desenvolvimento de direitos fundamentais e das liberdades públicas. Ademais, com a saída do Reino Unido da União Europeia, no BREXIT, quase a totalidade dos países da União Europeia adotam o sistema da “*Civil Law*”¹⁵⁷.

O estudo realizado por Buccino *et al.* (2020), conforme já mencionado, realizou pesquisa de dados em 1.254.724 avisos de adjudicação entre 2010 e 2017, nos 28 Estados membros da União Europeia. O estudo é relevante por ser contemporâneo à inserção do Diálogo Competitivo no Projeto de Lei 559/2013 que deu origem a nova Lei Brasileira de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14133/21) e por ser o estudo mais recente com uma base de dados significativa sobre a aplicação do instituto no cenário europeu.

O recurso ao Diálogo Competitivo se mostra recorrente em contratos de valores mais altos e alguns tipos de órgãos públicos. Logo, poderia se deduzir que contratos nos setores da Defesa, Segurança Pública, Saúde e até Serviços Públicos em geral demandariam uma maior incidência da modalidade.

A Tabela 1¹⁵⁸ abaixo, com dados extraídos da pesquisa dos autores entre 2010 e 2017, mostra uma aplicação percentual maior nos contratos de Moradia e Comunidade, Recreação e Cultura e baixa efetividade nos setores de Defesa, Segurança Pública e Saúde, o que poderá indicar uma ausência de compreensão perfeita da finalidade do procedimento, idealizado para a complexidade do objeto que se pretende adjudicar.

Tabela 1

¹⁵⁶ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo. Editora Concorrente. 2015, p. 73.

¹⁵⁷ ZILLER, Jacques. *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*. en AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book, Posição, 22863.

¹⁵⁸ A tabela consta do anexo I deste trabalho e os dados foram retirados da tabela publicada pelos autores e sua referência bibliográfica é a seguinte: BUCCINO, Giulia. *et al.*. Op. Cit. p. 171.

TIPO DE ATIVIDADE	PERCENTUAL DE UTILIZAÇÃO	TOTAL DE CONTRATOS ADJUDICADOS	UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO
MORADIA E COMUNIDADE	0,70	37.894	266
RECREAÇÃO E CULTURA	0,43	11.513	49
EDUCAÇÃO	0,38	75.231	285
ASSUNTOS ECONÔMICOS E FINANCEIROS	0,33	22.722	74
SERVIÇOS PÚBLICOS GERAIS	0,31	339.271	1045
PROTEÇÃO SOCIAL	0,31	15.634	49
SAÚDE	0,25	190.299	45
MEIO AMBIENTE	0,20	25.517	54
DEFESA E SEGURANÇA PÚBLICA	0,18	55.360	100

Outra contradição extraída dos dados do mencionado levantamento é um aproveitamento maior da modalidade por autoridades regionais ou locais. Por ser procedimento de adjudicação pensado para contratos de grande complexidade, poderia se deduzir que sua utilização fosse mais recorrente entre autoridades nacionais ou ministeriais.

Tabela 2¹⁵⁹

TIPO DE COMPRADOR	TOTAL DE CONTRATOS ADJUDICADOS	UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO	PERCENTUAL DE APLICAÇÃO
MINISTÉRIO OU AUTORIDADE NACIONAL	133.286	405	0,30
AUTORIDADE REGIONAL OU LOCAL	376.050	1.253	0,33

¹⁵⁹ A tabela consta do anexo I deste trabalho e os dados foram retirados da tabela publicada pelos autores e sua referência bibliográfica é a seguinte: BUCCINO, Giulia. *et al.* Op. Cit. p. 170.

As conclusões apresentadas no próprio estudo são inconclusivas quanto às causas dessas incoerências. O estudo indica que o Diálogo Competitivo é aplicado em contratações de maior valor. Entretanto, o nível de corrupção e o Produto Interno Bruto não são fatores explicativos, o que nos induz a pensar que há déficit de compreensão do real espírito da ferramenta por parte das administrações dos Estados.

Em termos de proporções, entre 2010 e 2017 o Reino Unido foi proporcionalmente o Estado que mais utilizou o Diálogo Competitivo, acompanhado pela França, maior usuário em números absolutos. Os usuários médios são Alemanha, Holanda, Finlândia e Polônia, contrastando com os países de menor adesão, como Portugal e Hungria¹⁶⁰. A Tabela 3¹⁶¹ mostra o comparativo entre o número de aplicação absoluta e o percentual das contratações de cada um dos países.

Tabela 3

ESTADO MEMBRO	UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO	TOTAL DE CONTRATOS ADJUDICADOS	PERCENTUAL DO TOTAL
FRANÇA	1.763	294.302	0,6
REINO UNIDO	1.214	82.638	1,47
ALEMANHA	172	176.932	0,1
HOLANDA	143	32.638	0,4
POLÔNIA	142	175.250	0,8
FINLÂNDIA	116	17.938	0,6
HUNGRIA	2	17.008	0,01
PORTUGAL	1	14.906	0,01

Os dados da tabela acima não permitem nenhuma conclusão consistente acerca das motivações para a maior ou menor utilização do Diálogo Competitivo. Observa-se países de cultura jurídica similar com significativa variação na aplicação do instituto. Também não é possível inferir causas relacionadas ao número de contratos adjudicados se relacionados à população do Estado membro ou sua extensão territorial.

Dessa forma, é necessário investigar caso a caso para a aferição das possíveis causas. Para tanto, na presente pesquisa, delimitamos nossa busca na análise dos dois casos extremos da aplicação em números absolutos, França e Portugal, visando, por meio

¹⁶⁰ BUCCINO, Giulia. *et al.* *Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 169.

¹⁶¹ A tabela consta do anexo I deste trabalho e os dados foram retirados da tabela publicada pelos autores e sua referência bibliográfica é a seguinte: BUCCINO, Giulia. *et al.* Op. Cit. p. 170.

da comparação, entender os fatos que possam ter exercido influência nos dados apresentados.

Estudos anteriores já apontavam a mesma tendência. O estudo de Richard Craven e Sylvia Mars, com coleta de dados entre 2005 e 2010, indicava França e Portugal nas extremidades dos dados compilados¹⁶². Da mesma forma, Haugbole e Pihl (2015), com dados coletados entre 2010 e 2013, demonstraram que a França, com 342 contratos, estava à frente de Reino Unido e Holanda¹⁶³.

Poder-se-ia questionar a razão de não se adotar o Reino Unido como parâmetro comparativo, considerando que é o Estado membro que apresentou o maior percentual de utilização face ao número de contratos adjudicados. Sobre este aspecto, metodologicamente, optou-se por não adotar o Reino Unido como parâmetro por considerar que este Estado não faz mais parte da União Europeia. Assim, excluiria parte da fundamentação da presente pesquisa, que se apoia no Direito Administrativo Europeu. Ademais, o Reino Unido é o único Estado membro, da tabela apresentada, inserido no sistema da *Common Law*, o que comprometeria possíveis conclusões.

O que se busca é justamente utilizar dois Estados com cultura jurídica similar, mas com uma aplicabilidade tão diversa, de forma a identificar quais ações, no âmbito da discricionariedade regulatória desses Estados membros, possam ter contribuído com tamanha distorção.

2.1. Questões relativas à baixa adesão em Portugal

Portugal adota um sistema de contencioso administrativo similar ao modelo francês. Os órgãos administrativos são independentes dos órgãos judiciais e seu sistema jurídico é de base romanística, caracterizado por ter como principal fonte do direito a lei e as normas editadas pelos legisladores.

¹⁶² MARS, Sylvia de. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p. 152

¹⁶³ HAUGBOLLE, K. *et al. Competitive Dialogue: Driving innovation through procurement?* *th Nordic Conference on Construction Economics and Organization. 2015, p. 558.

Toda a Administração Pública Portuguesa é submetida ao Código de Procedimento Administrativo, instituído pelo Decreto nº 4 de 2015. O referido normativo prevê que a Administração Pública e os interessados devem cooperar entre si, contribuindo com a tomada de decisão do Poder Público. À primeira vista, percebe-se um sistema com cultura jurídica propícia ao Diálogo Competitivo¹⁶⁴.

A Constituição de 1976 prevê que os tratados e outros atos vinculativos da União Europeia, tais como Regulamentos, Diretivas e Decisões, sejam aplicados no Direito Interno Português, o que tem contribuído para impulsionar o Direito Administrativo Português à modernização de procedimentos e à sua adequação ao cenário supraestatal¹⁶⁵.

Em Portugal, a Administração tem a faculdade de editar atos regulatórios internos, que são legislações secundárias. Os contratos administrativos foram pouco abordados no Código de Procedimento Administrativo Português, o que deixa margem para a regulação administrativa e expõe uma das principais características da cultura jurídico administrativa portuguesa¹⁶⁶.

O Diálogo Competitivo foi inserido no sistema normativo português para Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto lei 18/2008, quando recebeu o nome de Diálogo Concorrencial, reproduzindo quase a totalidade da Diretiva 2004/18/EU, expressando que o Diálogo Competitivo “poderá” ser adotado em caso de contratações complexas. De fato, a Diretiva de 2004 não era vinculativa quanto à adoção do procedimento em estudo¹⁶⁷.

Por sua vez, a Diretiva 2014/24/EU foi inserida pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto de 2017. Esse novo Decreto definiu o Diálogo Competitivo de forma detalhada. As hipóteses de utilização do Diálogo Competitivo são as mesmas do

¹⁶⁴ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015**. Art 60. “*Na sua participação no procedimento, os órgãos da Administração Pública e os interessados devem cooperar entre si, com vista à fixação rigorosa dos pressupostos de decisão e à obtenção de decisões legais e justas*”.

¹⁶⁵ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Art 8º, nº 4 “*As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”

¹⁶⁶ PAULA. Luíza Valgas de. **O Diálogo Competitivo no Brasil: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022, p. 65.

¹⁶⁷ TELLES, Pedro. **Competitive Dialogue in Portugal**. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p. 305

Procedimento por Negociação, com a diferença de que no segundo o administrador se vê com maior segurança jurídica, enquanto no Diálogo Competitivo o agente deve definir quais são as complexidades do objeto¹⁶⁸.

O Decreto-Lei nº 111-B/2017 sofreu alterações no ano de 2021, o que demonstra a forte cultura regulamentar de Portugal. Deve-se ter em vista que o fato de regulamentar o Diálogo Competitivo não seria, em tese, um problema, considerando que a Diretiva Europeia tem como pressuposto deixar espaço de regulação para o Estado membro. O risco seria a deturpação da finalidade do dispositivo por ocasião de sua regulação.

Contudo, pela análise do Decreto-Lei nº 111-B/2017, percebe-se que o Diálogo Competitivo foi regulado para além de seus valores axiomáticos advindos da Diretiva da Comunidade, de forma que o procedimento se aproximou muito das modalidades já conhecidas, sobretudo do Procedimento por Negociação, denotando interpretação restritiva e enrijecimento¹⁶⁹.

A regulação previu que o Diálogo Competitivo só deveria ser usado quando fosse impossível recorrer a outro procedimento de adjudicação ou quando o Poder Público não conseguisse definir qualquer aspecto sobre o objeto, o que tornou praticamente inviável a opção pela modalidade. Tornou-se uma espécie de senha para que o agente público evitasse o procedimento instituído pelo Direito Comunitário¹⁷⁰.

O Código de Contratos Públicos Português fala que apenas uma solução deverá ser escolhida e, portanto, colocada em disputa após a Fase dos Diálogos e as soluções são analisadas por um júri. Este colegiado deve fundamentar as razões pela opção escolhida em detrimento das outras. O modelo português também vedou a possibilidade de desclassificação de candidato na Fase do Diálogo, sobrecarregando as fases subsequentes do procedimento. Na mesma fase, fica vedado um procedimento com subfases sucessivas para a escolha da solução mais adequada, o que favoreceria a sua mensuração¹⁷¹.

¹⁶⁸ PORTUGAL, **Decreto-Lei nº 111-B/2017**. Art 29. 21/07/24. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/111-b-2017-108086621>

¹⁶⁹ TELLES, Pedro. *Competitive Dialogue in Portugal*. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p. 305, p. 372.

¹⁷⁰ PORTUGAL, **Decreto-Lei nº 111-B/2017**. Art 29, nº 1, letra “d”. 21/07/24. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/111-b-2017-108086621>

¹⁷¹ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese de Doutorado. Universidade de Nottingham. Nottingham. 2010, p. 120.

Outra teratologia do modelo de Diálogo Competitivo Português é a faculdade concedida aos operadores econômicos participantes do Diálogo Competitivo de classificar parte da solução proposta como sigilosa. Dessa forma, na fase da competição, o órgão adjudicante fica impedido de colocar em disputa um objeto cuja transcrição contemple a fase ocultada pelo proponente, ferindo um dos principais objetivos da modalidade que é esboçar uma solução adequada e coloca-la em disputa na fase final do procedimento¹⁷².

Conforme ensina Pedro Telles, a principal razão que pode ter levado Portugal a uma baixa utilização do Diálogo Competitivo é a existência de uma regulação específica para os contratos de Parcerias Público-Privadas e para os de Concessão de Serviços Públicos, que seriam, de fato, as modalidades adjudicatórias daquele país voltadas para contratações complexas¹⁷³.

O procedimento de adjudicação de Parcerias Público-Privadas em Portugal está previsto no Decreto-Lei 86/2003. Tem regras próprias e é voltado a contratos complexos. O mencionado Decreto-Lei é usado também para a concessão de serviços públicos e de obras públicas.

Percebe-se que a existência de uma regulação interna voltada para a contratação de Parcerias Público-Privadas acaba desviando a razão principal pela qual o Diálogo Competitivo foi inserido no Direito Europeu na Diretiva de 2004. Sobre este aspecto, deve-se pontuar que a maior parte dos Estados membros possuem sua própria regulação, não só para a contratação de Parcerias Público-Privadas, como também para a Concessão de Serviços Públicos¹⁷⁴.

O que faz o sistema português distinto dos demais é que sua regulação de PPP define o rito do procedimento de adjudicação, enquanto é de praxe nos Estados membros da União Europeia, e mesmo no Brasil, que a Lei de PPP ou de Serviços Públicos se

¹⁷² TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese de Doutorado. Universidade de Nottingham. Nottingham. 2010, p. 137.

¹⁷³ TELLES, Pedro. *Competitive Dialogue in Portugal*. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge University Press, 2012, p. 305, p. 397.

¹⁷⁴ LENFERNICK *et al.* *Public-Private interaction in contracting governance strategies in competitive dialogue of dutch infrastructure projects*. Public Administration. Vol 91, nº 4. 2013, p. 929.

remetam às modalidades do Código de Contratos Públicos. Na UE pode-se citar textualmente o Diálogo Competitivo como modalidade indicada¹⁷⁵.

Para estar em acordo com a Diretiva Europeia, a regulação portuguesa diz que o Código voltado para as PPP só será usado nos casos em que não seja cristalinamente adaptável à Diretiva Europeia. Todavia, a Diretiva Europeia regulou o procedimento de forma abstrata, justamente para deixar campo de regramento para o Estado membro, sendo praticamente impossível definir um caso que esteja claramente enquadrado pela Diretiva Europeia¹⁷⁶.

Assim, verifica-se a principal razão para que o indicador de utilização do Diálogo Competitivo em Portugal seja tão baixo em relação à média dos países integrantes do Bloco, pois em outros Estados, o uso do Diálogo Competitivo ocorre muitas vezes nos contratos de PPP e em Concessões de Serviços Públicos. Na verdade, o sistema português parece ter encontrado uma forma de cumprir a sua obrigação constitucional de acolher a diretiva europeia sem, no entanto, aplicá-la de forma efetiva, usando de fato o seu próprio procedimento de adjudicação de contratos complexos.

O Modelo de Diálogo Competitivo Português, nas palavras de Pedro Telles, parece uma versão reduzida da proposta europeia. Somado a isso, em Portugal não há a previsão legal de uma Fase Preparatória, ou Pré-licitatória, conforme sustenta a maior parte dos autores sobre o tema, sendo esta fase importante para o planejamento do rito e condução do procedimento por parte da Administração¹⁷⁷.

Outra crítica que se faz à implantação do Diálogo Competitivo em Portugal é a exigência de caderno de encargos detalhado já na fase de divulgação, suprimindo parte da flexibilidade da Administração na condução do procedimento. Ademais, o modelo lusitano veda a negociação entre a Administração e os operadores econômicos na Fase de Seleção, afastando uma das principais ferramentas constituintes do Diálogo Competitivo

¹⁷⁵ Em comparação feita com o *Code des Marchés Public* da França.

¹⁷⁶ TELLES, Pedro. *Competitive Dialogue in Portugal*. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p. 305, p. 3798.

¹⁷⁷ TELLES, Pedro. *Competitive Dialogue in Portugal*. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p. 305, p. 370.

e ferindo, em outro ponto, a flexibilidade e discricionariedade, as bases do modelo adjudicatório¹⁷⁸.

O que se vê é que o modelo de Diálogo Competitivo Português previu regras estranhas ao procedimento e colocou este em concorrência com outros modelos adjudicatórios vigentes no direito interno e que se propunham a finalidades parecidas.

Sendo assim, admite-se que a causa para a baixa incidência do Diálogo Competitivo em Portugal não está na sua opção por uma regulação detalhada. Isso poderia até mesmo contribuir para o aproveitamento da modalidade. Ocorre que a regulação portuguesa suprimiu procedimentos e ações voltadas para a flexibilidade e a discricionariedade do procedimento, descaracterizando-o e ainda mantendo, em seus sistemas, normativos concorrentes, tais como o Decreto de PPP com rito próprio de adjudicação.

As regras que descaracterizaram o procedimento e provocaram a desmotivação em sua aplicação, a interpretação restritiva dos objetivos do sistema europeu com a proposição do Diálogo Competitivo e a preservação de legislação interna alternativa contribuíram para o fracasso do uso do Diálogo Competitivo em Portugal.

2.2. A experiência bem-sucedida da França

A França, no período oitocentista, era um importante país governado pelos filhos da Revolução Francesa. Foi a partir dos ideais revolucionários que ficou selada a característica mais marcante da “família romanística”, ou seja, a lei como principal fonte do direito. Foram filósofos franceses que mais contribuíram para a consagração teórica do direito positivo, marcado pelo raciocínio jurídico abstrato. Rousseau¹⁷⁹ e

¹⁷⁸ PAULA, Luiza Vegas de. O Diálogo Competitivo no Brasil: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022, p. 130.

¹⁷⁹ Rousseau desenvolveu o conceito moderno de lei. O Contrato Social explora o conceito de pacto social. CARVALHO, Gustavo. Op. Cit. p. 41.

Montesquieu¹⁸⁰ construíram as bases teóricas do Direito dos países pertencentes à “família romana”¹⁸¹.

Portanto, trata-se de cultura jurídica estreitamente próxima à cultura portuguesa, não havendo que se falar que o Estado Francês teria uma cultura regulatória reduzida face a Portugal. Também, a recepção do Direito Europeu pela França se dá pela via constitucional. O artigo 55 da Constituição da República Francesa¹⁸² prevê que os tratados ou acordos regularmente aprovados são internalizados no Direito Interno Francês¹⁸³.

Antes mesmo da previsão na Diretiva Europeia de 2004, a França já havia adotado, em seu regime de contratações públicas, procedimento estreitamente similar ao Diálogo Competitivo, o “*l’appel d’offres sur performances*”, positivado pela primeira vez no Decreto nº 93-733, de 27/3/1993, mantendo o procedimento no “*Code des Marchés Public*” de 2001, demonstrando que esse país é a origem do modelo de adjudicação adotado pelo Direito Comunitário.¹⁸⁴

A Diretiva 2004/18/EU estabeleceu pela primeira vez o Diálogo Competitivo no Direito Comunitário, o que provocou uma revisão, em 2004, do “*Code des Marchés Public*” quando o “*appel d’offres sur performances*” passou a ser chamado simplesmente de “*Dialogue Compétitif*”. Por ocasião da Diretiva 2014/24/EU, as transposições dispuseram o Diálogo Competitivo como um procedimento e foram regulamentadas no artigo 42 de “*l’ordonnance* nº 2015-899” de 23 de julho de 2015¹⁸⁵.

Para se conformar ao regime de contratações públicas do Direito Europeu, é preciso fazer a distinção que a regulação francesa dá aos contratos de concessão e aos contratos de aquisições públicas. Assim, a “*l’ordonnance du 23 juillet 2015*” e seus decretos de aplicação unificaram e harmonizaram, em torno à noção comum de “mercado

¹⁸⁰ Montesquieu exalta o princípio da legalidade, Princípio da separação de poderes. CARVALHO, Gustavo. Op. Cit. p. 42.

¹⁸¹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo. Editora Concorrente. 2015, p. 43.

¹⁸² FRANÇA. *Constituição da França*. 21/07/24. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf

¹⁸³ PIERRE. Yves Quiviger. *Normes Européennes et droit administratif français*. Noesis, 2020, p. 2

¹⁸⁴ MARS, Sylvia de. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p. 278

¹⁸⁵ AMBLARD, Étienne. GILLET, Kévyn. *Dialogue Compétitif*. LexisNexis. 2018, p. 2

de parceria”, as diferentes formas de Parceria Público-Privada que existiam no Direito Interno Francês¹⁸⁶.

A França utiliza o Diálogo Competitivo principalmente para as Parcerias Público-Privadas, pois a legislação francesa se vale do procedimento, dada a complexidade dos contratos de PPP. Nesse sentido, a legislação francesa optou por uma abordagem flexível do rito previsto, evitando o enrijecimento regulatório e fomentando a utilização do procedimento¹⁸⁷.

Outra característica que chama a atenção na regulação francesa é a possibilidade de utilização do dispositivo para valores acima ou abaixo dos limites estipulados pela Diretiva Europeia, aumentando, assim, o campo de possibilidades de utilização do Diálogo Competitivo, o que contribuiu para proporcionar a utilização dessa modalidade de adjudicação em mais de 1800 contratos entre 2010 e 2017¹⁸⁸.

No que se refere à Fase dos Diálogos, a regulação francesa não limita tempo para a sua realização. A Administração pode realizar subfases sucessivas de maneira a ajustar as propostas às condições mais favoráveis ao interesse público. Existe ainda a possibilidade de que as soluções apresentadas sejam condensadas em uma única solução mais favorável à Administração. Sendo assim, é possível que o órgão contratante aproveite apenas parte de uma solução e monte uma que julgue mais favorável. Este aspecto deixa evidente o caráter flexível e discricionário do modelo francês¹⁸⁹.

Contudo, a Administração pode optar por estabelecer que as soluções apresentadas não sejam readaptadas umas com as outras. Essa escolha dependerá do caso e do objeto que se pretende adjudicar, deixando a cargo do órgão contratante a escolha da abordagem mais adequada, a ser estabelecida no edital de convocação¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ HAUGBOLLE, K. *et al.* **Competitive Dialogue: Driving innovation through procurement?** *th Nordic Conference on Construction Economics and Organization. 2015, p. 560.

¹⁸⁸ BUCCINO, Giulia. *et al.* **Competitive Dialogue: na economic and legal assesment.** Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 179.

¹⁸⁹ AMBLARD, Étienne. GILLET, Kéryn. **Dialogue Compétitif.** LexisNexis. 2018, p. 26.

¹⁹⁰ MARS, Sylvia de. OLIVIER, Frédéric. **Competitive Dialogue in France.** ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU.* In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement.* CambridgeUniversity Press, 2012

Uma diferença significativa da abordagem francesa do Diálogo Competitivo, se comparado com o modelo analisado em Portugal, é a existência de um Caderno de Orientação editado pelo próprio Estado Francês. Tal publicação tem como meta orientar o agente público na utilização do procedimento e acaba sendo ferramenta essencial no esclarecimento das finalidades, pontuando a importância da Dialógica, Flexibilidade e Discricionariedade da modalidade¹⁹¹.

Desde que os princípios gerais da não discriminação, transparência e igualdade sejam seguidos, a autoridade contratante tem espaço para agir conforme o interesse econômico do Poder Público. A autoridade pode moldar e adaptar o procedimento conforme sua necessidade com significativa margem de manobra¹⁹².

Observa-se, também, uma larga tradição de utilização de Parcerias Público-Privadas na França. Tal fato associado a uma transposição correta da Diretiva Europeia, de forma a manter preservados os pressupostos do Diálogo Competitivo, contribuiu para a maior incidência de utilização da modalidade, em comparação com os demais Estados membros da União Europeia¹⁹³.

Infere-se que a experiência bem-sucedida francesa se deve a uma correta transposição da Diretiva Europeia para o Direito Interno, privilegiando os valores axiomáticos do Diálogo Competitivo, quais sejam, Dialógica, Flexibilidade e Discricionariedade. A regulação pormenorizada com observância das características do instituto associada ao fato deste ser aplicado em casos para os quais foi concebido, como é o caso das PPP, e a edição de um Caderno de Orientação pelo Poder Público são fatores que contribuíram para a consolidação do Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Francês.

¹⁹¹ FRANCE. **Le Dialogue Compétitif**. 21/07/24. Disponible en: <https://wp.francemarches.com/app/uploads/2022/03/dialogue-competitif.pdf>

¹⁹² HAUGBOLLE, K. *et al.* **Competitive Dialogue: Driving innovation through procurement?** 8th Nordic Conference on Construction Economics and Organization. 2015, p. 560

¹⁹³ MARS, Sylvia de. OLIVIER, Frédéric. **Competitive Dialogue in France**. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012, p. 280.

2.3. Ensinamentos da prática da utilização do Diálogo Competitivo nos diversos Estados membros da União Europeia

Preliminarmente, é preciso extrair da comparação do modelo português com o modelo francês o ensinamento que a internalização do Diálogo Competitivo no Direito Interno deve se dar sem negligenciar os valores axiomáticos (dialógica, flexibilidade e discricionariedade). A regulação não pode criar dispositivos além das diretivas europeias que distorçam a natureza e a finalidade da modalidade, criando limitações que afastam a razão pela qual a autoridade poderia optar por usar o Diálogo Competitivo.

Além disso, o Diálogo Competitivo é o procedimento concebido para as Parcerias Público-Privadas, portanto o regulamento interno das PPP deve prever o Diálogo Competitivo como modalidade a ser aplicada. Prever um rito próprio de adjudicação para a PPP ou para contratos complexos em geral, acaba sendo, de fato, tornar sem eficácia qualquer normativo sobre o Diálogo Competitivo.

A existência de uma orientação do Poder Público, dado que o Diálogo Competitivo é um procedimento voltado para contratos complexos e exige capacitação dos agentes envolvidos, é outra lição tirada da experiência portuguesa face ao modelo francês. Portanto, não se trata do detalhamento da regulação, e sim da observância dos pressupostos básicos do Instituto.

Dois estudos sobre a prática do Diálogo Competitivo foram publicados. O primeiro estudo, realizado pela HM Treasury (Ministério das Finanças do Reino Unido), mostrou que o Procedimento por Negociação deve ser substituído pelo Diálogo Competitivo por causa da flexibilidade existente na definição da complexidade do objeto. A Fase de Preparação e Capacitação dos Agentes é importante para o sucesso do procedimento¹⁹⁴.

O referido estudo mostrou ainda que, quanto mais demorado for o processo do Diálogo Competitivo, maior será o risco de reduzir a competição. A definição de um número adequado de participantes favorece a Fase do Diálogo, bem como a Fase de

¹⁹⁴ MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise em oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013. E-book, posição 3852.

Competição. Esse número deve ser adequado ao nível de detalhamento da solução que será apresentada¹⁹⁵.

O segundo estudo, realizado pelo Centro de Expertise Europeia em Parcerias Público-Privadas, identificou que o Diálogo Competitivo é o mais adequado para as PPP, por melhorar a comunicação entre Poder Público e o ente particular. Melhora o nível da concorrência e das propostas apresentadas e o procedimento foi também considerado seguro para o contrato de PPP que será adjudicado, pois o Poder Público tem maiores ferramentas para estabelecer um contrato verdadeiramente vantajoso ao interesse público, reduzindo o risco de atuação do órgão de controle ou fiscalizatório¹⁹⁶.

Dessa forma, afasta-se a ideia de que o Procedimento por Negociação proporcionaria maior segurança jurídica pelo fato de a complexidade estar definida de forma objetiva no edital. Na verdade, o enrijecimento do Procedimento por Negociação pode induzir a Administração a adjudicar uma solução em detrimento de outra mais vantajosa. Nesse caso, há possibilidade de imputação e de responsabilização do agente público pelo mau uso das ferramentas disponíveis.

A análise das experiências de países com utilização moderada e baixa do Diálogo Competitivo, tais como Alemanha, Holanda, Polônia e Finlândia, mostra que há uma regulação interna sobre adjudicação de contratos complexos ou de PPP e quanto mais essa regulação for descolada das diretivas europeias, menor será a utilização do Diálogo Competitivo, podendo chegar a números irrisórios, como é o caso português¹⁹⁷.

Os operadores econômicos devem se comprometer com os compromissos que assumem a partir do momento em que uma proposta é apresentada. Dessa forma, o Diálogo Competitivo com a previsão de negociação na Fase de Seleção, parece o modelo mais adequado para a adjudicação de objetos complexos. Ademais, a autoridade adjudicante deve ter a real dimensão dos casos em que o procedimento pode ser útil¹⁹⁸.

¹⁹⁵ MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise en oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013. E-book, posição 3912.

¹⁹⁶ MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise en oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013. E-book, posição 3986.

¹⁹⁷ BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: an economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020, p. 182.

¹⁹⁸ TELLES, Pedro. *Reflecting on 18 years of competitive dialogue*. Copenhagen Business School. Law Research Paper Series n° 22-09. 2022, p. 25.

Embora seja um dos pressupostos básicos do Diálogo Competitivo, o estudo de Lenferink *et al.* demonstrou que a interação público-privada favorece a qualidade das obras de infraestrutura, assim como os contratos de Parcerias Público-Privadas, pois proporcionam que a Administração consiga montar o desenho da solução disponível no mercado que seja mais adequada à pretensão coletiva¹⁹⁹.

3. CONCLUSÃO PARCIAL

A diversificação da experiência de utilização do Diálogo Competitivo nos Estados membros da União Europeia demonstra que o instituto foi inserido nos regramentos internos de todos eles. Todavia, houve uma incidência maior, em termos quantitativos, de utilização da ferramenta em setores específicos, tais como Moradia e Cultura. Percebeu-se também que as autoridades regionais a usaram bem mais do que as autoridades nacionais, o que pode denotar um erro de entendimento da real finalidade do instituto.

No comparativo quantitativo de utilização pelos Estados membros, destacam-se França e Portugal; Aquela por ser a maior usuária da ferramenta e este por ter uma aplicação irrisória da modalidade.

O estudo demonstrou que essa distorção se dá pela forma como o Diálogo Competitivo é transposto para o direito interno. A regulação deve observar e levar em conta os Valores Axiomáticos do Diálogo (Dialógica, Flexibilidade e Discricionariedade), evitando que existam regulamentos internos conflitantes, como normas de PPP que prevejam o próprio rito de adjudicação, bem como a divulgação de caderno de orientação e a realização de capacitação. Portanto, não é possível inferir que

¹⁹⁹ LENFERNICK *et al.* *Public-Private interaction in contracting governance strategies in competitive dialogue of dutch infrastructure projects*. Public Administration. Vol 91, nº 4. 2013, p. 942.

aspectos como PIB per-capita, índice de corrupção, quantidade populacional e extensão territorial tenha relação com essa variação.

A União Europeia, assim como seus Estados membros, não pode prescindir do exercício de atividade de controle, mesmo considerando a extrema flexibilidade e a discricionariedade do Diálogo Competitivo. Todavia, tal controle não pode deturpar a finalidade do dispositivo, atuando de forma a preservar a autonomia e o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade adjudicante.

Os ensinamentos colhidos evidenciam a importância do planejamento e da capacitação dos agentes adjudicantes. A utilização do Diálogo Competitivo em Parcerias Público-Privadas, afasta o Procedimento por Negociação, pois o Diálogo oferece a possibilidade de a Administração não precisar definir os limites da complexidade do objeto. Tal informação é apurada na Fase do Diálogo.

Por fim, o Diálogo Competitivo é uma modalidade de adjudicação que não pode ser afastada de seus pressupostos elementares. A sua regulação detalhada não é, a priori, um problema, desde que a autoridade regulamentadora não se afaste de tais requisitos e execute um trabalho de orientação da finalidade e das hipóteses mais adequadas à sua aplicação, e que seja alinhada aos princípios da não discriminação, transparência e finalidade.

SEGUNDA PARTE: A TRANFERÊNCIA DO DIÁLOGO COMPETITIVO AO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO PARA ATENDER AO CONTEXTO DE DIREITO INTERNACIONAL

A segunda parte do trabalho passa a analisar a transferência do Instituto estudado no primeiro bloco para o Direito Administrativo Brasileiro, que vive um momento de modernização face ao cenário tecnológico e transnacional que tem afetado a atuação da Administração Pública. A atuação da gestão pública passou a ser requerida de forma muito mais dinâmica e focada na eficiência do gasto público. Um dos principais sintomas dessa busca de modernização da Administração Pública Brasileira é o novo regime normativo para licitações e contratações públicas, regulado pela Lei 14133/21, ao lado das alterações relevantes na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Regime de Contratações Públicas Brasileiro datava de 1993, ano de promulgação da Lei 8666/93. Desde então, diversos outros normativos buscaram complementar procedimentos e regramentos demandados pelas necessidades da Administração, tais como a Lei do Pregão (Lei 10520/02) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12462/11), além de diversos decretos, instruções normativas e portarias ministeriais que regulavam as práticas para disciplinar o gasto público *pari passu* com as decisões do Tribunal de Contas, que passavam a ser tratadas como balizas procedimentais na atuação do Agente Público²⁰⁰.

Em um contexto de imersão tecnológica e de demanda por rapidez atrelada a eficiência, o legislador nacional consolidou os dispositivos legais consagrados, bem como os normativos acolhidos pelo Controle Externo na Lei 14133/21. Na verdade, houve pouca inovação ao que já vinha sendo praticado nos últimos trinta anos, mas sistematizou-se as práticas em busca dos princípios administrativos das compras e contratações públicas²⁰¹.

²⁰⁰ HEINEN, Julian. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei14133/21*. 1ª Ed. JusPODIVM. Salvador. 2021. p. 3.

²⁰¹ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 22.

O Diálogo Competitivo se apresenta como uma novidade a estrito senso, considerando seu ineditismo no arcabouço normativo administrativo do Brasil. É modalidade de licitação diversa das já conhecidas pelo agente público brasileiro e traz uma inovação de procedimentos que diverge, aparentemente, da cultura jurídico-administrativa do Brasil.

Não se pode perder de vista que o Direito Administrativo Brasileiro se formou na influência do Direito Administrativo Europeu e Norte Americano. Para demonstrar essa afirmação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala quatro momentos históricos, sendo o primeiro deles o período colonial, com influência do Direito Português. Em seguida, o Período Imperial, onde se viu uma grande influência do emergente Direito Administrativo Francês do início do século XIX. Depois, o Período Republicano, momento em que o Direito Administrativo Brasileiro começa a se estruturar como sistema e é influenciado pelo Direito Administrativo Norte Americano. Por fim, o período pós-constitucional de 1988, com características do Estado Democrático de Direito, abertura econômica do Brasil e crescente relação de interdependência internacional ²⁰².

Portanto, verifica-se que a importação de cultura jurídico-administrativo está no âmago de formação do Direito Administrativo Brasileiro. Então, com a oportunidade de modernização das contas e contratações públicas, não poderia o legislador pátrio deixar de enxergar tal momento como uma janela de oportunidade para a importação de institutos estrangeiros com vistas a modernizar a atuação da máquina pública nacional.

Diante dessa conjuntura histórica, não há como ignorar a recorrente prática de importação de cultura jurídico-administrativa por parte do Brasil e seus pontos de contato no que se convencionou chamar, nos últimos vinte anos, de Direito Administrativo Global (DAG). Pelo contrário, deve-se apreciar a conveniência ou impertinência desse compartilhamento para a demandada necessidade de governança global.

O Direito Administrativo Global é um instrumento ou metodologia de regulação administrativa com foco na pluralidade normativa, jurisdicional e institucional. Por esse motivo, deve-se distinguir o Direito Administrativo Global dos Direitos Administrativos Nacional e Internacional. O DAG é composto, sobretudo, por órgãos regulatórios globais, que se realizam por meio do diálogo e da cooperação entre atores e sujeitos internacionais

²⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022. p. 22-23.

por redes transnacionais e estabelecem cinco modelos de administração global: a administração internacional; a administração por redes transnacionais e acordos de coordenação; a administração dispersa; a administração híbrida privada-intergovernamental; a administração regulada por órgãos privados.²⁰³

Como já estudado, o Diálogo Competitivo oriundo do *appel d'offres sur performances*, presente no Código de 2001 da França, foi incorporado ao Direito Administrativo Europeu pela Diretiva 2004/18/UE e importado pelo Direito Administrativo Brasileiro diretamente do dispositivo atual e vigente da Diretiva 2014/24/UE²⁰⁴. É relevante mencionar que o Diálogo Competitivo é um dispositivo oriundo de uma diretiva da União Europeia que, embora tenha caráter regional, decorre de um sistema de integração, mas enquadrando apenas países membros. Não restam dúvidas de que as diretivas europeias repercutem para além do bloco econômico, pois a União Europeia integra a ordem global e seus órgãos atuam como reguladores globais. As diretivas europeias tem caráter uniformizador dos direitos nacionais, influenciando o direito de terceiros²⁰⁵, como é o exemplo da importação do Diálogo Competitivo no Brasil.

Diante de todo o exposto, busca-se, na segunda parte da presente pesquisa, analisar o intercâmbio de doutrinas administrativas como componente deste cenário emergente de governança global. Parte-se de um comparativo entre princípios do Direito Administrativo Europeu, fonte de importação do Instituto do Diálogo Competitivo, e os princípios do Direito Administrativo Brasileiro. Em seguida, busca-se as razões para a importação do Diálogo Competitivo, considerando sua possível pertinência para as contratações dos Estados em redes transnacionais. Também serão abordados pontos de contato entre o objeto do trabalho e o Direito Administrativo Global, sobretudo no que concerne a sua incidência no fio da tecelagem da rede transnacional. Ao longo da nossa exposição, pormenizaremos conceitos de Administrativo Global.

²⁰³ SILVA. Alice Rocha. SANTOS. Ruth Maria Pereira. *As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13 n. 3, 2016, p 357

²⁰⁴ OLIVEIRA. Rafael Sérgio Lima. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte. FORUM, 2021, p. 11.

²⁰⁵ SILVA. Alice Rocha. SANTOS. Ruth Maria Pereira. *As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13 n. 3, 2016, p 359

Por fim, na última parte, examinaremos a recepção do Diálogo Competitivo no contexto cultural jurídico-administrativo Brasileiro, discutindo as possibilidades de sua consolidação no Direito Administrativo Brasileiro.

SEÇÃO III. O INTERCÂMBIO DA DOUTRINA ADMINISTRATIVA COMO COMPONENTE DO EMERGENTE CENÁRIO DE GOVERNANÇA GLOBAL

O Direito Administrativo Brasileiro, embora tenha sido formado por uma prática constante de importação de institutos de culturas jurídico-administrativas estrangeiras, tem poucos trabalhos correlacionando esse fato ao Direito Administrativo Global²⁰⁶. Embora pareça evidente tal correlação, infere-se que a incipiência do debate sobre Governança Global possa ser a principal causa dessa afirmativa. Todavia, ao analisar a importação do Diálogo Competitivo do Direito Administrativo Europeu para o Direito Administrativo Brasileiro, é mister a apreciação do objeto como consequência do cenário de intercâmbio cultural jurídico, de evidente influência nas relações transnacionais.

Entende-se por Governança Global a situação na qual uma autoridade estatal ou organização internacional é chamada para tratar de problemas que vão além de suas fronteiras, de modo a discutir soluções para problemas globais. Suas condutas devem estar balizadas por princípios que vão além do Estado nacional clássico e o multilateralismo é a forma institucional de coordenação e organização dessas relações.²⁰⁷

Por tais razões, a presente Seção inicia com uma comparação entre os princípios do Direito Administrativo Europeu e os do Direito Administrativo Brasileiro, na busca de similaridades e divergências que contribuirão para responder a questão do entendimento do intercâmbio cultural jurídico como um dos norteadores da requisitada formalização das relações transacionais, chamada convencionalmente de Direito Administrativo

²⁰⁶ BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *O projeto do Direito Administrativo Global: uma leitura a partir do Brasil*. In: Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattón Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 95.

²⁰⁷ MIRANDA, José Alberto Antunes de. “*Sociedade e governança global: perspectivas para as ações coletivas no direito e na política em um mundo fragmentado*.” Rev. secr. Trib. perm. revis., Asunción, v. 8, n. 15, p. 208-226, Mar. 2020 .p. 211

Global. Trata-se de uma busca pelo controle, pela legitimação e pela responsabilização das relações jurídicas internacionais que destoam do Direito Internacional Clássico²⁰⁸.

Passando pelos principais conceitos do Direito Administrativo Global, apresenta-se, ainda nesta seção, o Diálogo Competitivo como ferramenta adequada para as relações transnacionais, especialmente quando o Estado é um dos polos da relação, preservando o interesse público e a eficiência a nível internacional. Busca-se também, demonstrar que a ferramenta Diálogo Competitivo poderá favorecer a consolidação de um cenário de Governança Global e concorrer com a busca pela adequação aos desdobramentos do *accountability*, o foco do Projeto do Direito Administrativo Global. Discute-se também a necessidade de modernização do Direito Internacional, o que perpassa necessariamente pela necessidade de um Direito Administrativo Global, uma vez que as contratações internacionais são fio da tecelagem das redes transnacionais.

1 COMPARAÇÃO DE PRINCÍPIOS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Direito Administrativo Europeu é o conjunto de normas jurídicas que visam a harmonização das políticas públicas na União Europeia a partir dos conceitos de União Constitucional e União Administrativa. Dessa forma, o conceito de Direito Administrativo Clássico, atinente aos Estados, não poderá ser aplicado por analogia plena ao Direito Administrativo Europeu, justamente porque a União Europeia não se constitui em uma Federação ou Estado propriamente dito, ou seja, não há uma organização administrativa definida²⁰⁹. Entretanto, desde que os Estados membros assumiram a tarefa de europeizar os ordenamentos jurídicos, o Direito Administrativo Europeu passou a ser

²⁰⁸ KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global*. In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattón Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 13.

²⁰⁹ SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. p. 3-8

o motor da União Europeia, pois este vem dando corpo para a organização administrativa do Bloco Europeu.

Um dos principais desafios para o estabelecimento de um cenário de Governança Global sob o manto do *accountability* passa pela diversidade cultural jurídico-administrativa. Nesse aspecto, há que se considerar que as tradições do Direito Administrativo são identificadas com a Cultura Ocidental, sendo duas as vertentes de referência: os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*²¹⁰. Em termos de comparação, o primeiro estaria relacionado à legalidade, enquanto o segundo se refere a aspectos de Estado de Direito (*Rule of law*) e Controle²¹¹.

Esse intercâmbio cultural de que emana o Diálogo Competitivo para o contexto do Direito Administrativo Brasileiro não é novidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que o Regime Jurídico-Administrativo no Brasil sofreu influência do Direito Francês e de outros direitos enquadrados no sistema de base romanística (italiano, alemão, espanhol, português), além da já abordada “*Common Law*”. Mais recentemente, explica a doutrinadora, o Direito Administrativo Brasileiro vem sofrendo influência do Direito Comunitário Europeu, vejamos:

“Também o Direito Comunitário Europeu vem exercendo alguma influência mais recente sobre o direito brasileiro e outros países da América Latina, embora não façam parte da União Europeia. Os países que dela fazem parte estão passando por uma série de transformações decorrentes do encontro entre sistemas jurídicos distintos: o sistema de base romanística e o sistema *Common Law* (do qual fazem parte Grã-Bretanha, os Estados Unidos e alguns países da África). Neste último sistema, apenas recentemente se aceitou a existência do Direito Administrativo como ramo autônomo do direito. Porém, não se adotam todos os institutos do Direito Administrativo Francês, como o conceito de serviço público da titularidade do Estado, a existência de atos administrativos, o regime diferenciado para servidores públicos, a própria ideia de responsabilidade civil do Estado somente foi aceita na década de 40 do século passado, mesmo assim sem a extensão adotada no direito francês, no qual se inspirou o direito brasileiro”. (DI PIETRO, 2022, p. 25)

Percebe-se neste excerto que a peculiaridade do Direito Administrativo Europeu não é exatamente o Direito Administrativo clássico de um Estado. Todavia, o Diálogo Competitivo é importado desse sistema normativo, que, como alude autora, já exerce

²¹⁰ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid, Instituto Nacional de Administracion Publica. p. 66-73

²¹¹ BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *O projeto do Direito Administrativo Global: uma leitura a partir do Brasil*. In: Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattón Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 96.

significativa influência sobre o Direito Administrativo Brasileiro. Por essa razão, buscase uma análise comparativa de princípios atinentes ao Direito Europeu e ao Direito Brasileiro, abordagem indispensável para que possamos mensurar neste estudo as chances de efetivação do Instituto em estudo na Administração Pública Brasileira. para em seguida, abordar o compartilhamento cultural jurídico administrativo e sua influência e importância na busca da Governança Global.

Além dos tratados, o Direito Administrativo Europeu tem como matriz fundamental os princípios jurídicos e estes ocupam lugar de destaque, em decorrência da falta de operatividade do princípio da separação de poderes no âmbito da Direito Europeu. Esses princípios seriam a base constitucional fundante do Direito Administrativo Europeu²¹².

No que concerne ao Direito Administrativo Brasileiro, Odete Medauar ensina que os princípios se revestem de grande importância, pois auxiliam na compreensão e na consolidação dos institutos de Direito Administrativo e tem função positiva, levando em conta a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas nas atividades de interpretação e integração do Direito²¹³. Em complemento, a Autora faz referência a essa relevância em comparação direta com o Direito Europeu:

“A relevância dos princípios no Direito Administrativo vem comprovada na atualidade no chamado “Direito Administrativo Comunitário” Europeu: a Corte de Justiça da União Europeia vem se valendo dos princípios do Direito Administrativo na solução de muitas questões, em especial na tutela dos direitos dos cidadãos ante medidas da Administração de Estados integrantes.” (MEDAUAR, 2018, p. 111)

Jean-Bernard Auby e Jacqueline Dutcheil de La Rochère corroboram a definição de Direito Administrativo Europeu que inclui os pontos de contato entre o Direito Comunitário e os Direitos Administrativos dos Estados membros. O foco do estudo está nessas ligações e não exatamente no entendimento do Direito Administrativo em si. Os autores afirmam que os princípios europeus estariam relacionados aos princípios dos Estados membros e também à sua aplicação, no que concerne aos objetivos de execução e de legislação do Bloco Europeu.²¹⁴

²¹² SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. p. 13-14

²¹³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª Ed. Forum. Belo Horizonte. 2018. p. 111

²¹⁴ AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição, 391.

Finalmente, a OCDE, no Documento Sigma número 27, que versa sobre os princípios da Administração Pública Europeia, sugere uma definição que nos parece mais próxima do que se entende por princípios do Direito Administrativo no âmbito do Direito Brasileiro: os princípios são direções e regras aplicáveis à organização e gestão das relações entre a Administração e seus cidadãos²¹⁵.

Percebe-se que, apesar de não ser uma ampliação propriamente dita do modelo estatal, e sim uma comunidade de Estados, o Direito Administrativo Europeu caminha para uma definição de princípio que se aproximaria da definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro. Para a Autora, Princípios, no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro, partiriam de um ponto de origem que convergem na dualidade da Supremacia do Interesse Público sobre o particular e na legalidade²¹⁶.

Inicia-se a comparação pelo Princípio da Unidade Jurídica, o primeiro princípio do Direito Administrativo Europeu a ser mencionado. Ressalta-se que não faria sentido invocar apenas o Estado de Direito, subordinando assim a atividade administrativa. Deve-se distinguir a atividade administrativa desenvolvida pela União Europeia da Atividade Administrativa desenvolvida pelos Estados membros. No que se refere ao nosso estudo, esse princípio seria da esfera constitucional, que abarcaria não só o Direito Administrativo Brasileiro, mas também os demais ramos do direito pátrio.²¹⁷

Sendo uma comunidade de Estados, o Princípio da Colaboração Leal é um esteio essencial da União Europeia, pois traz uma perspectiva de relação complexa em uma interligação entre entidades estatais diversas. Autores de Direito Europeu apontam que este é o princípio mais importante, pois perpassaria a execução indireta para cobrir o exercício das competências no plano externo, ou ainda, o exercício das competências dos Estados membros dentro do respeito ao Direito Europeu. Este princípio exprimiria a fidelidade federal, sendo fonte da ordem jurídica autônoma da União Europeia²¹⁸.

²¹⁵ OCDE. Documento Sigma No 27 - Principes Européens d'Administration Publique.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022. p. 82

²¹⁷ SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. p. 14

²¹⁸ AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. posição. 13540.

Evidentemente, não há que se traçar um paralelo razoável entre o Princípio da Colaboração Leal com o Direito Administrativo Brasileiro, por ser princípio necessário a um bloco de Estados unidos por interesses comuns.

Vislumbra-se que princípios e direitos fundamentais relacionados ao âmbito constitucional do Direito Brasileiro são entendidos como princípios de Direito Administrativo Europeu para proteger a relação do ente particular com o Poder Público, tal como a proteção de direitos fundamentais, como por exemplos, a igualdade e a liberdade.

No que se refere ao Direito Administrativo Brasileiro, constitucionalizado na Carta Magna de 1988, os Direitos Fundamentais abarcam as relações da Administração com o particular, em que pese uma significativa resistência do pragmatismo da Cultura Jurídico-Administrativo Brasileira, que por vezes interpreta a Supremacia do Interesse Público como salvo conduto para a relativização de direitos fundamentais do particular.²¹⁹

Conforme já mencionado, Di Pietro mapeou os princípios do Direito Administrativo Brasileiro partindo da Supremacia do Interesse Público sobre o particular e do Princípio da Legalidade. A autora reitera que a Constituição inovou ao elencar os cinco princípios básicos no caput do Art. 37 da Constituição Federal: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Cita ainda a Lei nº 9784/99 (Lei do Processo Administrativo), que tem referência no artigo 2º, aos princípios da legalidade, motivação, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

Em seguida, a Doutrinadora explica que existem princípios em leis esparsas, tais como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a Lei de Concessão de Serviços Públicos e Também as Leis do Regime de Licitações e Contratações Administrativas.²²⁰

É justamente este último ponto que nos interessa. O conjunto principiológico do Regime de Contratações Públicas engloba um rol de vinte e dois princípios, dos quais

²¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P 72-76

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022. p. 82.

muitos são deveras conhecidos e já constam de outras normas, inclusive do próprio texto constitucional. O artigo 5º da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos 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 \(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro\)](#).”

Não por outra razão, passa-se a dar especial atenção aos princípios do Direito Administrativo Europeu que tenham relação com o Diálogo Competitivo ou, ao menos, com o Regime de Compras e Contratações Públicas, de tal forma que o compartilhamento cultural jurídico-administrativo possa ser sopesado em seus efeitos nos dois regimes, sem dar enfoque aos princípios relacionados estritamente aos direitos fundamentais ou à própria preservação da União Europeia como bloco supranacional.

Sendo assim, foram selecionados princípios que são explorados por doutrinadores de Direito Administrativo Europeu e que guardam próxima relação com compras e contratações públicas, em especial com o próprio Diálogo Competitivo. São eles: Legalidade, Igualdade, Boa Administração, Transparência, Proporcionalidade e Confiança Legítima.

Pasqualini define Legalidade como a impossibilidade de nenhum ato administrativo poder violar a lei e que nenhum ato administrativo que imponha encargos poderá ser praticado sem fundamento legal²²¹. José Cretella Júnior, por sua vez, sustenta que o Princípio da Legalidade é uma posição superior ao direito setorial, sendo inerente ao Direito Público, mas não típico do Direito Administrativo.²²²

O Princípio da Legalidade é basilar no Direito Administrativo de um modo geral, como também reza a doutrina do Direito Administrativo Europeu. A Legalidade, no Direito Administrativo Europeu, é a atuação da Administração nos limites de suas competências. O princípio subordina a regularidade dos atos da União Europeia. O único ponto em que poderse-ia fazer alguma distinção da Legalidade no âmbito estatal seria o

²²¹ PASQUALINI, Paulo Roberto. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2007, p. 46.

²²² CRETELLA JUNIOR, José. *Fundamento do Direito Administrativo*.

fato de a Legalidade, no Direito Europeu, ser também relacionada ao respeito a certas regras de repartição de competências entre a União Europeia e seus Estados membros, bem como à distribuição de poder entre os órgãos da União²²³.

O Princípio da Igualdade é de significativa importância para o Diálogo Competitivo, conforme já visto na primeira parte do trabalho. A segunda fase do procedimento de escolha do fornecedor vencedor ocorre apenas com os participantes da primeira fase do processo, dos quais um deles fora o proponente da solução escolhida. Portanto, poder-se-ia indagar se a igualdade estaria sendo observada neste caso. Um tópico específico na Seção final abordará o este questionamento.

No Direito Europeu, Igualdade é também chamada de Princípio da Não Discriminação. Seria uma garantia dentro do conjunto de sistemas nacionais dos Estados membros, é um princípio estrutural da União Europeia. Fica evidente que o Direito Administrativo Europeu se desenvolve a partir da incorporação dos diferentes sistemas nacionais e o Princípio da Igualdade vem sendo interpretado como Direito Fundamental²²⁴.

Observa-se que o Direito Administrativo Europeu aplica a teleologia da igualdade no que se refere aos Estados membros. Quando relacionado à interação do Administrado com o Poder Público, fica evidente sua observância. Entretanto, tal interpretação se dá, por vezes, no contencioso administrativo de cada Estado membro, como o exemplo do Conselho de Estado Francês, órgão máximo do contencioso administrativo Francês, que encara a igualdade como Direito Fundamental.²²⁵

Critica-se a ausência de regras explícitas sobre a forma como o Diálogo Competitivo deva ser estruturado no texto da Diretiva Europeia. Entretanto, o normativo europeu reitera a necessidade de igualdade de tratamento entre os postulantes à contratação, notadamente no que diz respeito à prestação de informações e à definição de regras de confidencialidade²²⁶.

²²³ AZOULAI, Loic. CLÉMENT-WILZ, Laure. *Le Principe de Légalité*. en *Traité de Droit Administratif Européen*. organisé par Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição, 15876.

²²⁴ ILIOPOULOU-PENOT, Anastasia. *Le principe d'égalité et de non-discrimination*. en *Traité de Droit Administratif Européen*. organisé par Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição, 17488.

²²⁵ Voy. J.Schwartz. *Droit Administratif Européen*. 2^a Ed. Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 598.

²²⁶ MARS, Sylvia de. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge

No âmbito do Direito Administrativo Brasileiro, o Princípio da Igualdade será entendido por tratamento isonômico do Poder Público face aos administrados. Como se trata de um princípio de origem constitucional, é tido, no Direito Brasileiro, como um princípio de defesa, ou seja, um princípio de primeira geração, ou seja, o Estado não deve interferir no que diz respeito à proteção do indivíduo²²⁷. Todavia, quando se fala em Direito Administrativo, percebe-se que o Princípio da Igualdade tem, em alguma medida, características de direito prestacional, pois espera-se que a Administração Pública exerça tratamento igualitário nos parâmetros legais, embora concorde-se que se trate de direito majoritariamente de Defesa.

Positivado no artigo 5º da Lei Geral de Licitações e Contratos, o princípio da Igualdade pressupõe a isonomia de tratamento entre os licitantes. José Cretella Júnior elenca a igualdade entre os dez princípios fundamentais do Direito Administrativo, aquele que garante ao administrado estar diante da Administração em absoluto pé de igualdade, sem privilégios, distinções ou nepotismos²²⁸. Pela própria definição de Cretella Júnior, percebemos que não se busca afastar a Supremacia do Interesse Público ou qualquer possível relação de hierarquia entre a Administração e Administrado, mas sim, a igualdade de tratamento dado pela Administração para com os administrados, indo ao encontro do que se propõe em procedimento licitatório.

O Princípio da Boa Administração do Direito Europeu é a própria expressão do Princípio da Eficiência, positivado como princípio basilar do Direito Administrativo Brasileiro. Constando do Caput do Art. 37 da Constituição Federal de 1988. Na União Europeia, esse Princípio é originário do próprio tratado que instituiu a Comunidade Europeia de Nações, não sendo resultado de criação jurisprudencial.

Originalmente, o Princípio da Boa Administração era entendido apenas como boa gestão financeira, operando como direcionamento teórico para controle e

University Press, 2012, p. 71.” *The Directive does not contain explicit rules on how this dialogue is to be structured, except for the fact that it explicitly confirms a certain flexibility in this by stating in Article 29 that (if indicated in the contracted notice or descriptive document) the dialogue may take place "in successive stages" and these may result in the number of solutions considered being reduced (by applying the award criteria) before the final tender stage. Apart from this provision, and from reiterating the need for equal treatment, particularly with regard to provision of information and stating rules on confidentiality, the directive does not regulated this stage of process.*”

²²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 8ª Ed. Saraiva Jur. 2019, p. 500. “No tocante à providência exigível, os direitos fundamentais têm sido classificados em direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação. Os direitos de defesa traçam a esfera de proteção dos indivíduos, demarcando um espaço que, como regra geral, deve ser imune à ingerência do Estado.

²²⁸ CRETELLA JUNIOR, José. **Fundamentos do Direito Administrativo**. p. 304

responsabilização. Após seu desenvolvimento ao longo do tempo, esse princípio passou a abarcar uma multiplicidade de procedimentos, não afastando a ideia de boa governança²²⁹. A previsão no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²³⁰ demonstra que esse princípio serve também para sustentar a proteção dos indivíduos que se relacionem com a Administração. Também conhecido como Princípio do Direito Administrativo Processual²³¹, o Princípio da Boa Administração é um princípio autônomo que produz uma devolutiva aos particulares das ações adotadas pela Administração.

O Princípio da Transparência está relacionado à Publicidade dos Atos Administrativos e, novamente, reforçamos que é um princípio de significativa importância para os processos de compras e contratações públicas, notadamente no caso do Diálogo Competitivo, por se tratar de modalidade de licitação que concede significativo grau de discricionariedade ao gestor.

Ainda sobre esse ponto, é importante observar que o Princípio da Transparência nos contratos públicos tem sido uma preocupação das organizações internacionais, tais como a ONU e a OMC, e de sistemas regulatórios globais, como é o caso da União Europeia, que o inseriu não apenas nas normas de contratações públicas, mas também em um mecanismo para a proteção e a promoção do mercado interno europeu²³².

Transparência se refere ao acesso do cidadão a todas as informações sobre o procedimento adotado pela Administração, o irrestrito acesso às informações de interesse público²³³. Nesse aspecto, não há significativa diferença entre a aceção deste Princípio nos âmbitos do Direito Europeu e do Direito Brasileiro. No Brasil, o princípio da

²²⁹ SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. p. 23

²³⁰ L'Union Européenne. *Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. Article 41 – Droit à une bonne administration. 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union*. Journal Officiel des Communautés Européennes, 18.12.2000.

²³¹ AZOULAI, Loïc. CLÉMENT-WILZ, Laure. *La bonne administration*. en *Traité de Droit Administratif Européen*. organisé par Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição, 20133.

²³² SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. *A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação pública à luz do Princípio da Transparência*. Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online), Brasília, v. 6, n° 2, 2016, p, 71.

²³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 35^a Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022. p. 88

transparência está relacionado ao acesso à informação e à publicidade dos atos administrativos.

O Direito de acesso à informação no Direito Brasileiro é direito fundamental e positivado no Inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. A regulação se deu por meio da Lei 12527/2011, chamada Lei de Acesso à Informação, que em seu artigo 8º instituiu relevante princípio que convergiu com o princípio da Publicidade Administrativa. *In litteris*:

“Art 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o **caput**, deverão constar, no mínimo:

(...)

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;” (grifo nosso)

Em consequência do mencionado dispositivo, o Tribunal de Contas da União editou o *Acórdão 389/2020/Plenário*, determinando que os órgãos da Administração Direta Federal deveriam expor a íntegra dos processos licitatórios em sites das próprias instituições, um exemplo elementar da aplicação do Acesso à Informação no escopo da Publicidade Administrativa. Leia-se extrato do mencionado Acórdão da Corte de Contas:

“1.6.2.1. em vista do comando expresso no **inciso IV do § 1º do art. 8º da Lei 12.527/2011** e da interpretação dada pelo item 1.7.2 do [Acórdão 3011/2017-TCU-Segunda Câmara](#), elaborem, isoladamente ou em conjunto com os órgãos a eles vinculados, plano de ação prevendo, em prazo não superior a um ano, a disponibilização nos sites dos órgãos na internet, com acesso público, de **links para acesso ao inteiro teor dos processos eletrônicos que documentam suas licitações e execuções de contratos**, autuados via Sistema Eletrônico de Informações - SEI (Decreto 8.539/2015) ou plataforma similar, dando ciência a esta Corte de Contas, no prazo de 120 dias (Acórdão 389/2020/Pleno/TCU)”

Coadunando com a decisão da Corte de Contas, deve-se observar a necessidade de publicidade dos atos relacionados às contratações públicas, de modo a proporcionar o controle necessário pelo cidadão, por ser este, em última instância, controlador facultativo das contas públicas.

“Por sua vez, o aspecto material do princípio da publicidade está diretamente relacionado, como já se referiu, à necessidade que o cidadão tem de estar

bem informado para que possa efetivamente exercer sua função de controlador do Estado. Nesse contexto, ainda que, por um lado, possa ser possível argumentar que um nível mínimo de conhecimento dependa da atuação do próprio cidadão, por outro, parece ser inegável que o próprio cidadão, por mais escolarizado e interessado na esfera coletiva, não poderá exercer o controle do aparelho do Estado se este não disponibilizar todas as informações necessárias ao cidadão – ou se eventualmente as disponibilizar de maneira incompleta ou mascarada. (SILVA; SANTOS. 2016, p 76).”²³⁴

Portanto, a transparência administrativa integra as culturas jurídico-administrativa do Direito Europeu e do Direito Brasileiro, sendo o referido princípio alvo de especial atenção quando se fala em Diálogo Competitivo, pela discricionariedade concedida ao gestor na escolha da solução mais adequada ainda na primeira fase do procedimento, conforme abordado na primeira parte do presente trabalho. Todavia, infere-se que tal princípio, a priori, não se apresentaria como obstáculo ao estabelecimento do modelo de Diálogo Competitivo Europeu na Cultura Jurídico-Administrativa do Brasil.

A Proporcionalidade é o princípio que restringe a discricionariedade administrativa. Embora a Lei do Processo Administrativo do Direito Brasileiro separe os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, sustenta Di Pietro que o segundo estaria contido no primeiro, pois aplicar ato administrativo razoável exige proporcionalidade.²³⁵ Odete Medauar concorda com Di Pietro e conceitua tal princípio como o dever da Administração de não impor, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público²³⁶.

O Direito Europeu também trabalha com o conceito de proporcionalidade. É um dos princípios gerais do Direito da União Europeia e também um dos mais citados nas jurisprudências do Bloco Europeu, assim como nas decisões atinentes aos contenciosos administrativos dos Estados membros. Sua origem remonta ao Direito

²³⁴ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. *A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação pública à luz do Princípio da Transparência*. Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 2, 2016, p, 76.

²³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022. p. 95

²³⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª Ed. Forum. Belo Horizonte. 2018. p. 129

Alemão e está relacionado ao exercício do Poder de Polícia por parte da Administração²³⁷.

O sentido de proporcionalidade no escopo do Direito Europeu se dá pela convergência de três elementos diversos, quais sejam; adequação, necessidade e proporcionalidade. Este último indica que uma medida adotada pelo Poder Público não pode agravar excessivamente determinada situação de forma que o resultado se torne intolerável.²³⁸

Por fim, chega-se ao princípio que consideramos o mais sensível na adequação de um instituto oriundo do Direito Europeu para a cultura jurídico-administrativa do Brasil: o Princípio da Confiança Legítima. É um princípio basilar no Direito Administrativo Europeu, mas que sequer está positivado no Direito Brasileiro.

No Direito Administrativo Europeu, a Confiança Legítima está relacionada à segurança jurídica. A proibição é a revogação administrativa de decisões que tenham sido adotadas em conformidade com os procedimentos e as normas jurídicas estipuladas. A estabilidade da decisão administrativa é um valor protegido pelo ordenamento jurídico europeu²³⁹.

O Princípio da Proteção da Confiança Legítima é tido como um desdobramento da Segurança Jurídica e sua origem remonta ao Direito Alemão. O *leading case* do Princípio da Confiança Legítima se dá na Alemanha na década de 50, por meio do caso conhecido no Brasil como “Viúva de Berlim”. Refere-se a um marco na jurisprudência alemã e mundial quanto à limitação do dever de anulação de um ato estatal. Conforme palavras do Professor Valter Shuenquener de Araújo.²⁴⁰

“A viúva de um inspetor alemão com domicílio na zona de ocupação da antiga União Soviética na Alemanha foi contemplada com pensão legal, no entanto, para atender aos requisitos para a concessão do direito, de acordo com a lei à época, a mesma deveria se mudar para região da Alemanha Ocidental, sob controle Americano, no entanto, após realizar a referida transferência de domicílio, a viúva teve sua pensão revogada por uma mudança na lei. A pensionista ajuizou ação no Tribunal Revisor de Berlim em matéria de Direito

²³⁷ GALETTA, Diana Urania. *Le Principe de Proportionnalité*. en Traité de Droit Administratif Européen. organisé par Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutcheil de la Rochère. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição, 15371.

²³⁸ GALETTA, Diana Urania. *Le Principe de Proportionnalité*. en Traité de Droit Administratif Européen. organisé par Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutcheil de la Rochère. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição, 14744.

²³⁹ SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. p. 24

²⁴⁰ ARAÚJO. Valter Shuenquener. *O Princípio da Proteção da Confiança – Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. 2^a ed. Niterói-RJ. Impetus, 2021, p 138.

Administrativo e anulou o ato que havia cancelado a pensão. Na decisão o Tribunal lembrou que não se pode extrair do princípio da legalidade uma obrigação irrestrita do Estado de anular atos ilegais” (ARAÚJO, 2021, p. 138).

Ainda no que se refere ao Direito Administrativo Europeu, o Princípio da Confiança Legítima é por vezes invocado de forma associada a outros princípios, tais como o respeito ao direito adquirido, ao direito de defesa e à não retroatividade dos atos administrativos. Não obstante, percebe-se que a maior parte da jurisprudência europeia, que se lastreia do Princípio da Confiança Legítima, faz também menção ao princípio da Segurança Jurídica²⁴¹.

Quando se fala de Direito Administrativo Brasileiro, a Segurança Jurídica encontra-se positivada no Caput do Art. 2º da Lei do Processo Administrativo, Lei 9784/99. Di Pietro aponta que tal princípio se propõe a vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Esta ideia ficou expressa no inciso XIII do artigo 2º: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”²⁴².

Já no que se refere ao que se costumou chamar no Brasil de Direito à Proteção da Confiança, o que se tem, na verdade, é uma tendência jurisprudencial ao seu acolhimento, que seria um desdobramento da segurança jurídica. É um avanço no sentido da proteção das expectativas legítimas dos particulares em consequência dos atos da Administração, assim definido nas palavras de Odete Medauar “...uma proteção mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir”²⁴³.

O Direito Adquirido e a Proteção da Confiança não são conceitos correlacionados ou que se equivalem. O primeiro se refere a decisões jurídicas totalmente

²⁴¹ DERO-BUGNI, Delphine. *Le principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime*. en *Traité de Droit Administratif Européen*. organisé par Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014. E-book. Posição, 19506.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022. p. 100. Di Pietro afirma: “como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública”.

²⁴³ MEDAUAR, Odete; ÁVILA, Humberto (Org.) *Segurança Jurídica e Confiança Legítima*. In *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

e definitivamente incorporadas ao patrimônio do administrado, algo que já se completou em data anterior à uma mudança normativa. Por sua vez, a Confiança Legítima chega mais longe ao garantir posições jurídicas ainda não encerradas ou até mesmo nascidas de atos estatais eivados de vícios. Sendo assim, temos um princípio de reconhecimento de que o Estado também viola o ordenamento quando despreza expectativas legítimas²⁴⁴.

Um exemplo de possível incidência ou aplicação desse princípio no procedimento do Diálogo Competitivo Europeu poderia se dar na fase de qualificação dos particulares candidatos, nos termos dos artigos 57 e 58 da Diretiva 2014/24/EU²⁴⁵, momento em que a Administração pode estabelecer critérios para a habilitação e, por ventura, rever seus critérios durante o desenvolvimento do procedimento sob a égide do princípio da autotutela em eventual convalidação por saneamento e, assim, se ver obrigada a manter determinado candidato no certame, caso fique evidente a expectativa legítima deste, associado ao esforço despendido pelo postulante com base nos critérios revogados.

Os princípios abordados e selecionados do direito europeu, após esse breve estudo comparativo, deixam demonstradas a importância da sua observância no procedimento licitatório importado do Direito Europeu. Muitos destes princípios já são consolidados no Direito Administrativo Brasileiro, tais como a Legalidade, a Igualdade, a Transparência e a Eficiência (Boa Administração). Há outros ainda em processo de inserção na cultura jurídico-administrativa, tais como a Confiança Legítima, de forma que, sob as bases axiomáticas, encontra-se aparente viabilidade para o acolhimento do

²⁴⁴ ARAÚJO. Valter Shuenquener. *O Princípio da Proteção da Confiança – Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. 2ª ed. Niterói-RJ. Impetus, 2021, p 80.

²⁴⁵ DIRETIVA 2014/24/EU – Art 57. 1. *As autoridades adjudicantes devem excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação se tiverem determinado, mediante verificação em conformidade com os artigos 59.o, 60.o e 61.o, ou se de qualquer outro modo tiverem conhecimento de que esse operador económico foi condenado por decisão final transitada em julgado com fundamento num dos seguintes motivos: (...) 2. Um operador económico fica excluído da participação num procedimento de contratação se a autoridade adjudicante tiver conhecimento de que não cumpriu as suas obrigações em matéria de pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social e se tal tiver sido determinado por decisão judicial ou administrativa transitada em julgado e com efeito vinculativo de acordo com as disposições legais do país onde se encontra estabelecido ou do Estado membro da autoridade adjudicante. Além disso, as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados membros a excluir da participação num procedimento de contratação um operador económico quando a autoridade adjudicante possa demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico não cumpriu as suas obrigações relativas ao pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social.*

Diálogo Competitivo, sobretudo se considerarmos a forte influência do Direito Administrativo de Países Europeus na construção do Direito Administrativo Brasileiro.

2. A PERTINÊNCIA DO DIÁLOGO COMPETITIVO NAS RELAÇÕES DE CONTRATAÇÕES DOS ESTADOS EM REDES TRANSNACIONAIS

A divisão do direito estatal em público e privado, segundo as condutas impostas e de unidade indivisível do Estado são, no que se refere ao ramo público, o poder soberano e a ordem política que regula a relação entre o Estado e suas coletividades. No campo do Direito Privado temos o sistema de regulação entre os particulares²⁴⁶.

Os contratos celebrados pela Administração Pública se constituem da “supremacia de poder”. Um exemplo didático são as cláusulas exorbitantes²⁴⁷ dos contratos administrativos, que seriam restrições impostas pelo Estado ao contratado. Dessa forma, vislumbra-se questão a ser analisada quanto a aplicação do Direito Público de um Estado fora de seu território. Bitencourt afirma que, em discussão ocorrida na Reunião anual do Comitê Francês de Direito Internacional Privado em 1975, os debatedores concluíram que não deveriam ser ignoradas as normas estrangeiras em matéria de licença de importação ou exportação, de concorrência, ou de controle de câmbio²⁴⁸.

Existe decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional concluindo que um Estado não possa invocar contra outro Estado sua própria Constituição para se esquivar de obrigações expressas do Direito Internacional ou de tratados vigentes²⁴⁹. Todavia, o que se tem é bem diferente do idealizado pelo Direito Internacional Clássico, pois cada

²⁴⁶ BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 52

²⁴⁷ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 1280.

²⁴⁸ BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 52

²⁴⁹ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 10. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro, 2009.

vez mais vemos um crescente sistema emergente de governança internacional, experimental e em rede.²⁵⁰

Esse sistema emergente de governança global e em rede, transforma o Direito Estatal e o Direito Internacional e abre uma nova perspectiva sobre uma pluralidade de ordens jurídicas que não são exatamente públicas, nem tão pouco privadas. Seriam híbridas, desenvolvem-se em algo que vai além do Direito Administrativo Particular e do Direito Internacional Clássico, é um Direito Transnacional Administrativo, Público e Global, carente de fontes legais facilmente identificáveis, suas instituições e procedimentos são subdesenvolvidos e a relação entre o público e o privado muitas vezes é opaca²⁵¹.

Direito Administrativo Global é o conjunto de mecanismos, princípios, práticas e compreensões sociais de apoio que promovem, ou de alguma forma afetam, a *accountability* dos órgãos administrativos globais²⁵². Esse direito transnacional e híbrido abarca, em nosso entendimento, as licitações internacionais, ou processos de compras e contratações públicas internacionais, por reunir, em um único fio dessa tecelagem global, o interesse soberano de um Estado, extensivo aos seus próprios limites, mas amarrado pelos interesses do órgão fornecedor internacional, ou até mesmo pelo procedimento realizado em todo no território estrangeiro, o que afastaria ainda mais a incidência perfeita do direito público interno, o que torna o Estado mais vulnerável às condições estabelecidas em um contrato que se aproxima da perspectiva contratual do Direito Privado.

A nova Lei de Licitações Brasileira, em seu Art. 6º, XXXV, definiu licitação internacional como a competição processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro.

Em que pese os mecanismos de protecionismo voltados aos fornecedores nacionais e estipulados pela própria Lei, em um mundo cada vez mais dinâmico, integrado

²⁵⁰ LADEUR, Karl-Heinz. “*The State in International Law*.” CLPE Research Paper 27/2010. Vol. 06 No. 6 (2010), p. 5

²⁵¹ LADEUR, Karl-Heinz. “*The State in International Law*.” CLPE Research Paper 27/2010. Vol. 06 No. 6 (2010), p. 15.

²⁵² KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global*. In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Ratton Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 13.

e tecnológico, as contratações internacionais têm sido recorrentes em diversos ramos²⁵³. Considerando o compartilhamento de cultura jurídico-administrativa, a importação do Diálogo Competitivo vem não só para modernizar o procedimento de licitação no âmbito do Direito Brasileiro, mas também para alinhar as práticas administrativas do direito intraestatal com procedimentos consagrados internacionalmente, sobretudo no mais consolidado exemplo de bloco de integração supranacional, a União Europeia, e no próprio Regulamento de Aquisições para Mutuários de Financiamento de Projeto de Investimentos do Banco Mundial (BIRD)²⁵⁴.

Desse modo, o Diálogo Competitivo é a ferramenta que aproxima a prática do Direito Administrativo Interno Brasileiro a uma modalidade de contratação aplicada em processos internacionais no âmbito da União Europeia e em contratações internacionais com recursos do BIRD. É uma consequência desse compartilhamento de cultura jurídico-administrativa. Fica evidente a intenção do legislador, se considerarmos que as modalidades licitatórias dos diplomas anteriores são consagradas e continuam sendo a principal ferramenta para a contratação pública, tais como as modalidades concorrência e pregão. Buscou-se, mais do que modernizar, criar condições de compartilhamento e integração²⁵⁵.

Essa interdependência globalizada criou uma situação com considerável déficit de *accountability*²⁵⁶, o que gerou a necessidade de expandir o Direito Administrativo Nacional e de desenvolver mecanismos de Direito Administrativo em esfera global para

²⁵³ BITENCOURT, Sidney. A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 147

²⁵⁴ BIRD. *Regulamento de Aquisições para Mutuários de Financiamento de Projetos de Investimento: Aquisições em Operações de Financiamento de Projetos de Investimento. Bens, Obras, Serviços Técnicos e Serviços de Consultoria*. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/secretaria-executiva/meta-2/documentacao/emprestimo/regulamento-de-aquisicoes-para-mutuarios.pdf>. 03/05/2024.

²⁵⁵ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 455.

²⁵⁶ BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *O projeto do Direito Administrativo Global: uma leitura a partir do Brasil*. In: Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattón Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016, p 99 “*Accountability, ou, como definido em alguns espaços, prestação de contas, é uma das principais questões para o projeto do Direito Administrativo Global (Kingsbury, 2006). Stewart define como elementos essenciais de accountability os padrões adequados de transparência, participação, decisão fundamentada e legalidade.*”

tratar de decisões que são tomadas em âmbito intergovernamental, o que demanda apreciação customizada.²⁵⁷

2.1. O Contrato Administrativo Internacional como fio normativo da Rede Global Transnacional

Antes de sustentar que o Contrato Administrativo Internacional é o fio da tecelagem da Rede Global Transnacional, é preciso delimitar bem os dois conceitos para em seguida expor a fundamentação que se tem para a defesa da ideia central do presente tópico.

O tipo de contrato administrativo que se pretende explorar é o contrato que necessariamente tem como uma das partes a Administração Pública de um determinado Estado e de outro, um ente privado não pertencente ao Estado contratante. Claramente, não se pretende trazer à baila o contrato estabelecido entre dois entes privados, em que pese o caráter híbrido do Contrato Administrativo Internacional, uma das ideias essenciais para o que se pretende demonstrar.

Um acordo de vontade entre as partes que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações é o que se define como “contrato” no campo do Direito Privado. Por sua vez, Contrato Administrativo é o ajuste de vontade de duas ou mais partes sendo uma delas, necessariamente a Administração pública²⁵⁸. Portanto, o Contrato Administrativo difere do Contrato Privado pela ausência de simetria entre as partes, em virtude do princípio setorial²⁵⁹ da Supremacia do Interesse Público²⁶⁰. No Contrato Administrativo, o ente

²⁵⁷ KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global*. In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattón Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 12.

²⁵⁸ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1193.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª Ed. Saraiva Jur. 2020, p. 312. “...Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Há princípios setoriais tributários. Como o da anterioridade da lei que institua ou aumente tributo e da Administração Pública...”

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022. p. 83. “... pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o Direito Público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”

público possui uma série de prerrogativas em relação ao ente privado, como, por exemplo, as chamadas “cláusulas exorbitantes”, que se constituem como a capacidade da Administração de fiscalizar, estipular garantias, impor sanções e rescindir ou alterar unilateralmente um contrato²⁶¹.

O segundo conceito, extraído da teoria do Direito Administrativo Global, define a Rede Global Transnacional como sendo a expressão de uma nova lógica de Governança Global, a partir de uma ideia que não pode mais ser considerada centrada no Estado, nem ir além do Estado. Trata-se de uma transformação do Direito Estatal e do Direito Internacional por uma lógica acêntrica, uma pluralidade de ordens jurídicas híbridas²⁶², ou seja, acordos internacionais estabelecidos entre particulares, entre Estado e particulares ou mesmo entre entidades paraestatais sem o controle de órgão supranacional formalizado no âmbito do Direito Internacional, ou mesmo sem a supervisão de um Estado.

Os teóricos Kingsbury, Krisch e Stewart explicam que os sistemas transnacionais de regulamentação, ou movimentos de cooperação para regulação por meio de tratados internacionais e redes intergovernamentais informais de cooperação, transferem grande parte das decisões da esfera nacional para a global e os órgãos administrativos globais estão regulando redes de coordenação informais, órgãos híbridos público-privados, que exercem funções de governança transnacional²⁶³.

Portanto, o Contrato Administrativo Internacional estabelecido como resultado de um processo licitatório realizado por um Estado e que resulta na contratação de órgão internacional, se mostra como um fio dessa tecelagem definida como Rede Global pelo seu caráter híbrido, pois o Estado não consegue impor sua supremacia diante de um ente privado internacional. O Estado é, muitas vezes, obrigado a aceitar as condições contratuais estabelecidas pelo órgão privado internacional, considerando seu poderio econômico diante da necessidade ou interesse público na respectiva contratação.

“A disparidade de partes contratantes – de um lado a soberania do Estado e de outro o poder da empresa (geralmente multinacional), o receio de parcialidade e da recorrência a Tribunal de terceiro Estado – que provoca a discussão sobre

²⁶¹ Lei 14133/21. Art 104.

²⁶² LADEUR, Karl-Heinz. “*The State in International Law.*” CLPE Research Paper 27/2010. Vol. 06 No. 6. 2010. p. 5.

²⁶³ KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global.* In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Ratton Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 13-14.

a imunidade – ressalta a busca da internacionalização ou desnacionalização dos contratos pretendendo levar a solução de eventuais pendências, ou para Cortes internacionais, ou para tribunais arbitrais neutros representando alternativas para a justiça estatal” (Martins; Passos, 2009)

Dessa forma, verifica-se que a contratação internacional sofre significativa influência do cenário global, de forma que o Estado se vê muitas vezes obrigado a abrir mão de prerrogativas para atender a outro princípio basilar da Administração, que é a indisponibilidade do Interesse Público.

Além da necessidade de se adaptar ao contexto global para buscar atender seus interesses, uma contratação de interesse público deve se adequar à legislação interna para que esta funcione como catalisador da contratação internacional. Assim, a importação do procedimento licitatório Diálogo Competitivo se mostra como uma evidente tentativa do Estado Brasileiro de buscar consonância com práticas internacionais e, nesse caso, uma modalidade licitatória utilizada e regulada por um ente supranacional, a União Europeia.

2.2. A imposição do Diálogo Competitivo nas regras de licitação com financiamento estrangeiro do Banco Mundial (BIRD)

É preciso distinguir as licitações internacionais realizadas apenas com base nas leis brasileiras das licitações realizadas com base em regras dispostas por organismos internacionais, com normas e procedimentos impostos por estes organismos, inclusive no que se refere ao critério de seleção.

No Brasil, os tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República e ratificados pelo Congresso Nacional têm força de lei ordinária. Em 1944, em Bretton Woods, EUA, criou-se o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento), conhecido como Banco Mundial, com o objetivo de implementar políticas econômicas mundiais, com transferência de recursos de países desenvolvidos. O Brasil aderiu à convenção de Bretton Woods de forma que esta foi acrescentada no direito interno às normas sobre financiamentos

externos²⁶⁴. Portanto, Brasil introduziu, em seu direito interno, uma norma específica sobre contratações financeiras por meio do BIRD, afastando a aplicação da norma geral de licitação interna, o que foi expressamente pacificado na antiga lei de licitações e contratos em seu art 42 §5º²⁶⁵ e previsto no art 1º §3º da atual e vigente Lei 14133/21.

Sendo assim, a licitação com financiamento estrangeiro, que é um dos elementos da fundamentação legal da licitação internacional, tem como base normativa o acordo internacional e, na literalidade da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cinco requisitos devem ser observados para a aplicação da diretriz internacional, quais sejam: a imposição dos organismos internacionais para o empréstimo ou doação; a origem estrangeira dos recursos; não conflitar com os princípios constitucionais; indicação na contratação de empréstimo ou doação; parecer favorável do órgão jurídico contratante do financiamento.²⁶⁶

Ao aderir às regras estabelecidas pela organização internacional após observados os cinco requisitos, percebe-se que poderá haver distinção nos procedimentos, critérios de julgamento, requisitos de qualificação e de negociação de preço em relação às normas internas brasileiras²⁶⁷.

O item 6.38 do Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações e Financiamento de Projetos de Investimento – Aquisições em Operações de Projetos de Investimento – Bens, Obras, Serviços Técnicos e Serviços de Consultoria do BIRD, editado em julho de 2016, previu o Diálogo Competitivo como um dos formatos de seleção e assim definiu a modalidade no item 6.39:

“O Diálogo Competitivo é um processo de seleção interativo que se compõe de múltiplas etapas e permite uma interação dinâmica com os proponentes. A adoção do Diálogo Competitivo deverá ser justificada pelo Mutuário da Estratégia de Aquisições do Projeto para o Desenvolvimento. O Diálogo

²⁶⁴ BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 70

²⁶⁵ Lei 8666/93 – Art 42. *Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.(...) § 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas na respectiva licitação, mantidos os princípios basilares desta lei, as normas e procedimentos daquelas entidades e as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional.*

²⁶⁶ Lei 14133/21. §3º do art 1º.

²⁶⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações Internacionais*. Brasília. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratosv1/6o-ciclo-de-capacitacao/07.SlidesRafaelWallbach.pdf>. Acesso em: 03/05/2024.

Competitivo somente poderá ser usado para aquisições complexas ou inovadoras”

O referido regulamento elenca as hipóteses em que seria apropriada a utilização do Diálogo Competitivo, as quais se coadunam com o descrito no artigo 32 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Portanto, este deve ser utilizado em caso de haver várias soluções que satisfaçam as exigências do mutuário e em razão das suas complexidades, quando este não puder definir adequadamente as especificações técnicas ou as disposições jurídicas e financeiras adequadas à contratação.

O Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações de Financiamento de Projetos de Investimento do Banco Mundial foi aprovado em 1º de julho de 2016, é aplicado em mais de 189 países e revogou as *guidelines red e guidelines green*, de 2011, que normatizavam as aquisições de bens, as obras, os serviços técnicos e a contratação de consultorias.

Os regulamentos do BIRD são baseados em diretrizes e nas melhores práticas seguidas pelas maiores organizações internacionais que lidam com a padronização e gerenciamento de compras e suprimentos, estando no topo hierárquico normativo do Banco Mundial. O Banco Mundial conta com regras específicas para a aquisição de bens, serviços e obras e o Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações de Financiamento de Projetos de Investimento divulga as principais normas e procedimentos a serem observadas em cada caso²⁶⁸.

Infere-se que o Diálogo Competitivo foi importado pelo Direito Administrativo Brasileiro também para se adequar às regras das contratações internacionais com recursos estrangeiros provenientes do BIRD, às quais o Brasil aderiu e que são adotadas em 189 países. O Diálogo Competitivo vem para modernizar o sistema normativo de compras e contratações públicas. No entanto, o que se observa no que relatamos é uma busca por adequação a regulamentos e procedimentos considerados como boas práticas pelo BIRD e inseridos em seu regulamento de aquisições.

Percebe-se também que o Regulamento do BIRD é de 2016, ou seja, desde então o Brasil poderia utilizar a modalidade Diálogo Competitivo em contratações

²⁶⁸ FILHO. Antônio Carlos Acioly. *A Aplicação do Regulamento de Aquisições do BIRD frente à Constituição Federal e aos Princípios Licitação Brasileiros*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Católica de Brasília. 2020, p 43.

internacionais com fulcro no §5º do artigo 42 da antiga Lei 8666/93. Destarte, a positivação do Diálogo Competitivo na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é pertinente para a inserção do Brasil no contexto global, sobretudo no que se atine às contratações internacionais.

2.3. A importância dos mecanismos de *accountability* aplicáveis às contratações internacionais dos Estados para o caso do Diálogo Competitivo

A Doutrina Internacionalista busca de forma incansável uma solução para os contratos internacionais em que uma das partes é o Estado e a outra um ente particular. A situação mais recorrente é um contrato entre um Estado e o poder econômico de uma empresa, muitas vezes multinacional. A integração dos Estados em blocos enfraqueceu a ideia de que o Estado tem o monopólio na produção de regras jurídicas, havendo certamente uma nova ordem internacional a ser seguida²⁶⁹.

Dessa forma, há um problema, pois é preciso definir qual legislação aplicar durante a vigência do contrato ou mesmo qual órgão de controle teria competência para as auditorias. Embora seja uma questão importante, há jurisprudência pacífica pelo próprio Tribunal de Contas da União, que entende que o certame licitatório instaurado pela Administração Pública Brasileira poderá se basear em lei nacional ou em regras dispostas pela entidade estrangeira financiadora ou, ainda, nas duas diretrizes reguladoras²⁷⁰, razão pela qual advoga-se por uma faceta híbrida do certame licitatório internacional em um contexto de Direito Administrativo Global.

“...adoção de regras estabelecidas pela entidade estrangeira financiadora está respaldada na ideia de que não há como determinar a adoção da legislação nacional, quando a entidade, detentora dos recursos, impõe como condição para o empréstimo a adoção de suas próprias regras, normalmente estabelecidas em regulamentos detalhados e predefinidos. É, como se diz no jargão popular, pagar ou largar”. (BITENCOURT, 2023, p. 273)

Pelo caráter híbrido do certame internacional, em que há participação ativa do órgão privado no estabelecimento das cláusulas contratuais, ou em que uma pessoa

²⁶⁹ BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 271

²⁷⁰ *Ibidem*.

jurídica de Direito Internacional poderá editar atos regulatórios para uma relação com países membros, deparamo-nos com o principal foco do Direito Administrativo Global, o *Accountability*, ou seja, a forma como se daria a prestação de contas, a incidência do princípio da transparência, a decisão fundamentada da Administração e a legalidade em um contrato nesse formato.

A garantia dos princípios democráticos mencionados na primeira parte da presente Seção, que devem ser observados em um contrato internacional entre um Estado e um órgão particular internacional, é o que Kingsbury, Krish e Stewart denominaram *Accountability Democrático*. Nesse sentido, muitos problemas de *accountability* seriam resolvidos se a Administração Global funcionasse por redes de governo, em que autoridades nacionais tivessem de responder democraticamente perante seus respectivos públicos através de instituições nacionais²⁷¹.

O contrato celebrado entre um Estado e um ente particular estrangeiro tem sido muito pouco estudado pela doutrina jurídica, o que dificulta a proposta de linhas de ação. Os contratos celebrados entre o Estado e o ente particular estrangeiro, que não podem ser equiparados aos acordos entre mais de um Estado, seriam, em tese, alicerçados na soberania do Estado, fazendo valer a supremacia do interesse público do Estado contratante. Todavia, tal ideia é bastante rechaçada pelos internacionalistas, pois consideram que uma aparente submissão do Estado aos interesses privados se trata, na verdade, de submissão a uma ordem internacional inafastável²⁷².

Sobre isso, Kingsbury, Krish e Stewart apresentam duas abordagens como estratégia e teoria de desenho institucional, uma centrada na aplicação do direito administrativo nacional na administração global “de baixo para cima” e a outra, uma construção de mecanismos internacionais “de cima para baixo”. A abordagem “de baixo para cima” tenta assegurar o *accountability* mediante a extensão dos mecanismos de direito administrativo nacional, considerando que grande parte dos reguladores da administração global são reguladores nacionais e seria instrumento poderoso para vincular a administração global a procedimentos democráticos. Em contrapartida, a

²⁷¹ KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global*. In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Ratton Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 54.

²⁷² BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 276

abordagem “de cima para baixo” se assemelha ao Direito Internacional Clássico, promovendo o *accountability* em nível global²⁷³.

A observância dos preceitos constituintes do *accountability* para o procedimento licitatório realizado com base no Diálogo Competitivo se torna bastante relevante, dadas as características do procedimento, especialmente na discricionariedade concedida ao Administrador para a seleção da solução que melhor se adequa às necessidades da Administração. Neste aspecto, deve-se reconhecer que o principal ponto integrante do procedimento compartilhado pelo Direito Administrativo Europeu é o diálogo com o setor privado e, nesse caso, tal diálogo pode se dar para definir não só a solução em termos de objeto, mas também a solução jurídica para a contratação²⁷⁴. Neste aspecto, ambos os modelos apresentados por Kingsbury, Krish e Stewart seriam indispensáveis para a garantia dos preceitos axiológicos atinentes ao Estado Democrático de Direito.

Ainda sobre o Diálogo Competitivo e sua característica dialógica com o setor privado, o *accountability* do procedimento licitatório executado sob as regras desse instituto, bem como do contrato administrativo internacional proveniente deste, poderia ser submetido ao modelo de definição de padrões, empréstimos, inovações, monitoramentos e aprendizados mútuos. Nesse modelo, diferentes atores e instituições atuam um ao lado do outro para obter o máximo de informações e ideias e cooperar, bem como competir, na busca de melhores soluções. Dessa forma, inova-se em relação ao modelo já conhecido de *accountability* para a Administração baseado na relação de hierarquia entre os atores envolvidos²⁷⁵.

Percebe-se que este último modelo converge com o caráter dialógico do Diálogo Competitivo, no qual a Administração, antes em posição de supremacia, convoca o setor privado para o debate acerca da melhor solução para o interesse público. Somado a isso, percebe-se que o modelo tradicional, em que a Administração Nacional define os parâmetros de *accountability*, se torna bastante fragilizado ante à dificuldade do Estado

²⁷³ KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global*. In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattón Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016. p. 63.

²⁷⁴ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 455.

²⁷⁵ KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global*. In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattón Sanchez Badin. – São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 65.

em impor suas condições a um órgão internacional de significativo poderio econômico e com condições para exigir da Administração suas próprias cláusulas.

3. CONDICIONANTES DO BRASIL FRENTE AO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL EM VISTA À RECEPÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

Como já visto, a importação do instituto do Diálogo Competitivo se dá em um contexto de expansão das relações jurídicas transnacionais e que tem como consequência a relativização da supremacia do Estado nos acordos com entes privados internacionais, como é o caso de um Contrato Administrativo oriundo de um processo licitatório que resultou na contratação de uma empresa internacional.

O Diálogo Competitivo Europeu, importado pelo Direito Administrativo Brasileiro, tem como características o diálogo com o setor privado sem a noção de hierarquia do ente público face ao ente privado, típico da cultura jurídico-administrativa europeia e importada pelo Direito Brasileiro. Sendo assim, a iniciativa privada vai apresentar a solução até então desconhecida pelo ente público e que será eleita como o objeto a ser licitado. Esse modelo cooperativo é uma quebra de paradigma no que se entende por Supremacia da Administração Pública.

O Contrato Administrativo Internacional resultante da licitação internacional tem caráter híbrido por estabelecer um acordo entre as partes, afastando a imposição de prerrogativas da Administração dado ao poderio econômico do ente privado e o interesse público em concretizar a contratação. Assim, o ente privado se vê em condições de estabelecer cláusulas e condições, tendo participação decisiva no fio da tecelagem da Rede Global Transnacional de regulação híbrida e informal, que é o Contrato Administrativo Internacional.

Diante disso, vê-se que o Diálogo Competitivo favorece a participação da instituição privada na relação transnacional, sendo um exemplo ou mesmo um ponto de

partida para o enfrentamento de um dos principais problemas, que é a participação insuficiente do ente privado na regulação internacional.

O que se pretende dizer é que o Contrato Administrativo Internacional, sobretudo o contrato resultante de um processo licitatório realizado sob o procedimento do Diálogo Competitivo, indica que a produção de regulação internacional sem a participação do ente privado é inadequada, dadas as feições do contexto internacional de relações em redes híbridas, cada vez mais inadequadas aos parâmetros do Direito Estatal ou mesmo do Direito Internacional Clássico.

A participação de entes privados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, na regulação global, em particular na criação ou delimitação de procedimentos, tem sido largamente percebida como uma das potencialidades do Direito Administrativo Global e isso se concretiza como um sinal do crescimento do impacto internacional do regime de regulação global e de sua influência na conduta privada ou, ao menos, na perspectiva desta. Um sinal de que os elementos clássicos de Direito Administrativo são maturados à nível global²⁷⁶.

3.1. A fragilidade da incidência do Direito Administrativo Clássico à contratação internacional

A contratação internacional muitas vezes é uma necessidade do ente público e sobre este aspecto não se fala necessariamente em vantagem, mas na própria necessidade, seja por não haver um fornecedor nacional disponível ou mesmo pela adequabilidade do produto ou serviço internacional às reais necessidades da Administração Nacional. Direito Administrativo Clássico é o Direito Administrativo Intraestatal, o que Cretella Júnior definiu como ramo do direito público que tem como objeto a Administração, com métodos e critérios publicísticos, trabalhados a partir do momento categorial, institutos próprios, afetação, desafetação, autarquias em concessões²⁷⁷.

²⁷⁶ MENDES, Joana. “*Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems*” In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. New York: Springer, 2011. p. 5.

²⁷⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Fundamentos do Direito Administrativo*. p, 300.

Ramo do direito interno que exerce bastante tensão no direito internacional, o Direito Administrativo encontra diversas interferências no ramo internacional, sendo submetido a regulações da Administração por parte de organizações internacionais formais. Kingsbury, Krisch e Stewart classificaram assim os cinco tipos de administração global: administração Internacional, administração baseada na ação coletiva de redes transnacionais de arranjos cooperativos entre autoridades reguladoras nacionais; administração realizada por reguladores nacionais sob tratados, redes ou outros regimes cooperativos; administração por arranjos híbridos intergovernamentais-privados; administração por instituições privadas com funções reguladoras²⁷⁸.

Portanto, sendo a Contratação Internacional um instituto híbrido com características de direito público e de direito privado, poderia ser um exemplo de arranjo híbrido intergovernamental-privado, se inserindo na quarta modalidade de administração global proposta por Kingsbury, Krisch e Stewart. Dessa forma, não se tem o Contrato Administrativo Clássico no qual há uma relação de absoluta supremacia do interesse público sobre o privado, com a imposição de cláusulas exorbitantes. Ao contrário, há uma negociação em um plano maior de igualdade, o que poderia ser interpretado como uma limitação ao exercício do interesse público do Estado ou mesmo da própria soberania.

Todavia, há que se lembrar que um acordo multilateral para a regulação das compras e contratações a nível internacional estaria inserida no primeiro tipo de administração global, qual seja, a administração por organizações internacionais formais, por ser acordo promovido pela Organização Mundial do Comércio e que conta com adesão voluntária por parte dos Estados, analogamente a outros exemplos conhecidos, tais como o Conselho de Segurança da ONU.

Percebe-se uma aparente fragilização do Estado frente ao ente privado internacional, tornando-o aparentemente enfraquecido no contexto global. Todavia, há que se ter em vista que os reflexos das relações globais para o Estado podem ser negativos ou positivos, pela sua condição de agente central e de primeira grandeza no mundo globalizado. Em algumas searas, o Estado pode mesmo entender como necessário reforçar a sua atuação; em outras, pode-se perceber o Estado obrigado a reterritorializar

²⁷⁸ KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. "*The Emergence of Global Administrative Law*" In: LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 68:15 Summer/Autumn 2005. P. 17.

e desnacionalizar suas políticas públicas, constrangido por atores e instituições inter, trans e supranacionais²⁷⁹.

O envolvimento de atores estatais, sujeitos a restrições de direito público nacional e internacional, ao lado de atores privados que não sofrem as mesmas limitações e podem até ter deveres conflitantes, tais como segredos comerciais, ameaça produzir um conjunto de controles muito desigual e potencialmente disruptivo²⁸⁰, sobretudo levando em conta que os principais agentes que atuam hoje nos mercados internacionais são empresas multinacionais, investidores privados e empresas transnacionais. São agentes que determinam a “vontade do mercado”, e o fazem a partir de critérios objetivos oferecidos pelas realidades socioeconômicas dos países²⁸¹.

De fato, a noção de soberania nacional perdeu seu aspecto territorialista ao longo do século XX e após o sucesso de diversos processos de globalização, iniciou-se uma tácita relativização que caminha para uma possível descaracterização da mais elementar prerrogativa do Estado-nação²⁸². É neste contexto que o processo de contratação internacional envolvendo um ente de relevante poder econômico ocorre, impondo uma igualdade na relação contratante-contratado, até então estranha no âmbito do Direito Administrativo Interno.

A despeito do exposto e desse cenário de relações globalizadas, a Administração Pública tem o dever de manter fiel observância aos princípios aplicáveis às contratações. Nesse aspecto, a própria Lei de Licitações e Contratos, Lei 14133/21, assevera que, nas contratações internacionais, deverão ser observados os princípios básicos estabelecidos em lei²⁸³.

Portanto, nos vemos mais uma vez diante da importância do *accountability* na contratação internacional, que não pode se dar apenas por imposição da norma intraestatal, pois, como já vimos, o poder econômico das empresas internacionais obriga

²⁷⁹ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Políticas públicas e relações internacionais*. Brasília: Enap, 2018. p, 17.

²⁸⁰ KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. “*The Emergence of Global Administrative Law*” In: LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 68:15 Summer/Autumn 2005. P. 19.

²⁸¹ TEIXEIRA. Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. 1ª Ed. Martinsfontes, 2011, p. 16.

²⁸² TEIXEIRA. Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. 1ª Ed. Martinsfontes, 2011, p. 70.

²⁸³ Lei 14133/21 – Art 1º (...) §2º *As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta lei.*

muitas vezes o Estado a renunciar a prerrogativas que lhe caberiam no nível interno, tornando premente um balizamento internacional a ser aplicado no Âmbito das contratações públicas. O início do processo de adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC é um exemplo²⁸⁴.

Fica evidente que a contratação internacional está sempre vulnerável à ausência de assimilação adequada da comunidade jurídica internacional, além correr o risco de haver problemas no âmbito interno no que diz respeito à observância dos princípios de direito interno. Há disparidade das partes contratantes - de um lado a soberania do Estado e de outro o poder da empresa (geralmente multinacional) -, o receio de parcialidade e da recorrência a tribunal de terceiro²⁸⁵.

A integração de Estados em blocos afastou cada vez mais a ideia de que o Estado é o senhor do monopólio da produção das regras jurídicas, o que, de alguma forma, atenta contra o que se entende por soberania. Indubitavelmente, o que se tem é uma nova ordem internacional a ser seguida²⁸⁶. *Mutatis mutandis*, a Administração Pública Brasileira deve estar em condições de autorizar os certames públicos internacionais em consonância com os princípios de direito interno e em atendimento às condicionantes do cenário internacional. Para tanto, é necessária a modernização jurídica interna e em âmbito global, preservando o interesse estatal e proporcionando adequadas regras de transparência, de legalidade e de prestação de contas.

3.2. Necessidade de modernização jurídica para adequação das compras internacionais face ao emergente cenário de Direito Administrativo Global

Carlos Aurélio Pimenta de Faria, em seu ensaio sobre Políticas Públicas e Relações Internacionais, demonstra a variedade de aprendizagem na difusão de políticas públicas proposta por Richard Rose. Cumpre salientar que o contexto de difusão e

²⁸⁴ JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. *A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 3. p. 138.

²⁸⁵ BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 271

²⁸⁶ BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 271

compartilhamento de políticas públicas traz, como uma de suas consequências, o intercâmbio de institutos jurídicos, buscando criar condições para a efetivação das políticas importadas²⁸⁷.

Verifica-se, então, que o Diálogo Competitivo é importado aos moldes da “cópia”, pois se trata da adoção mais ou menos integral de um programa que já vem funcionando em outra jurisdição (cópia) ou a adoção, com adaptações em diferentes circunstâncias, de um programa já em funcionamento em outra jurisdição (emulação)²⁸⁸.

Destarte, a importação de dispositivo estrangeiro se consubstancia como solução para o direito interno de forma que este seja de auxílio para dar condições à efetivação de objetivos também inspirados na experiência estrangeira. O que se propõe no presente tópico é abordar a necessidade de modernização jurídica para a efetivação das compras internacionais, reconhecendo que o Diálogo Competitivo é a solução adequada, sem, contudo, suplantando os óbices anteriormente abordados, em nível internacional. Fica claro que há também a necessidade de modernização normativa interna e externa, sendo esta última uma proposta já em contexto de Direito Administrativo Global.

A questão chave é compreender que existem tendências regulatórias que vão muito além dos padrões estabelecidos do âmbito do sistema multilateral de comércio. Os padrões regulatórios previstos em acordos regionais ou bilaterais têm tido uma tendência de expansão influenciados por outros subsistemas²⁸⁹. Sendo assim, tem-se múltiplas áreas reguladas por acordos entre entes estatais e privados, sendo este um ponto essencial para a compreensão da necessidade de uma regulação da contratação internacional do ente privado pelo setor público.

Iniciando pela necessidade em nível internacional, há que se fazer menção ao Acordo sobre Contratações Governamentais da Organização Mundial do Comércio (OMC), que é um acordo plurilateral entre os seus Estados membros. Esse acordo confere igualdade de tratamento entre fornecedores estrangeiros e nacionais nas compras e

²⁸⁷ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Políticas públicas e relações internacionais*. Brasília: Enap, 2018, p 72.

²⁸⁸ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Políticas públicas e relações internacionais*. Brasília: Enap, 2018, p 37.

²⁸⁹ BADIN, Michelle Rattton Sanchez. *Compromisso assumidos por grandes e médias economias em acordos preferenciais de comércio: o contraponto entre União Europeia e Estados Unidos e China e Índia*. In Tendências Regulatórias nos Acordos Preferenciais de Comércio no Século XXI. Os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Org. OLIVEIRA, Ivan Thiago Machado. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. Brasília. IPEA, 2013. p. 42.

contratações realizadas pela Administração de um Estado²⁹⁰. O acordo seria uma complementação ao Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT), que é um regramento para acordos privados e que excluiria contratos públicos de seu escopo.

A despeito da intencional exclusão das compras e contratações governamentais do GATT, o que se tem é a intensificação das relações comerciais internacionais. De fato, a globalização fez com que as fronteiras entre os países ficassem mais porosas, aumentando significativamente as relações transnacionais e transgovernamentais. Dessa forma, as relações jurídicas internacionais vêm passando por um processo de aceleração e transnacionalização do Direito, que vem a desencadear, como vimos, o Direito Administrativo Global²⁹¹.

É justamente a busca pelo *accountability* na esfera administrativa global que faz com que surjam propostas como a do Acordo sobre Contratações Internacionais, com a adesão de Estados interessados em aprimorar a eficiência nos gastos públicos, de forma a abrir as perspectivas das contratações estatais para além das empresas nacionais, o que melhora a governança pública e assegura transparência.

Portanto, a construção de regras para as compras e contratações internacionais recebe contribuições da metodologia do Direito Administrativo Global. Diversos sistemas de normas transnacionais são estabelecidos, seja por tratados ou por redes intergovernamentais de cooperação mais informais, implementadas por órgãos transnacionais da Administração. O cenário globalizado expande a quantidade de acordos de cooperação, necessitando de um maior controle por essa intensificação das relações jurídicas.

“A expansão do perfil das relações internacionais e da integração jurídica deu origem a um crescimento de organizações não estatais, supranacionais e transnacionais com a capacidade de influenciar os poderes públicos internos, ressaltando a influência sobre as ações legislativas e administrativas. Dessa feita, “quando Estados e agentes privados se submetem à regulação de organizações transnacionais, com a superação de barreiras do direito

²⁹⁰ JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. *A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 3. p. 138.

²⁹¹ SILVA, Alice Rocha da; FIRME, Telma. “*A contribuição do Direito Administrativo Global para a construção de regras de responsabilidade social empresarial.*” Revista Estudos Institucionais, vol.3, 1, 2017. p. 681.

internacionais público, já se pode falar na construção de um Direito Administrativo Global” (Silva, Firme. 2017, p. 682)²⁹²

Verificamos que a adesão de um Estado ao acordo de compras governamentais teria como objetivos precípuos a busca pela eficiência do gasto público e pelo controle e transparência dessas contratações. Todavia, não se pode perder de vista que tal adesão é passível de críticas ou ressalvas, por se considerar que a inserção do Estado neste tipo de acordo poderia prejudicar empresas nacionais ou mesmo ser uma forma de submeter um Estado em desenvolvimento aos interesses de Estados em nível de desenvolvimento mais avançado.

O Brasil tem a intenção de aderir ao referido acordo e a primeira proposta foi apresentada em 2020. A esse respeito, reitera-se que se trata de acordo plurilateral com a abertura recíproca dos mercados de contratações públicas de todos os Estados signatários cuja regra geral é o tratar os nacionais e os possíveis contratados estrangeiros com isonomia e sem discriminação de qualquer espécie.

O acordo traz como características precípuas a sua divulgação pelos canais da Organização Mundial do Comércio e a obrigação de observância dos princípios do acordo, sendo sempre passível de reclamação ao Comitê de Resolução de Controvérsias. Desde 2017 o Brasil atua como observador do referido acordo,. O Brasil busca, sobretudo, o acesso ao mercado internacional de contratações públicas junto aos outros 48 signatários e que respondem por uma movimentação de aproximadamente 1,7 trilhões de dólares por ano, o aumento da competitividade é o sinal positivo acerca da sua intenção de ingresso na OCDE²⁹³.

O Brasil iniciou, em 2020, o processo de adesão ao referido acordo. Embora tal adesão ainda não esteja consolidada e tenha havido a mudança do governo de turno, inúmeras questões foram aventadas a respeito dessa possível adesão, com vantagens e desvantagens colocadas na mesa de negociação. No que se referem às críticas, sugere-se que o ingresso do Brasil pudesse prejudicar empresas brasileiras que não estariam ainda prontas para competir com organizações estrangeiras oriundas de Estados que já são

²⁹² SILVA, Alice Rocha da; FIRME, Telma. “*A contribuição do Direito Administrativo Global para a construção de regras de responsabilidade social empresarial.*” Revista Estudos Institucionais, vol.3, 1, 2017. p. 682.

²⁹³ SCHWIND. Rafael Wallbach. Licitações Internacionais. Brasília. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratosv1/6o-ciclo-de-capacitacao/07.SlidesRafaelWallbach.pdf>. Acesso em: 03/05/2024.

signatários há mais tempo. As vantagens advindas dessa possível adesão seriam suficientes para compensar eventuais perdas por parte de organizações privadas nacionais²⁹⁴?

Sobre este aspecto, deve-se lembrar que a Lei 14133/21 positivou o princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável e ainda criou uma série de prerrogativas de forma a fomentar o empreendedor nacional. Marçal Justen Filho explica que o Desenvolvimento Nacional Sustentável é a elevação da riqueza nacional mediante a adoção de práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente²⁹⁵.

Ainda sobre críticas à adesão, aborda-se uma possível incompatibilidade com a legislação nacional. Embora a Lei 14133/21 tenha mantido o tratamento isonômico entre empresas estrangeiras e nacionais, anteriormente previsto na revogada Lei 8666/93, há quem sustente que o acordo trará prejuízos para a economia doméstica sem ganhos relevantes nos procedimentos licitatórios. Argumenta-se que a falta de publicidade adequada e a exigência de documentação para habilitação nos editais afastariam fornecedores estrangeiros, o que afetaria a pretendida isonomia entre fornecedores nacionais e de outros Estados. A Lei 14133/21 não estabeleceu normas para mitigar as desvantagens materiais dos concorrentes estrangeiros ou as possíveis incertezas jurídicas atinentes à participação de uma empresa estrangeira em licitação promovida pelo Estado Brasileiro.

Apesar das argumentações desfavoráveis apresentadas, há que se considerar que a adesão do Brasil ao Acordo proporcionaria significativo ganho em termos de eficiência na despesa pública, especialmente se considerarmos que as regulações transnacionais em que o ente público se submete a regras estabelecidas com a participação do setor privado é algo inevitável e fenômeno típico do cenário internacional de redes regulatórias supranacionais que se convencionou chamar de Direito Administrativo Global.

A transparência na contratação, o combate aos crimes contra a Administração Pública e o incentivo a investimentos estrangeiros seriam outras vantagens da adesão do Estado a um acordo desse tipo, de modo que, assim, o Estado Brasileiro se comprometeria

²⁹⁴ JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. *A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 3. p. 140.

²⁹⁵ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 146

a estabelecer normas sobre licitações e contratos administrativos justas, transparentes e não discriminatórias, aumentando a sua credibilidade internacional²⁹⁶.

Dessa forma, a adesão do Brasil ao Acordo obrigá-lo-á a modernizar sua legislação interna. Mais do que pavimentar o caminho para o ingresso do país na OCDE, a adesão seria um catalisador na busca do *accountability* relativo a contratações internacionais pela transparência e pelo efetivo controle dos procedimentos licitatórios. O novo regramento trazido pela Lei 14133/21 cria condições de adequabilidade, das quais o Diálogo Competitivo se apresenta como exemplo elementar.

Sem dúvidas, já existe, na legislação brasileira, uma série de diplomas que buscam garantir a lisura dos gastos públicos, tais como a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12527/11), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92), a Lei Anticorrupção (Lei 12846/13) e a própria Lei de Licitações (Lei 14133/21). Por esta razão, a adesão do Brasil seria uma redundância no aspecto do *accountability* das contratações públicas.

A bem da verdade, não há ausência de regras e a adesão ao acordo não será, de forma aparentemente utópica, a solução para todos os problemas de irregularidades administrativas nas compras e contratações públicas. A sua vinculação a uma ordem supranacional aperfeiçoaria o monitoramento, exigindo um maior rigor na aplicação das regras por parte da Administração. O aumento da credibilidade do país pela adesão ao pacto se destaca como uma potencial vantagem. Por fim, o fato de existirem normas que impõem lisura não exclui o risco de retrocesso. A autovinculação em nível internacional é fator importante para garantir a estabilidade do *accountability* aos olhos dos atores internacionais²⁹⁷.

Diante do exposto, verifica-se que a adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC funcionaria como a subsunção das contratações internacionais brasileiras a regras internacionais, sendo o próprio Acordo um exemplo cristalino de regulação administrativa internacional na busca da transparência e controle das contratações públicas internacionais, uma indicação de modernização normativa em nível internacional. Apesar das dificuldades e óbices apontados para tal adesão, não

²⁹⁶ JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. *A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 3. p. 144.

²⁹⁷ JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. *A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 3. p. 146.

há como negar a tendência da rede de regulação transnacional a diversificar as relações comerciais internacionais, que avança além das tradicionais interações entre Estados ou blocos estatais.

Por sua vez, no nível intraestatal, a adesão do Brasil ao referido acordo poderia demandar adaptações pontuais à legislação nacional para fazer frente aos termos esperados pela Organização Mundial do Comércio. Todavia, o Brasil já conta com um considerado arcabouço normativo que visa a lisura dos gastos públicos e nesse sistema normativo destaca-se a Lei de Licitações que, dentre outros dispositivos, visou a modernização do procedimento de contratação ao importar um dispositivo utilizado na União Europeia. O Diálogo Competitivo se apresenta como inovação procedimental que demonstra a intenção de inserção do Brasil no cenário internacional “*pari passu*” com a pretensão de ingresso no Acordo sobre Contratações Públicas da OMC.

3.3. Amarras das compras e contratações públicas internacionais como consequência da ideologia de fragmentação e nacionalismo

Para analisar o intercâmbio de cultura jurídico-administrativa entre o Direito Europeu e o Direito Brasileiro, é necessário mencionar um dos seus principais óbices, que tem como consequência uma maior integração jurídico global: a ideologia de fragmentação e nacionalismo, crescente na política internacional nos últimos dez anos.

Luís Roberto Barroso aponta a crise de representatividade política das democracias contemporâneas, os problemas econômico-sociais e as divergências cultural-identitárias como causas da expansão de movimentos populistas na última década, que trazem como consequência a sensação de que a classe política se tornou um mundo estanque e o sentimento de que o poder econômico-financeiro é que realmente dá as cartas. É daí que viria a ascensão dos que fazem o discurso antiglobalização²⁹⁸.

Portanto, percebe-se um significativo aumento de movimentos de fragmentação e de discursos nacionalistas que desprezam conquistas do Direito e das instituições

²⁹⁸ Luís Roberto Barroso, *Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder*. Revista *Direito e Práxis*, ahead of print, 2022. p. 11.

internacionais pelo multilateralismo e com governança global, dando lugar a discursos e ações excludentes, além de práticas unilaterais de antiglobalização²⁹⁹.

Somado a esses fatores, existe ainda a cultura, no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro, de protecionismo da indústria e do produtor nacional, materializados no princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável positivado na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como, e de criação de regras, tais como as margens de preferência ou critérios de desempate em favor das microempresas e empresas de pequeno porte³⁰⁰.

É justamente deste ponto que surgem amarras que são consequência de uma política protecionista cada vez mais fortalecida pela ideologia de fragmentação e pelo nacionalismo. De acordo com o inciso XXXV do art. 6º da Lei 14133/21, Licitação Internacional é toda licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros com possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro. Portanto, a regra é a isonomia e a participação de estrangeiros na licitação de um modo geral, entretanto existem muitas dificuldades. Há, por exemplo, necessidade de autorização governamental, prevista nos artigos 1134 a 1143 do Código Civil, quando o funcionamento é no Brasil.

Há necessidade de autorização como requisito de habilitação para uma empresa estrangeira e há previsível dificuldade de apresentação de documentação formal e “equalização” das propostas pela empresa estrangeira, justamente pelo fato de esta não estar inserida na cultura jurídica nacional o que evidentemente afeta a isonomia e favorece o concorrente nacional³⁰¹. Em consequência, apenas 6,83% dos gastos em contratações públicas são com empresas estrangeiras³⁰².

²⁹⁹ MIRANDA, José Alberto Antunes de. “*Sociedade e governança global: perspectivas para as ações coletivas no direito e na política em um mundo fragmentado.*” Rev. secr. Trib. perm. revis., Asunción, v. 8, n. 15, p. 208-226, Mar. 2020.

³⁰⁰ *A regra geral é pela participação de estrangeiros, mesmo em licitações não qualificadas como “internacionais”, entretanto existem exceções legais como a Lei 12349 (incentivo ao desenvolvimento nacional), Lei 12598 (setor de defesa) e Lei 14133/21 (margens de preferência), art 3º §5º (nacionais) e Mercosul; art 26, III.*

³⁰¹ SCHWIND. Rafael Wallbach. Licitações Internacionais. Brasília. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratosv1/6o-ciclo-de-capacitacao/07.SlidesRafaelWallbach.pdf>. Acesso em: 03/05/2024.

³⁰² SCHWIND. Rafael Wallbach. Licitações Internacionais. Brasília. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratosv1/6o-ciclo-de-capacitacao/07.SlidesRafaelWallbach.pdf>. Acesso em: 03/05/2024. Slide 18.

A principal amarra legal é a possibilidade de admissão de um preço diferencial entre os produtos manufaturados nacionais e importados. Diversamente do “empate ficto” oferecido às microempresas, que lhes ofertam a possibilidade de apresentarem preços inferiores aos que tenha alcançado a primeira colocada na licitação, a chamada “margem de preferência”, a Administração está obrigada a ter predileção pela proposta com o produto nacional, com aceite do preço ofertado pelo autor e, por conseguinte, pagando um valor superior ao menor oferecido na licitação. A “margem de preferência” busca o desenvolvimento da indústria nacional, beneficiando objetos nacionais mesmo com custo mais elevado quando comparado aos produtos e/ou serviços estrangeiros³⁰³.

Outro exemplo é o que consta do Acórdão 3616/2022, proferido pelo Tribunal de Contas da União, que gerou instrução técnica do TCU remetida à Comissão do Exército Brasileiro em Washington (CEBW) com as seguintes recomendações no que se refere às compras e contratações internacionais.

“b.2) a contratação de bens e serviços disponíveis no Brasil por meio de suas repartições sediadas no exterior para atender interesse de órgãos e entidades sediadas no Brasil, exceto em casos excepcionais e devidamente motivados, onde tenham sido efetivamente demonstrada a necessidade e a vantajosidade da medida, constitui infração ao princípio da legalidade, por inexistir amparo legal para a prática, e infringe o art 37, XXI da Constituição Federal (dever de licitar) e os art 3º da Lei 8666/93 e 5º da Lei 14133/21 (princípio do desenvolvimento nacional sustentável);

“c.1) os excepcionais casos de contratação no exterior para suprir demandas de repartições sediadas no Brasil, ressalvados casos em que a aquisição no exterior ocorra no âmbito de programas internacionais de que o Brasil participe, **devem estar condicionadas à prévia realização de licitação internacional sob jurisdição brasileira, em consonância com o princípio do desenvolvimento nacional sustentável**, com o incentivo à Base Industrial de Defesa, com o princípio da indisponibilidade do interesse público, com a cláusula de proibição de renúncia de foro e com a jurisprudência do TCU, que determina que **a realização de licitações no exterior para atender a demandas de órgãos sediados no Brasil deve estar condicionada à efetiva demonstração da necessidade e vantajosidade da medida** (Acórdão 1850/2020 – Plenário, Acórdão 541/2021 – Plenário).

c.2) pareceres elaborados por órgãos da Administração não são capazes de demonstrar de forma inequívoca a ausência de fornecedores, nacionais ou estrangeiros, dispostos a fornecer no Brasil os bens e serviços de que carece a Administração Pública, devendo o gestor, caso detecte deficiência no mercado interno, realizar licitação internacional, em observância ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, ao princípio da indisponibilidade do interesse público, ao princípio da legalidade e ao dever de licitar previsto no art 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

c.3) **a previsão contida nas normas aprovadas pelo Ministério da Defesa de aquisição pela Administração Pública, sob jurisdição estrangeira, de**

³⁰³ BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 130.

objeto disponível no Brasil, quando detectadas diferenças entre os preços estimados no País e no exterior superiores a 30%, não preenche os requisitos da vantajosidade e da necessidade exigidos pelos Acórdãos 541/2021 e 1850/2020, todos do plenário do TCU, para justificar a realização de licitação por intermédio de repartição sediada no exterior, em detrimento de licitação internacional no Brasil, além de afrontar os princípios do desenvolvimento nacional sustentável, da isonomia e o dever de licitar previsto no art 37, inciso XXI, da Constituição Federal.” (Nota n.00382/2023/CONJUR-EB/CGU/AGU) (grifo nosso)

Da orientação emanada pelo Tribunal de Contas da União e dos acórdãos citados, infere-se uma série de restrições à realização de licitação pela Administração Pública em órgão administrativo sediado no exterior, com significativa delimitação dos critérios estabelecidos pela regulação infralegal para o deslocamento da competência para esses órgãos, como o exemplo da normativa do Ministério da Defesa, que estipulava uma diferença de 30% nos preços praticados no Brasil, em comparação com os preços praticados no exterior, para justificar a realização do certame em território estrangeiro. Esse valor foi rechaçado pelo Tribunal de Contas em observância aos princípios da Administração Pública Nacional, sobretudo ao Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável.

Assim, observa-se que as amarras às compras e contratações internacionais advêm da própria cultura jurídico-administrativa brasileira, o que demonstra a importância de se apreciar a efetividade de aplicação de institutos do Direito Administrativo Europeu ao Direito Administrativo Brasileiro, como é o caso do Diálogo Competitivo.

No próximo capítulo do presente trabalho será analisada a recepção do Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Brasileiro, utilizando as informações colhidas do Direito Administrativo Europeu perpassando pelo emergente cenário de Direito Administrativo Global e buscando concluir sob quais aspectos e em que medida o Diálogo Competitivo poderá ser bem sucedido no Direito Brasileiro, especialmente considerando a diversidade de aproveitamento nos diferentes Estados constituintes da União Europeia.

4. CONCLUSÃO PARCIAL

Com base no que foi relatado até agora, constata-se que grande parte dos princípios do Direito Administrativo Europeu apresenta compatibilidade com os princípios já positivados tanto na Constituição quanto na legislação infralegal de Direito Administrativo do ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios comunitários, típicos de um bloco supranacional são de grande relevância. Contudo, legalidade, igualdade, boa Administração, transparência e proporcionalidade são princípios do Direito Comunitário Europeu e também recebem especial atenção no âmbito da cultura jurídico administrativa brasileira.

Faz-se referência ao princípio da Confiança Legítima, sendo este aplicado ao Diálogo Competitivo, mas ainda incipiente no Direito Brasileiro, em que pese ser consagrado a nível jurisprudencial e constar do Projeto de Lei 04/2025, que trata do novo Código Civil. Dessa forma, evidencia-se que, do ponto de vista principiológico, seria possível o estabelecimento de instituto jurídico do Direito Comunitário Europeu.

As contratações internacionais estão inseridas no contexto de Direito Administrativo Global e formam um fio da tecelagem da Rede Transnacional, sendo necessário regulá-la a nível internacional para fins de controle e responsabilização. Dessa forma, a utilização do Diálogo Competitivo se torna adequada por ser modalidade adjudicatória oriunda de um dos principais atores econômicos e políticos da comunidade internacional, com influência na regulação global.

Observa-se que o Diálogo Competitivo era necessário ao Direito Brasileiro, visando a adequação às normas já vigentes do Banco Internacional e a adaptação da legislação pátria às regras e princípios internacionais, de modo a favorecer um futuro ingresso do Brasil na OCDE e integrá-lo ao Acordo Internacional de Compras Públicas da OMC. Reitera-se a pertinência da modalidade para as contratações internacionais, por colocar o Estado em relação linear com atores privados internacionais, economicamente poderosos, e por ser voltada às contratações dotadas de complexidade.

O Estado depende de acordos internacionais para atenuar a sua fragilização em relação aos demais Estados e entes privados. Portanto, a necessidade de modernização

jurídica externa e interna é essencial para que haja adequação ao cenário internacional. Contudo, amarras na cultura jurídico-administrativa podem dificultar tal processo, o que teria reflexos na eficiência e no aproveitamento do Diálogo Competitivo. Debruçaremos sobre este ponto na quarta e última seção do presente estudo.

SEÇÃO IV – AUSÊNCIA DE PERSPECTIVA DE EFETIVIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A última parte da presente pesquisa discute o Direito Brasileiro, especificamente sua Cultura Jurídico-Administrativa. Busca-se respostas para o problema de pesquisa apresentado, que está relacionado à adequabilidade do Diálogo Competitivo ao Direito Brasileiro, suas perspectivas de efetivação e sua aplicabilidade pela Administração Pública. Conforme proposto na metodologia adotada, tem-se quatro hipóteses de solução, a saber: (i) a de aplicabilidade total do instituto do Direito Europeu em todos os níveis da Administração Pública; (ii) a sua aplicação majoritária; (iii) a aplicação precária/irrisória; (iv) inaplicabilidade absoluta.

A Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira é analisada sob a ótica da aplicação de um instituto do Direito Comunitário Europeu. O Direito Administrativo Brasileiro, sub-ramo constitucional do Direito, onde repousam as normas de compras e contratações públicas, foi constituído sob a influência da Escola Romanística, sobretudo os Direitos Francês, Italiano e Alemão, desde a segunda metade do século XIX. A partir do início do século passado, passou a ter influência do modelo norte americano e, recentemente, vem sentindo forte influência do Direito Comunitário Europeu.

Os Paradigmas da Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira são formados pela influência dessas escolas e estão relacionados a um viés de Supremacia do Interesse Público em detrimento de Direitos Individuais. A Constituição é o cerne da juridicidade da relação entre Administração e cidadão comum e a discricionariedade é um espaço de livre escolha. Há também limites para a concretização de direitos fundamentais e tende-

se à centralização do poder administrativo, que tem uma base filosófica excessivamente positivista.

A alta incidência de infrações, sejam crimes ou infrações civis, contra a Administração, tem sido outra característica que obstrui a consolidação de um instituto com características marcantes do modelo de Administração Pública Dialógica ou Modelo de Terceira Geração de Direito Administrativo, que tem como características uma significativa margem de flexibilidade e discricionariedade dada ao gestor, colocando em dúvida a efetividade da modalidade adjudicatória no Brasil.

O contexto de desconfiança entre a Administração Pública e os órgãos privados no contexto brasileiro se coaduna com a dificuldade da execução do procedimento em si. Os sucessivos episódios de quebra de regras legais de certames, seja por parte do Poder Público ou do Ente Privado, geram um ambiente desgastado no relacionamento, colocando em risco o Diálogo Competitivo.

Para se avaliar as possibilidades de efetividade do Diálogo Competitivo no contexto do Direito Brasileiro, recorreu-se ao método de avaliação de Políticas Públicas proposto por Maria Paula Dallari Bucci, considerando que o Diálogo Competitivo é Política Pública que busca a eficiência no gasto público em contratações complexas e de grande valor, um notório problema de gestão de recursos públicos no Brasil.

Para tanto, utiliza-se a abordagem Direito e Políticas Públicas para compreender a estruturação jurídica e o contexto político institucional e em seguida, vale-se do Quadro de Problemas de Políticas Públicas para delimitar os aspectos mais relevantes para o estudo jurídico. Tal metodologia se justifica pelo fato de o sucesso da política pública estar relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. Segundo Bucci, este processo é a ligação entre o Direito Administrativo e as Políticas Públicas.

Por fim, serão expostas as imperfeições do modelo de Diálogo Competitivo acolhido no Direito Brasileiro em comparação com o modelo europeu, com enfoque para as suas potencialidades e óbices, considerando as especificidades da Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira e as conclusões extraídas da aplicação desta metodologia.

1. A INCOMPATIBILIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO DIANTE DO PARADIGMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Para se fazer qualquer abordagem sobre Paradigma Jurídico-Administrativo Brasileiro há que se ter em vista a evolução da consolidação do Direito Administrativo com ramo do Direito. Para Medauar, o ponto de partida da elaboração do Direito Administrativo no Brasil foi a criação da cátedra da matéria nas Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, em 1851³⁰⁴.

A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo passa por grande evolução, que estendeu a atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Assim, o Estado deixa sua posição de garantidor da ordem pública para atuar com maior ênfase no campo da saúde, educação, economia, assistência e previdência social.

O Direito Administrativo Brasileiro herdou do Direito Francês o conceito de serviço público, a teoria dos atos administrativos, a ideia de responsabilidade civil do Estado, o princípio da legalidade e a Teoria dos Contratos Administrativos com cláusulas exorbitantes, o equilíbrio econômico e financeiro e as teorias da imprevisão, estando estes últimos quatro aspectos diretamente relacionados aos regimes de compras e contratações públicas³⁰⁵.

Do Direito Italiano veio a noção de interesse público e os conceitos de autarquias e entidades paraestatais e do Direito Alemão foram retirados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a discricionariedade administrativa, todos estreitamente relacionados com a modalidade adjudicatória em estudo³⁰⁶.

A *Common Law*, em especial o Direito Norte-americano, influenciou sobremaneira o Direito Administrativo Brasileiro com a Teoria dos Precedentes e o princípio da unidade de jurisdição, aumentando a importância do controle judicial dos

³⁰⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª Ed. Forum. Belo Horizonte. 2018, p. 33.

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022, p. 24

³⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op Cit*, 2022, p. 24

atos administrativos e o seu devido processo legal. Todavia, o Direito Comunitário Europeu vem exercendo forte influência recentemente. A ideia de competição na prestação de serviços públicos, com reflexos nos sistemas de telecomunicações, de energia elétrica, dos portos e dos correios, além de alterações no regime de contratos administrativos, desaguou no Direito Brasileiro e é nessa esteira que se insere o Diálogo Competitivo³⁰⁷.

A Constituição Federal de 1988 forneceu as bases para a elaboração de vários institutos de Direito Administrativo no Brasil e consolidou o Direito Administrativo como limitador do exercício de poder pela Administração Pública. Colocou o Brasil em um contexto de Estado Constitucional Democrático de Direito e balizou a Administração por princípios que levam à concretização de Direitos Fundamentais individuais e coletivos.

Todavia, os chamados Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro ou Paradigmas da Cultura Jurídico-Administrativa que se pretende abordar para avaliar a perspectiva de efetivação do Diálogo Competitivo no Direito Brasileiro estão relacionados a toda essa cultura, que é um produto de evolução, desconsiderando transformações ainda não completamente efetivadas, ainda que seja esse o mote constitucional.

Assim, para Binenbojm, temos quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo que se estabeleceram na nossa cultura jurídico-administrativa e que são questionados por causa do momento filosófico neoconstitucional em que vivemos, mas que, contudo, se materializam como obstáculos à consolidação de instituto típico de um modelo administrativista recente³⁰⁸.

Inicialmente, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado se exprimia em uma relação desigual entre administração e administrado, dando vida a dispositivos tais como cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, o que é paradoxal, pois o modelo de Diálogo Competitivo busca uma relação de maior lateralidade e de cooperação do ente privado na busca do interesse público³⁰⁹.

³⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op Cit*, 2022, p. 25

³⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2014, p. 23.

³⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Op Cit*. 2014, p. 24.

A legalidade administrativa, vista de forma estrita, é um obstáculo à atuação flexível do agente público, no que se refere aos procedimentos e ritos previstos na execução do Diálogo Competitivo. Essa negação a qualquer vontade autônoma dos agentes da administração aponta para uma atuação engessada, em desacordo com os valores axiomáticos da modalidade adjudicatória importada do Direito Europeu³¹⁰.

O mérito administrativo é intangível no que se refere ao cidadão comum, passando uma ideia de ausência de controle dos atos administrativos. Em que pese haver a possibilidade de controle jurisdicional, essa sensação de intangibilidade dos atos é incompatível com um modelo de adjudicação onde, embora haja discricionariedade por parte do gestor, deve se ter também transparência e isonomia³¹¹.

A ideia de Administração Pública unitária, fundada na ideia de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos governamentais leva a uma perspectiva excessivamente positivista e de atuação dos órgãos de controle, que poderá implicar em limitação e resistência à execução de contratação pública por meio de uma modalidade com significativo grau de flexibilidade e discricionariedade³¹².

Portanto, especial atenção será dada aos paradigmas da Flexibilidade (legalidade administrativa estrita) e Discricionariedade, por serem estes os valores axiomáticos fundamentais para o funcionamento da modalidade adjudicatória europeia, de forma que se possa apontar soluções na constitucionalização do Direito Administrativo que permitam o sucesso da modalidade³¹³.

A excessiva desconfiança mútua entre Administração Pública e Órgãos privados no Brasil, consequência de um cenário de instabilidade jurídica, com sucessivos casos de fraudes, corrupção entre outros crimes contra a Administração Pública, é também traço marcante da Cultura Jurídico-Administrativa a ser abordado em tópico específico para a análise da permanência do Diálogo Competitivo no contexto jurídico brasileiro³¹⁴.

³¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Op Cit. 2014, p. 24.

³¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Op Cit. 2014, p. 24.

³¹² BINENBOJM, Gustavo. Op Cit. 2014, p. 25

³¹³ CARDOZO, José Eduardo Martins. LACERDA, Caroline Maria Vieira. *Diálogo Competitivo: as experiências estrangeiras e a aplicação do diálogo competitivo no Brasil*. In Aspectos Práticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Org. MATOS, Marilene Carneiro. ALVES, Felipe Dalenogare. AMORIM, Rafael Amorim de. Edições Câmara, 2024, p. 96

³¹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. 1ª Ed. Reuters Brasil, 2018. E-book, p. 4752.

A atuação dos órgãos de controle sob um viés positivista é aspecto a ser considerado nessa cultura, de forma que atuação do controle dentro dos valores axiomáticos do Diálogo Competitivo, merece um tópico próprio, que veremos agora.

1.1. Os paradigmas da flexibilidade e da discricionariedade em um sistema de contencioso incipiente

O sistema do contencioso administrativo no Brasil foi assim intitulado no presente tópico por ser, na verdade, um sistema híbrido. O que se pretende dizer é que no Brasil não há um sistema de contencioso administrativo nem exatamente um sistema de jurisdição única.

Quando o controle jurisdicional da Administração é feito, em quase sua totalidade, por um sistema jurisdicional próprio, sem possibilidade de interferência do judiciário, temos um sistema de contencioso administrativo. De origem francesa, é um sistema também adotado em muitos países da Europa tais como Portugal, Itália Suíça e alguns sul-americanos, tais como Uruguai Colômbia e Equador³¹⁵.

Normalmente, é formado por um conjunto de tribunais administrativos, agrupados pela autoridade de um órgão jurisdicional máximo, como é o caso do Conselho de Estado na França, responsável pelo julgamento dos litígios administrativos sem qualquer intromissão do Poder Judiciário³¹⁶.

No sistema de jurisdição única, todos os litígios são resolvidos em sede de Justiça Comum. De origem inglesa, esse sistema pode ser identificado também nos Estados Unidos, Bélgica e Romênia e está relacionado à tradição inglesa, do *rule of law*, e norte-americana, do *judicial review*. Nesse sistema, todo o contencioso administrativo é submetido ao controle judicial³¹⁷.

No Brasil, adota-se o sistema de jurisdição única, pela previsão constitucional do inciso XXXV do Art. 5º, que determina que a lei não excluirá lesão ou ameaça a direito

³¹⁵ PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas. Servanda, 2010, p. 86.

³¹⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Fundamentos do Direito Administrativo*. p. 307

³¹⁷ PEGORARO, Luiz Nunes. *Op Cit*, 2010, p. 90.

da apreciação do Poder Judiciário. Contudo, no Brasil existem tribunais administrativos que não julgam, mas fiscalizam, tais como os Tribunais de Contas da União e dos Estados, o Conselho Federal de Impostos e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)³¹⁸.

Dessa forma, as decisões tomadas pelas autoridades competentes em âmbito administrativo são, na prática, atos administrativos sujeitos ao controle judicial, o que não exclui dessas instâncias a competência discricionária para julgar e decidir controvérsias e pleitos a nível da Administração. Por essa razão, sustenta-se que é um sistema de contencioso incipiente.

Assim, uma modalidade adjudicatória que concede considerável margem de flexibilidade e discricionariedade ao gestor público tende a ser mais bem recepcionada em um modelo que possua um sistema de contencioso administrativo estabelecido, conferindo segurança jurídica e previsibilidade para a colocação em prática de um rito com tamanha possibilidade de variação.

Portanto, o sistema brasileiro de jurisdição única, com tribunais controladores e com um sistema de contencioso incipiente nas atividades internas da própria administração, gera um cenário propício para que o gestor tenha receio de colocar em prática modalidade adjudicatória de considerável complexidade e que poderá ter que se submeter a questionamentos em diferentes esferas judiciais, inclusive do próprio sistema de contencioso interno do próprio Poder Público.

A Flexibilidade do Diálogo Competitivo está relacionada à faculdade do Administrador em adaptar os procedimentos conforme o objetivo do certame licitatório e de acomodar a fase do diálogo às características e sucessos intermediários, obtidos durante o procedimento. A discricionariedade, conforme já visto, é a possibilidade de o Administrador optar entre uma ou outra possibilidade, dentro dos limites da lei³¹⁹.

Di Pietro sustenta que a Discricionariedade Administrativa é a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções válidas perante o direito. A

³¹⁸ PEGORARO, Luiz Nunes. *Op Cit*, 2010, p. 94.

³¹⁹ NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no Estado de Direito. Editora Itala. Curitiba. 2019, p. 354.

autora critica o fato de a análise de mérito do ato administrativo ficar reduzida com a ampliação do conceito de legalidade no Estado de Direito e a ampliação do controle judicial³²⁰.

O mérito administrativo sofre prejuízo pela análise ou pelo controle por parte do judiciário, por se relacionar ao binômio conveniência e oportunidade, ainda que o mérito possa abranger inúmeros outros aspectos, tais como razoabilidade e equidade. Por anos, prevaleceu no Direito Brasileiro a ideia de que o mérito não estaria sujeito ao controle judicial.

Ainda que o Constitucionalismo tenha se consolidado no Direito Brasileiro e o Princípio da Legalidade seja baliza elementar para a atuação administrativa, ainda se percebe um viés do judiciário em afastar a apreciação do mérito em juízo. Isso ocorreu, por exemplo, na súmula 665/23 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que afastou a interferência judicial no mérito de processos administrativos disciplinares, exceto em caso de teratologia, desproporcionalidade ou formalidade processual³²¹.

Binenbojm, por sua vez, considera a discricionariedade um paradigma que deve ser superado na cultura jurídico-administrativa brasileira como espaço de livre decisão do administrador. Para o autor, a transformação do Direito Administrativo, com o advento do Constitucionalismo, trouxe a concepção de que a discricionariedade não é um campo para escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição. Essa é a noção de juridicidade administrativa³²².

Da mesma forma, Ingo Sarlet ensina que a discricionariedade não é absoluta devendo os órgãos sempre se vincularem às normas de direitos fundamentais³²³. Assim, podemos delimitar duas vertentes no Direito Brasileiro: uma que coaduna com a ideia de que a margem discricionária conveniente e oportuna é necessária para atuação da Administração e outra voltada para a direção de que essa margem de escolha é mínima e

³²⁰ DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Da Constitucionalização do Direito Administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. In: Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun. 2012, p. 8.

³²¹ **Súmula 665** – O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.

³²² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2014, p. 39.

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 13ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2018.

é sempre balizada pelas normas constitucionais e pelos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais.

Ainda que se reconheça que a margem de escolha exista, e é fundamental para a efetiva atuação do Poder Público, isso não necessariamente afasta a indispensável observância dos limites legais com vistas às garantias individuais.

Certo é que o modelo brasileiro, conforme demonstrado, ainda contempla o viés de mérito do ato administrativo, sem afastar a Legalidade Estrita, o que coloca a autoridade administrativa decisora diante da dicotomia entre a Indisponibilidade do Interesse Público e a observância das garantias individuais.

Sobre as duas vertentes abordadas, acreditamos que a existência de margem discricionária para a atuação do agente, embora possa parecer contraditório a priori, converge para os ideais do Neoconstitucionalismo. Em outras palavras, o Estado Constitucional Democrático de Direito pressupõe a solução mais justa para o caso concreto, não levando em conta apenas a literalidade normativa, mas também princípios e valores axiomáticos³²⁴.

Assim, a autoridade administrativa necessita de margem discricionária para a apreciação do caso concreto, com alguma similaridade a discricionariedade judicial, sobretudo se considerarmos a inexistência de uma Justiça Contenciosa Administrativa no Direito Brasileiro, ainda que se submeta tal decisão, posteriormente, ao controle judicial.

Entretanto, vemos que a Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira é composta por corrente significativa que converge na ideia de redução da margem de atuação do agente da administração pública, sob o argumento de que isso seria um risco a direitos fundamentais, mas, sem dúvidas, também por um contexto de frequentes crimes e fraudes em contratos públicos. Depreende-se assim que o Diálogo Competitivo pousa em uma cultura jurídica ainda em amadurecimento, ou seja, ainda não plenamente apta para recepcionar um instituto com tais características.

Passaremos agora à apreciação das questões atinentes às irregularidades administrativas e aos crimes contra a Administração Pública no Brasil e como tais fatos podem se consubstanciar em obstáculos à aplicação do Diálogo Competitivo.

³²⁴ DEZAN. Sandro Lúcio. *O Conteúdo Valorativo da Norma Jurídica: A Fenomenologia do Direito e os Valores Axiomáticos para uma Juridicidade Concretista da Administração Pública*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2017, p. 16.

1.2. Questões de irregularidades administrativas e crimes contra a Administração que se perfazem óbice ao Diálogo Competitivo.

Na comparação entre os princípios do Direito Administrativo Europeu e os do Direito Administrativo Brasileiro, apresentada na Seção III, chamamos a atenção para o fato de que o Princípio da Confiança Legítima, de origem alemã, é consolidado na Doutrina Europeia. Contudo, no Direito Brasileiro, o referido princípio ainda não se encontra positivado, embora seja frequentemente invocado pela jurisprudência e esteja previsto no Projeto de Lei nº 4 de 2025, que propõe a atualização do Código Civil Brasileiro³²⁵.

O referido princípio, conforme já explorado, tem significativa importância na relação público-privada, por ser a garantia de uma expectativa legítima, sendo um desdobramento da Segurança Jurídica e, portanto, princípio a ser considerado quando se fala de uma modalidade de adjudicação de contratos públicos onde será estabelecido um diálogo entre o Poder Público e os órgãos privados em busca da solução mais adequada³²⁶.

Aqui, em termos de Cultura-Jurídico Administrativa Brasileira, vislumbramos uma dificuldade para o estabelecimento da modalidade na esfera administrativa brasileira. Não por ser o Princípio da Confiança Legítima um valor ignorado pelo Direito Brasileiro, pois, como vimos, existe uma tendência ao seu pleno acolhimento. Todavia, existe no Brasil uma relação de desconfiança na relação Público-Privada, consequência de sucessivos casos de irregularidades administrativas no âmbito das contratações públicas, o que já deu causa a diversas operações policiais, processos judiciais e políticos e escândalos de conhecimento público.

Portanto, esse ambiente de tensão na relação público-privada é sintoma negativo para o sucesso de um rito adjudicatório, voltado para contratações complexas, entre elas as Parcerias Público-Privadas, onde a cooperação entre o Poder Público e os entes privados, participantes da disputa administrativa, é essencial para o sucesso do que se busca.

Conforme explorado no tópico anterior, esse cenário de Contencioso Administrativo, que denominamos de Híbrido ou Contencioso Incipiente é considerado

³²⁵ Projeto de Lei nº 04/2025 – “Art. 475-A. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor pode ser oposto ao credor, evitando a resolução, observando-se especialmente: (...) III - a tutela da confiança legítima gerada pelos comportamentos das partes”.

³²⁶ ARAÚJO. Valter Shuenquener. **O Princípio da Proteção da Confiança – Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado**. 2ª ed. Niterói-RJ. Impetus, 2021, p. 89

como um modelo de Jurisdição Una pela Doutrina e proporciona um ambiente de múltiplas formas de irregularidades administrativas, sejam infrações cíveis, administrativas ou mesmo criminais³²⁷.

O Agente Público poderá, dependendo da tipicidade de sua conduta, cometer atitude que o enquadre na Lei 12813/2013 – Lei de Conflito de Interesses, na Lei 8429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa e na Lei 12846/2013 – Lei Anticorrupção e poderá responder a processo na esfera cível. Já o Agente de Contratação, ou profissional envolvido em alguma das fases de contratação previstas na Lei 14133/2021 – Lei de Licitações e Contratações, poderá incorrer em infração administrativa, respondendo ao respectivo Processo Administrativo Disciplinar.

Além de tudo isso, ainda existem os tipos penais entre os artigos 312 e 359-H do Código Penal Brasileiro, além de normas especiais. Sobre este aspecto, existe no Brasil uma discussão doutrinária quanto ao bem tutelado, no capítulo dos Crimes Contra a Administração. Sustentam os administrativistas que o bem tutelado são as instituições e o bem/interesse público. Por sua vez, os penalistas, tendem a uma interpretação no sentido das garantias individuais do cidadão junto ao ente privado, sendo a previsão penal uma limitação à prerrogativa estatal em casos das irregularidades tipificadas³²⁸.

Esse emaranhado de possibilidades, considerando a independência das instâncias, já pacificada no Direito Brasileiro, sem adentrar nas ponderações a respeito do “*bis in idem*”, demonstram uma cultura jurídica pouco propícia a institutos consagrados em sistemas jurídicos de países com maior estabilidade institucional e segurança jurídica, como é o caso francês, inglês e mesmo o norte-americano, onde a modalidade adjudicatória também é aplicada pela Administração Pública.

Nessa perspectiva, o ambiente de tensão e desconfiança entre o Público e o Privado em âmbito de Direito Brasileiro fica agravado pela variedade de possibilidades, fazendo prosperar retóricas profundamente debatidas tais como o chamado “Direito Administrativo do Medo” ou “Apagão das Canetas”³²⁹.

Esse movimento foi combatido com a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4657/1942) e a sua regulação pelo Decreto 9830/19³³⁰, que

³²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022, p. 997.

³²⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. 1ª Ed. Reuters Brasil, 2018, e-book, p. 1511.

³²⁹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. 3ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2023, p. 163.

³³⁰ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Op Cit.* 2023, p. 290.

proporcionaram margem de atuação para o agente público e, posteriormente, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, que passou a admitir apenas a modalidade dolosa como infração³³¹.

Entretanto, ainda se vislumbra um ambiente de receio e desconfiança, tanto da atuação do próprio agente, quanto do ente privado junto ao Órgão Público, em virtude da Supremacia do Interesse Público, ainda muito forte na Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira e que coloca as Cláusulas Exorbitantes como um mote de imposição do Estado sobre o Privado.

Portanto, percebe-se uma notória dificuldade em se desenvolver uma modalidade de Diálogo Competitivo em um ambiente com características de Supremacia Estatal, ainda resistente à maior linearidade cooperativa que propõe o Diálogo Competitivo. Ademais, a escolha por uma modalidade com tamanha discricionariedade e flexibilidade deixa o Gestor receoso de sua própria atuação e o ente privado desconfiado quanto à lisura e isonomia na atuação desse agente no rito dessa modalidade adjudicatória.

De fato, sob o ponto de vista do segredo industrial e da propriedade intelectual, as disposições e o desenho do Diálogo Competitivo são problemáticos. Em que pese o princípio da publicidade ser majorado na fase de negociação, ocorre que, durante a fase do diálogo, a difusão de segredos industriais e propriedade intelectual pode encontrar resistência por parte dos órgãos privados, levando a modalidade Diálogo Competitivo a fracassar em sua essência³³².

Esse ambiente desgastado entre público e privado na Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira é consequência de uma sucessão de casos de crimes contra a administração que geraram inúmeros processos judiciais, cíveis e administrativos, muitos de conhecimento público, como é o caso da Operação Lava-Jato, agravando esse clima de desconfiança e se consubstanciando em evidente óbice à concretização da modalidade Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Brasileiro.

³³¹ Lei 14230/2021 que alterou a Lei 8429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa - “*Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. Parágrafo único. (Revogado). § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as **condutas dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”.*

³³² CARDOZO, José Eduardo Martins. LACERDA, Caroline Maria Vieira. ***Diálogo Competitivo: as experiências estrangeiras e a aplicação do diálogo competitivo no Brasil***. In Aspectos Práticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Org. MATOS, Marilene Carneiro. ALVES, Felipe Dalenogare. AMORIM, Rafael Amorim de. Edições Câmara, 2024

Somado a esse ponto, a cultura ainda excessivamente positivista na atuação da Administração Pública, e sobretudo dos órgãos de controle, acabam sendo mais um ponto a se considerar e um obstáculo a ser superado para que a previsão do Diálogo Competitivo na Nova Lei de Licitações Brasileira venha a atingir o objetivo que se espera, que é a modernização do procedimento de compras e contratações públicos em observância à eficiência administrativa.

1.3. A atuação do controle ainda sob um prisma positivista

Importa reiterar que os Tribunais de Contas exercem controle, portanto, atividades administrativas e, nesse sentido, atuam precipuamente sob um viés positivista, pois o positivismo jurídico é a base da atuação da Administração Pública. Nesse enfoque, visando delimitar faceta importante da Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira, importa-nos uma rápida comparação entre argumentos doutrinários que defendem uma atuação maior da Administração com base no Princípio da Juridicidade³³³, ou seja, de características neoconstitucionais e os que ainda defendem que essa atuação se dê com o que chamam de “maior segurança jurídica” ou adstrita ao Direito Posto.

Tal análise é pertinente, levando-se em conta que o Diálogo Competitivo é uma ferramenta de atuação da Administração Pública resultado da evolução do Direito Administrativo no Estado Democrático Constitucional de Direito, por ser rito flexível e bastante discricionário. Dessa forma, o Poder Público passa a ter a seu dispor uma ferramenta de adjudicação de contratos que proporciona maior linearidade e melhor diálogo com o ente privado em um contexto cooperativo.

A utilização do Princípio da Juridicidade na produção de decisões administrativas e a concretização de políticas públicas são métodos onde os procedimentos administrativos são orientados pelos pressupostos de adstrição às subcamadas do Direito Posto. Sendo assim, apesar de o Agente Público ter o dever de adstrição à Lei, esse deve ter em vista sempre o “ato administrativo ótimo ou a melhor decisão”, ou decisão mais

³³³ DEZAN, Sandro Lúcio. HERKENHOFF, Henrique Geaquito. GUIMARÃES, Jader Ferreira. *A Administração Pública Concretista de Direitos Fundamentais – um olhar para além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2019, p. 31. “...a utilização de princípios e de valores judicizados por meio da adequada razão jurídica, para fundamentação de atos administrativos decisórios possibilitar-se-á uma maior densificação do “plexo de normatividade” do resultado final do atuar estatal-executivo, que se conceitua como juridicidade administrativa”

justa, pois esta refletiria, em tese, os princípios e valores constitucionais, o que justifica uma atuação por *juridicidade contra legem*³³⁴.

Os padrões rígidos da segurança jurídica clássica substituem a concepção de “verdadeiro” pela concepção de “correto” e o que é correto fica reduzido ao texto normativo, fomentando assim toda ordem de discricionariedade e arbitrariedades decisionistas do positivismo. Assim, a aplicação da lei sob a égide de um positivismo engessado pela literalidade leva à discricionariedade arbitrária³³⁵.

Parte da argumentação doutrinária vai em prol de uma atuação da Administração Pública em um contexto filosófico neoconstitucional. Contudo, em se tratando de Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira, há que se reconhecer considerável distância dessa compreensão, o que é aparentemente negativo para uma ferramenta como o Diálogo Competitivo.

O risco de responsabilização do agente público no Brasil, definido na obra de Rodrigo Valgas dos Santos como “toda incerteza que pode implicar a responsabilização administrativa, civil, penal ou política dos agentes públicos pelo exercício de suas funções, especialmente decorrentes de atividades decisórias”³³⁶, é real. Esmiuçado pelo mencionado autor no livro “Direito Administrativo do Medo”, é, talvez, o maior ou o principal óbice à consolidação do Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Brasileiro.

O Agente Público no Brasil pode ser responsabilizado pessoalmente por suas decisões por influenciar decisivamente a partir de seu espectro pessoal, de forma que este não consiga dissociar sua atuação de eventuais consequências jurídicas. Para tanto, o Agente se vê, muitas vezes, obrigado a escolher entre seu próprio bem ou o da coletividade, o que leva, fatalmente, à fuga dos riscos em detrimento do interesse público³³⁷.

No Brasil, existe uma cultura na qual os órgãos de controle acreditam que o espaço da política e da administração pública são exercidos com falta de ética e com desonestidade. Inúmeras vezes, os Tribunais de Contas, o Judiciário e o Ministério

³³⁴ DEZAN, Sandro Lúcio. HERKENHOFF, Henrique Geaquito. GUIMARÃES, Jader Ferreira. *A Administração Pública Concretista de Direitos Fundamentais – um olhar para além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2019, p. 35

³³⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. HERKENHOFF, Henrique Geaquito. GUIMARÃES, Jader Ferreira. *A Administração Pública Concretista de Direitos Fundamentais – um olhar para além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2019, p. 78

³³⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo – risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 3ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2024, p. 358.

³³⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Op Cit*, 2024, p. 360.

Público sucumbem à tentação de “administrarem” as escolhas que lhes parecem mais adequadas, responsabilizando os agentes públicos pelas decisões adotadas. Certamente, tal postura faria qualquer Agente de Contratação ponderar sobre a opção pela utilização do rito do Diálogo Competitivo³³⁸.

Em uma atuação do controle pela suposta neutralidade metodológica do positivismo, advoga-se que o texto normativo deveria limitar o intérprete e isso estabeleceria limites na interpretação da norma. Todavia, sabe-se que é inevitável que o subjetivismo do intérprete integre esse processo de interpretação.

Por essa razão, cresce a preocupação de que uma ampla discricionariedade de interpretação na aplicação da Lei pelos órgãos de controle possibilitaria ao intérprete fazer o que bem entender e, assim, o casuísmo tomaria grande espaço nas decisões dos órgãos de controle³³⁹. Esse entendimento é um dos principais argumentos para a defesa de uma atuação positivista dos órgãos de controle em detrimento de uma base filosófica neoconstitucional.

Acredita-se que a expressão neoconstitucionalismo tem sido interpretada de forma equivocada no Brasil. O neoconstitucionalismo pretende superar o positivismo jurídico porque este último não pode resolver certos casos pelo princípio da subsunção, aplicando a ponderação. Há centralidade de princípios, aproximação entre Direito e Moral e foco no “fato” ao invés de “norma”³⁴⁰.

Ainda no Brasil, viu-se a Teoria da Ponderação de Princípios, que era voltada a racionalizar a atuação dos juízes, como um salvo conduto à liberdade ampla e à permissividade, levando os órgãos de controle a elegerem, de modo equivocado, um princípio de sua predileção subjetiva³⁴¹.

Vemos, portanto, uma percepção ainda contundente na Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira de que os órgãos de controle precisam atuar sob um viés positivista. Conforme já vimos na segunda seção da presente pesquisa, o Diálogo Competitivo demanda que os órgãos de controle tenham uma atuação que lhes permita a observância dos valores axiomáticos do procedimento, quais sejam, a flexibilidade e a atuação do agente. Assim, a atuação dos órgãos de controle deve priorizar a autonomia do gestor para que o procedimento se estabeleça em nosso Direito.

³³⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Op Cit*, 2024, p. 134

³³⁹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Op Cit*, 2024, p. 151

³⁴⁰ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Op Cit*, 2024, p. 153

³⁴¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Op Cit*, 2024, p. 155

Ademais, o Diálogo Competitivo é uma das expressões da evolução da Administração Pública, sendo ferramenta típica do Estado Constitucional Democrático de Direito, proporcionando uma atuação linear da Administração frente ao ente privado e proporcionando a dialógica cooperativa na busca da melhor solução. Uma cultura jurídica que ainda sofre com problemas de desconfiança entre os órgãos públicos e a iniciativa privada, que padece com inúmeros casos de irregularidades administrativas e com uma conseqüente defesa de atuação do controle sob um viés positivista e menos casuísta, afasta, no nosso entendimento, as chances de consolidação do Diálogo Competitivo.

Concluimos, parcialmente, que nessa primeira parte de análise do Direito Brasileiro, considerando suas características de Direito Administrativo com Jurisdição Una e Híbrida, com Contencioso Incipiente, há ainda entendimento majoritário de Supremacia do Poder Público. Há também inúmeros problemas de irregularidades administrativas e crimes contra a Administração, somados ao fato de existirem consistentes argumentos que afastem o modelo neoconstitucional da atuação dos órgãos de controle. Verifica-se que o Diálogo Competitivo é, ao menos por ora, incompatível com os paradigmas jurídicos ainda presentes na Cultura Jurídico Administrativa Brasileira.

2. A PROBLEMÁTICA DA MODALIDADE DIÁLOGO COMPETITIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE BUSCA DA EFICIÊNCIA DO GASTO PÚBLICO

Observa-se extenso debate sobre conteúdo conceitual do que seriam Políticas Públicas. *Prima facie*, definir o Diálogo Competitivo como Política Pública pode parecer teratológico, por se tratar de mera modalidade ou procedimento adjudicatório de contratos por parte do Poder Público. Há que se perceber, porém, que o Brasil é um país em desenvolvimento, com Recursos Públicos limitados e, em contrapartida, por causa de suas desigualdades sociais e dos inúmeros problemas inerentes a um Estado em busca de

estabilidade econômica e de prosperidade para seu povo, esses recursos devem ser tratados com parcimônia e dentro das melhores práticas de gestão.

Nesse aspecto, verificamos que a introdução de uma modalidade adjudicatória consagrada internacionalmente em um novel diploma normativo de contratações públicas é, sem dúvida, uma busca por eficiência no lidar com os recursos públicos. Mas a dúvida que fica é se a adoção de tal medida seria um exemplo de política pública que justificasse a aplicação das metodologias de testagem e verificação de sua eficiência.

No campo das Ciências Políticas, as políticas públicas são caracterizadas por um curso de ação intencional construído por um ator ou um conjunto de atores para lidar com um problema ou um motivo de preocupação. Já no campo do Direito, estudiosos tratam as políticas públicas como meios para a efetivação de direitos de cunho prestacional pelo Estado e de sua importância para a efetivação de direitos fundamentais e não fundamentais³⁴².

Eros Roberto Grau define políticas públicas como “a designação de todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder pública na vida social”³⁴³. Por sua vez, Ana Paula de Barcellos traz a primeira definição que exploramos e a que tem maior proximidade com as perspectivas do Direito Administrativo aqui almejadas: “efetivação de comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de serviços. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas”³⁴⁴.

Ao dialogar com as diversas áreas de estudo que lidam com o tema das políticas públicas para se chegar a uma definição conclusiva, Felipe de Melo Fonte definiu políticas públicas como sendo “o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”³⁴⁵.

Todos esses conceitos nos conduzem à ideia de que a positivação de uma modalidade adjudicatória consagrada internacionalmente, adaptada aos valores constitucionais e que busca a racionalização do gasto público é uma política pública de busca de eficiência dos gastos públicos.

³⁴² FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Saraiva Ju. São Paulo. 2015, p. 47.

³⁴³ GRAU, Eros Roberto, 2011 *apud* FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Saraiva Ju. São Paulo. 2015, p. 51

³⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. 2005 *apud* FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Saraiva Ju. São Paulo. 2015, p. 53

³⁴⁵ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Saraiva Ju. São Paulo. 2015, p. 57

Ainda nessa mesma linha, Maria Paula Dallari Bucci aponta para a importância da relação entre políticas públicas e Direito Administrativo. A autora entende que o Direito Administrativo é a área do Direito que se ocupa do estudo das instituições estatais em sua vertente executiva, racionalizando o exercício do poder pelo Estado. Somado a isso, a autora indica que o sucesso da política pública está relacionado à qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e implementação³⁴⁶.

Dessa forma, pacificada a ideia de adoção do Diálogo Competitivo como política pública de racionalização e eficiência na utilização de recursos públicos, passaremos a adotar a Abordagem Direito e Políticas Públicas e o Quadro de Problemas de Políticas Públicas, propostos por Maria Paula Dallari Bucci, como sendo os subsídios para que possamos presumir as possibilidades de consolidação do Diálogo Competitivo na Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira.

2.1. A ausência de estrutura na implementação do Diálogo Competitivo sob o prisma da abordagem Direito e Políticas Públicas

A Abordagem Direito e Políticas Públicas, apresentada por Maria Paula Dallari Bucci, é uma opção metodológica para análise de políticas públicas de forma ampla e abrangente. O objetivo é entender as novas configurações do Estado, seus papéis e modos de ação, onde este não é mais o centro único da esfera política. Ao analisar e compreender esses novos padrões de ação estatal em sua dimensão jurídica, temos a justificativa para a utilização dessa Abordagem Direito e Políticas Públicas³⁴⁷.

A Abordagem Direito e Políticas Públicas é uma estratégia metodológica para o mapeamento da conexão entre o Direito e a Política Pública em uma esquematização provisória que necessitará de validação posterior. O objeto da Abordagem Direito e Políticas Públicas é examinar os pontos de contato entre os aspectos políticos e jurídicos que cercam a ação governamental e verificar a forma como se promovem as transformações jurídico institucionais³⁴⁸.

³⁴⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 34. Nº 133. Jan/Mar. 1997, p. 97.

³⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Método e Aplicações da Abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP)*. Revista Estudos Institucionais, v.5, n.3, set/dez 2019, p. 793

³⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Método e Aplicações da Abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP)*. Revista Estudos Institucionais, v.5, n.3, set/dez 2019, p. 816

Para tanto, é necessário isolar o objeto, ou seja, seus aspectos exclusivamente jurídicos. A identificação desse arranjo jurídico institucional não é simples, conforme leciona sua autora. Bucci assevera que os pesquisadores recorrem ao Quadro de Referência de uma Política Pública, que permite o isolamento do objeto de análise em seu emaranhado normativo, viabilizando desmembramento da política e a identificação de seus elementos mais importantes³⁴⁹.

O Quadro de Referência de Política Pública será utilizado, portanto, para a análise da adoção do Diálogo Competitivo como modalidade adjudicatória de busca da eficiência do gasto público, considerando os muitos problemas de gestão e de desperdício de recursos públicos em obras inacabadas e processos de adjudicação mal conduzidos que geram maior dispêndio ao Poder Público e, conseqüentemente, para a sociedade como um todo.

O Quadro de referência é composto por 12 (doze) itens, de forma a identificar como se dá a organização do programa, que são os papéis institucionais de cada agente e seu movimento no sentido político e social e a agregação de interesses para se atingir a finalidade pretendida pela política pública, combinando-se, assim, o elemento político e o elemento jurídico³⁵⁰.

Os elementos do Quadro são: 1) Nome oficial do programa de ação; 2) Gestão governamental; 3) Base normativa; 4) Desenho jurídico institucional; 5) Agentes governamentais; 6) Agentes não governamentais; 7) Mecanismos jurídicos de articulação; 8) Escala e Público-alvo; 9) Dimensão econômico-financeira do programa; 10) Estratégia de implantação; 11) Funcionamento efetivo do programa; 12) Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional.

Dessa forma, passaremos a aplicar a Política Pública de Adoção do Diálogo Competitivo como Ferramenta de busca da Eficiência no Gasto Público nos elementos do Quadro proposto por Bucci. A validação se dará com os dados de utilização do Diálogo Competitivo disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Importa reiterar que a adoção do Diálogo Competitivo não foi definida oficialmente como política pública, o que se pretende aqui é, com base na definição de política pública, considerar a inserção do instituto no Direito Brasileiro, de forma que as ferramentas de análises de políticas públicas sejam mais um fator a subsidiar as

³⁴⁹ RUIZ, Isabela. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Quadro de Problemas de Políticas Públicas: Uma Ferramenta para Análise Jurídico-Institucional*. v.5, n.3, set/dez 2019, p. 1146

³⁵⁰ RUIZ, Isabela. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op Cit* 2019, p. 1148

conclusões quanto à possibilidade de consolidação da modalidade adjudicatória no Direito Brasileiro.

Alguns itens do Quadro de Referência de Política Pública³⁵¹ ficam prejudicados, pois não se tem exatamente um programa governamental definido para a adoção da modalidade, esta vem inserida no escopo da atualização do regime nacional de compras e contratações públicas.

2.1.1. Nome oficial do programa

É o exemplo com que se pretende trabalhar é a adoção da modalidade adjudicatória europeia denominada Diálogo Competitivo como umas das ações da nova lei de licitações brasileiras que buscam a eficiência e modernização das compras e contratações públicas no Brasil. Para tanto, isolamos a inserção do Diálogo Competitivo na presente análise. Sendo assim, o nome oficial do programa seria “A Inserção do Diálogo Competitivo na Nova Lei de Licitações visando a busca da eficiência na utilização de recursos públicos”.

2.1.2. Gestão governamental

Este item se refere à gestão que criou o programa, permitindo compreender seu sentido e considerando seu espectro político. Em se tratando da atualização do regime de compras e contratações públicas no Brasil, o presente item fica prejudicado no que diz respeito ao espectro político, pois a necessidade de modernização das normas sobre a matéria no Brasil foi de quase unanimemente consensual, o que resultou na Lei 14133/21. Já no que se refere à gestão governamental, a Secretaria de Gestão (SeGes) do Ministério da Gestão e Inovação (MGI) é a responsável pela regulação e orientação da utilização do Diálogo Competitivo e o Tribunal de Contas da União é o responsável por controlar e fiscalizar a sua aplicação. Nesse sentido, o relatório de acompanhamento constante do

³⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Quadro de Referência de uma Política Pública*. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Maria-Paula-Bucci/publication/301776630_Quadro_de_referencia_de_uma_politica_publica/links/57275b0608aee491cb4141bb/Quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica.pdf em: 5/3/2025

Acórdão 53/2025 do Plenário do TCU³⁵² mostra que o Diálogo Competitivo foi usado em apenas duas contratações por órgãos federais, entre agosto de 2021 e julho de 2024.

2.1.3. Base normativa

É a norma principal que institui o programa é a Lei 14133/21 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Contudo, em virtude da complexidade da modalidade adjudicatória, espera-se que a Secretaria de Gestão (SeGes) do Ministério da Gestão e Inovação, órgão competente para regular as matérias relacionadas à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, produza um normativo e respectivas orientações para a utilização da ferramenta. Assim, os órgãos públicos poderão regular, nos limites da lei, a modalidade. Todavia, até meados de 2025 os únicos dispositivos relacionados ao tema estão positivados apenas na Lei que institui o programa.

2.1.4. Desenho Jurídico-Institucional

Refere-se aos papéis institucionais dos principais órgãos envolvidos pela implementação. Considerada a promulgação da Lei, o papel da Secretaria de Gestão do MGI e dos Tribunais de Contas é importante. Vale relembrar o importante papel desempenhado pelos órgãos contratantes na capacitação de pessoal para a utilização do Diálogo Competitivo, regulação interna institucional e atuação dos órgãos de controle interno. De acordo com os dados passados no item anterior, observa-se que tais ações ainda são bastante incipientes.

2.1.5. Agentes governamentais

A base normativa é, por ora, apenas a Lei 14133/21 e os agentes governamentais são os mesmos elencados no item anterior. No Desenho Jurídico Institucional, importa

³⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 53, de 22 de janeiro de 2025*. Brasília. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2691943/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . 3/3/2025

trazer à baila o papel dos ordenadores de despesas e dos agentes de contratação, além dos dirigentes de cada órgão que farão a opção pelo Diálogo Competitivo diante da solução almejada.

2.1.6. Agentes não-governamentais

A receptividade das empresas privadas à modalidade Diálogo Competitivo, de forma a proporcionar um diálogo eficiente na busca do interesse público é essencial para o sucesso da modalidade. Logo, a eficácia da política perpassa pelos entes privados e sua compreensão do rito por meio dos editais que propuserem a adoção do Diálogo Competitivo. Portanto, as cartilhas de orientação devem atingir também os potenciais contratados pela Administração Pública.

2.1.7. Mecanismos jurídicos de articulação

O sétimo item do Quadro se refere à forma pela qual os vários agentes se relacionam. O presente item é relevante no que concerne a atuação dos órgãos de controle, que precisam ter o exato entendimento da especificidade da modalidade, de forma a não suprimir a autonomia do agente contratante e preservar os valores axiomáticos do Diálogo Competitivo. Outro aspecto relevante é a tensão e a desconfiança existentes entre o Poder Público e a iniciativa privada no Brasil. Esse ambiente de insegurança pode afetar o sucesso da aplicação da modalidade, que busca um diálogo cooperativo entre a Administração e os órgãos privados. Portanto, as ações para implementação devem procurar superar essas barreiras de relacionamento.

2.1.8. Escala e público-alvo

Sem dúvidas, ambiciona-se que o Diálogo Competitivo seja utilizado por qualquer ente da federação e para contratações de variados valores. Isso se dá pelo fato de o Brasil não ter replicado o modelo europeu que estabelece um valor mínimo para a utilização da modalidade. Contudo, deve-se lembrar que a finalidade do instituto é a busca de soluções

em contratações complexas e essas, na maior parte dos casos, são contratações de elevado valor. Portanto, é provável que a modalidade seja mais utilizada pelos órgãos federais e em menor escala pelos demais entes da federação.

2.1.9. Dimensão econômico-financeira

Este é mais um item do Quadro que fica prejudicado pelo fato de não estarmos tratando de uma política pública definida de maneira literal pelos órgãos executivos. Por essa razão, não existe uma dimensão econômico-financeira voltada especificamente para esse programa. O que temos são os recursos utilizados em contratações públicas e que seriam, em tese, mais bem aplicados com a utilização correta da modalidade. São inúmeras as possibilidades de setores de contratação e de entes da Administração que poderiam recorrer a essa modalidade, não sendo possível delimitar uma dimensão econômico-financeira exata.

2.1.10. Estratégia de implantação

A estratégia de implantação perpassa pela positivação do instituto no Direito Nacional, pela regulação infralegal pelos órgãos competentes, pelas regulações institucionais, pelos programas de capacitação dos agentes públicos e pelas cartilhas de orientação para órgãos públicos e potenciais contratados. Passa também pela expedição de modelos de utilização pela Advocacia Geral da União, aos moldes do que já é realizado nas demais modalidades e a atuação dos órgãos de controle na aplicação do Diálogo Competitivo.

2.1.11. Funcionamento efetivo do programa

O Acórdão 53/2025 do Tribunal de Contas da União³⁵³ que fez um acompanhamento com o objetivo de avaliar o grau de maturação dos órgãos e entidades

³⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 53, de 22 de janeiro de 2025*. Brasília. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2691943/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . 3/3/2025

para a aplicação da Lei 14133/2021, demonstrou, por meio de consulta aos dados constantes do Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), que o Diálogo Competitivo foi utilizado em apenas duas contratações entre agosto de 2021 e julho de 2024. Além desse dado, somado à inexistência de regulação infralegal, ao fato de não terem sido editados modelos para a utilização da ferramenta expedidos pelos órgãos competentes e da ausência de orientação por parte da Advocacia Geral da União ou pelo Tribunal de Contas, demonstram que o programa ainda está em fase inicial, com funcionamento incipiente, sendo necessária a consolidação das estratégias de implantação para que nova avaliação seja realizada.

2.1.12. Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional

Muitos aspectos críticos do desenho jurídico institucional já foram explorados no tópico anterior, relativo à Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira. Tais aspectos explicam, em parte, a dificuldade de implantação do programa e estes estão relacionados à ausência de um contencioso administrativo bem definido. Há desconfiança entre setores públicos e privados em consequência dos inúmeros casos de irregularidades administrativas por parte do Poder Público e de órgãos privados envolvidos. A cultura de uma atuação com viés positivista por parte dos órgãos de controle e a cultura do medo que se instalou na atuação do agente público no Brasil são, também, fatores que se apresentam como óbices à consolidação da modalidade no arcabouço jurídico-administrativo do Brasil. Ademais, a complexidade da modalidade, a ausência de regulação e as dúvidas quanto às especificações técnicas ajudam a explicar a sua baixa utilização. Para tanto, transcreve-se trecho do Acórdão 53/2025 do TCU que apresenta breve justificativa para o indicador apresentado.

“Especificamente com relação ao Diálogo Competitivo, sua baixíssima ou quase nula utilização pode ser atribuída a alguns fatores, a exemplo da sua não regulamentação pelo Governo Federal, conforme indica pesquisa realizada em <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf> (item 56 do documento); de sua aplicação restrita, porquanto é indicado para a contratação de obras, serviços ou bens que envolvam inovações tecnológicas; da incapacidade do poder público de satisfazer suas necessidades através dos recursos e ferramentas atualmente disponíveis e a impossibilidade de

especificar exigências técnicas do projeto/produto/serviço de modo preciso; e ao seu rito procedimental próprio e complexo, com prazos dilatados a serem observados entre suas etapas, devendo ser conduzido por comissão de contratação composta por pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração”.

Após a análise dos itens constantes do Quadro de Referência de Política Pública, percebe-se que é possível comparar o projeto idealizado com o seu funcionamento efetivo, de modo a detectar elementos jurídicos que sejam capazes de explicar os problemas de execução. Contudo, ensina Bucci, o Quadro não facilita o trabalho de identificação de situações-problema em caso de políticas pouco estruturadas, parecendo ser o caso do Diálogo Competitivo.

Para tanto, a autora propõe uma ferramenta complementar de sistematização de informações que visa identificar um conjunto de variáveis capazes de viabilizar uma análise jurídico-institucional de situações-problema que deveriam ensejar programas de ação governamental. Essa ferramenta é o Quadro de Problemas de Políticas Públicas que será abordado no próximo tópico.

2.2. Análise dos elementos do Quadro de Problemas de Políticas Públicas na implementação do Diálogo Competitivo

O Quadro de Problemas de Políticas Públicas (BUCCI, 2019) visa dar destaque ao Direito com foco no lugar do problema jurídico e na análise das soluções hipotéticas, no campo das políticas públicas para determinado problema³⁵⁴.

A ferramenta é baseada no ciclo de formação de políticas públicas pressupondo um encadeamento lógico de ações e dando centralidade para a tomada de decisão e para as suas consequências na implementação da política pública. O Quadro de Problemas de Políticas Públicas procura identificar a maneira pela qual alguns grupos de interesse e instituições políticas se tornam capazes de limitar a tomada de decisões³⁵⁵.

A inexistência de normas jurídicas, justamente pela ausência de tomada de decisão sobre determinada questão, é uma situação em que o Quadro de Referência, abordado no

³⁵⁴ RUIZ, Isabela. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Quadro de Problemas de Políticas Públicas: Uma Ferramenta para Análise Jurídico-Institucional*. v.5, n.3, set/dez 2019, p. 1150.

³⁵⁵ RUIZ, Isabela. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op Cit* 2019, p. 1153

tópico anterior, se revela bastante limitado. A relação entre essas variáveis relevantes da situação problema, a partir de uma solução hipotética, é sistematizada pelo Quadro de Problemas de Políticas Públicas³⁵⁶.

Dessa forma, a inserção do Diálogo Competitivo com vistas à melhor gestão de recursos públicos em contratações pela Administração será submetida aos 11 itens propostos no mencionado Quadro³⁵⁷, visando contribuir com as perspectivas e presunções da consolidação do instituto no Direito Administrativo Brasileiro.

2.2.1. Situação-problema

O problema está ligado à má gestão de recursos públicos, que resulta em grandes obras paradas, embargadas ou inacabadas, um verdadeiro escoamento de dinheiro público. No final de 2023, o Brasil tinha 8,6 mil obras paralisadas financiadas com recursos federais, em um total de 21 mil obras existentes, conforme fonte do painel de obras do TCU³⁵⁸. As áreas mais atingidas são relacionadas a estradas, escolas e hospitais. O Diálogo Competitivo busca promover a contratação de ente privado tecnicamente capaz e com saúde financeira para cumprir a meta. O próprio projeto a ser estabelecido é resultado da cooperação entre o público e o privado.

A paralização de obras e a rescisão contratual gera prejuízo ao erário, sendo incerta e nem sempre possível a assunção do remanescente por outra empresa, muitas vezes por questões técnicas ou financeiras. Ademais, após três anos de promulgação da Lei 14133/21, o Diálogo Competitivo permanece sem regulação infralegal e com aproveitamento irrisório pela Administração Pública, não tendo se tornado solução efetiva até o final do ano de 2024, conforme dados apresentados no tópico anterior.

³⁵⁶ RUIZ, Isabela. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op Cit.* 2019, p. 1153

³⁵⁷ RUIZ, Isabela. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op Cit.* 2019, p. 1153

³⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Auditoria, de 13 de novembro de 2023*. Brasília. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A919720222/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0.3/3/2025

2.2.2. Diagnóstico Situacional

O presente tópico se diferencia do anterior por estar relacionado ao contexto político, econômico, social e cultural. No que diz respeito à necessidade de aprimoramento da utilização de recursos públicos, não parece haver divergência entre os campos políticos existentes. Embora o país esteja vivenciando uma recorrente troca de grupo político no Governo, a questão econômica se demonstra irregular independentemente desses atores, o que não torna o montante de recursos destinados a obras e aquisições complexas algo desprezível. Portanto, não se vislumbra óbice para a regulação do Diálogo Competitivo nos níveis institucional, econômico e político. Contudo, no que tange à esfera cultural, há que se ter em vista o receio na atuação do agente público em vista das múltiplas possibilidades de responsabilização.

2.2.3. Soluções hipotéticas

A reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), por meio da Lei 13655/18, e a edição do Decreto 9830/19, que regulamentou seus artigos de 20 a 30, buscaram dar maior segurança para a atuação do gestor público, levando em conta o consequencialismo na atuação do gestor, a consideração de obstáculos, as dificuldades na tomada de decisão e a possibilidade de responsabilização do Agente apenas se caracterizado erro grosseiro, sendo possível a isenção dessa imputação em casos de razoável controvérsia jurídica³⁵⁹.

A Lei 14230/21 alterou a Lei de Improbidade Administrativa, reconhecendo que ocorrerá tal infração apenas em condutas dolosas e descreveu maior objetividade na tipificação da conduta que poderá ser enquadrada. A nova lei de Licitações e Contratos compõe o mesmo movimento, sendo este uma reação ao chamado “apagão das canetas”,

³⁵⁹ BRASIL, **Lei 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14657.htm .
05/03/2024. “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. *(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)* (Regulamento) Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. *(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)* (...) Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”

bem definido na obra “O Direito Administrativo do Medo”. Temos, portanto, um ambiente que busca se transformar para adequar-se aos novos institutos de Direito Administrativo.

Como soluções hipotéticas, podemos elencar, além da regulação do Diálogo Competitivo, a mudança na cultura de atuação dos órgãos de controle, de forma a preservar a autonomia do gestor nesse procedimento e a alternância cultural, de forma a por um fim na permanente desconfiança entre o Poder Público e os possíveis contratados, dando eficácia ao Diálogo Competitivo.

2.2.4. Contexto normativo

A reforma da LINDB, a adaptação da Lei de Improbidade Administrativa e promulgação do novo regime de contratações públicas compõem um contexto normativo favorável à modernização na gestão do gasto público e a adoção de institutos trazidos pelos novos regramentos. Todavia, há carência de regulamentação infralegal, conforme já visto. Sendo o Diálogo Competitivo um dispositivo inerente ao contexto de Administração Pública de 3ª Geração ou Administração Pública Dialógica³⁶⁰, está afeito ao Estado Constitucional Democrático de Direito, sendo modalidade adequada ao contexto neoconstitucional. Sobre este aspecto, invoca-se as características da Constituição Federal Brasileira de 1988 e seu perfil adaptado a um modelo de Administração baseado em princípios e valores, favorecendo a inserção de dispositivos oriundos dessa filosofia.

2.2.5. Processo decisório

Este item se refere à atuação do poder público, que deverá ser acionado diante das soluções hipotéticas. Dessa forma, a regulamentação da modalidade Diálogo Competitivo cabe à Secretaria de Gestão (SeGes) do Ministério da Gestão e Inovação (MGI). Há também necessidade de regulamentações institucionais com regras específicas para cada

³⁶⁰ BARNES, Javier. *Tres generaciones del procedimiento administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho. PUCP, n° 67, 2011, p. 11 e LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. 1ª Ed. Ed Juruá. São Paulo. 2013, p. 99

órgão, nos limites da lei, e de expedição de cartilhas de orientação, também pela mesma Secretaria de Gestão do MGI, orientando quanto à utilização da modalidade adjudicatória. Além disso, deve-se promover a capacitação de agentes da administração para atuação no procedimento e revisão das orientações normativas da Advocacia Geral da União e dos Tribunais de Contas, de forma a adaptar sua atuação aos valores axiomáticos do Diálogo Competitivo.

2.2.6. Etapa atual do processo decisório

Sobre este aspecto, reitera-se a exposição dos itens 2.2.4 e 2.2.5 pela existência da modalidade adjudicatória na Lei de Licitações e Contratos e pela adaptação das normas de Direito Administrativo, de forma a conceder maior segurança para a atuação do gestor. O Site da Secretaria de Gestão do MGI expõe a informação de que o Diálogo Competitivo se encontra em fase de regulação, o que deixa sobrestada as demais etapas do processo decisório. Contudo, a capacitação dos agentes poderá ser desenvolvida por cada órgão separadamente, com base nos aspectos gerais do procedimento.

2.2.7. Arena institucional

O sétimo item do Quadro aborda o desenho jurídico institucional. Trata-se da distribuição de competências e responsabilidades. Após quatro anos de promulgação da Lei, verifica-se que o programa se encontra em fase de priorização por parte da SEGEs, frente a outras matérias de importância relativa à Lei de Licitações e Contratos. A regulação interna institucional, que dificilmente ocorrerá sem a regulação do MGI, e a atualização e adequação de procedimentos dos órgãos de controle ficam a cargo de suas respectivas comissões e autoridades administrativas competentes. As Escolas de Governo já podem desenvolver projetos de capacitação, aos moldes do que já ocorre, por exemplo, na Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e no Instituto de Economia e Finanças do Exército (IEFEx), ambos localizados em Brasília-DF.

2.2.8. Protagonistas

Analisar os agentes governamentais e não governamentais ou grupos de interesse favoráveis se demonstra é tarefa complexa, considerando que não há uma declaração expressa dos órgãos públicos contra as propostas de modernização do regime de compras e contratações. Mesmo assim, é possível identificar que a corrente administrativista que advoga por uma atuação linear da administração, de forma cooperativa e com diminuição da ideia de supremacia do Poder Público em prol da observância de direitos fundamentais, e com uma atuação da Administração voltada, não só à eficiência, mas ao adimplemento de Direitos Fundamentais de primeira e segunda geração. Uma Administração Pública moderna, dialógica, cooperativa, concretista de direitos é o modelo defendido pelos principais apoiadores da adoção da modalidade Diálogo Competitivo.

2.2.9. Antagonistas

Os antagonistas se concentram nos atores que sustentam uma atuação positivista da Administração e dos órgãos de controle, aqueles que entendem que o ambiente de desconfiança entre Poder Público e órgãos privados não será superado em curto espaço de tempo. Também entre aqueles que entendem que a atuação do agente público no Brasil é demasiadamente arriscada ante à multiplicidade de possibilidades de responsabilização e, portanto, acreditam que seria temerário utilizar, discricionariamente, um rito adjudicatório com tamanha flexibilidade, devendo-se optar sempre pelas modalidades já conhecidas e consagradas, mesmo aquelas já existentes no regime revogado de compras e contratações públicas brasileiro.

2.2.10. Decisores

São os responsáveis por tomar decisões relativas à situação problema. Além da SEGEs, na pessoa do seu dirigente máximo, o responsável pela regulação da modalidade, temos os dirigentes máximos dos órgãos responsáveis pela capacitação dos agentes, os ordenadores de despesas dos órgãos e os agentes de contratação, que desde já podem optar pela utilização da modalidade Diálogo Competitivo. Os Presidentes dos Tribunais de

Contas também podem baixar diretrizes a respeito da atuação específica dos órgãos no caso do rito em apreço.

2.2.11. Recursos de Barganha

Quanto aos recursos de barganha, percebe-se uma situação bem mais enfática de antagonistas em face dos protagonistas. Existe forte resistência à adoção da modalidade em virtude da cultura do Direito Administrativo do Medo. Portanto, percebe-se uma verdadeira campanha contra a modalidade nos órgãos públicos, o que implica baixa utilização do procedimento. A SEGEs ainda não regulou a modalidade, mesmo após quatro anos de promulgação da Lei 14133/21, pois havia pressão pela regulação de outros institutos que acabaram por ser priorizados, tais como o Sistema de Registro de Preços e o Credenciamento. Nota-se pouca mobilização em termos de capacitação ou readequação da atuação da Advocacia Geral da União e dos Tribunais de Contas. Por sua vez, os protagonistas são entusiastas da modalidade, mas pouco fazem para que seja efetivamente colocada em prática. Muitas vezes, publicam artigos acadêmicos com ênfase nas dificuldades que serão enfrentadas pelos agentes públicos.

Conclui-se que, da análise do Quadro de Problemas de Políticas Públicas para a aplicação da modalidade Diálogo Competitivo como ferramenta de busca da eficiência no gasto público, há um princípio de adequação jurídica ao modelo de Administração Pública de 3ª Geração ou Administração Pública Dialógica, com texto constitucional favorável, inserção na legislação infraconstitucional e acolhimento pela doutrina neoconstitucionalista.

Contudo, verifica-se a prevalência da cultura do Direito Administrativo do Medo que reflete na não priorização da regulação do instituto pelos órgãos competentes, na pouca gestão voltada para a capacitação dos agentes públicos e em nenhum movimento para a readequação na atuação dos demais órgãos, sobretudo dos órgãos de controle. Sendo assim, nos primeiros quatro anos de vigência da Lei 14133/21, a utilização do Diálogo Competitivo foi mínima, demonstrando a prevalência dos fatores antagônicos à instituição da modalidade, sendo necessária a atuação dos agentes competentes, já descritos, para uma mudança no quadro de momento.

3. POTENCIALIDADES E ÓBICES PARA A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE DIÁLOGO COMPETITIVO

Após passarmos pela Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira e analisarmos o Diálogo Competitivo como política pública de busca de eficiência do gasto público, chegamos ao terceiro ponto de estudo do instituto no Direito Brasileiro que é a sua efetiva posituação na Lei 14133/21.

O Diálogo Competitivo foi inserido no novo regime de contratações e compras públicas com o objetivo de ser modalidade voltada à contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realize diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de oferecer uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos³⁶¹.

A partir do Artigo 32 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o modelo brasileiro estipulou as hipóteses em que a Administração Pública deverá optar pela modalidade. São os casos que envolvem, cumulativamente, uma inovação tecnológica ou técnica, a impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e a impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração³⁶².

Da leitura das hipóteses de cabimento do Diálogo Competitivo no Direito Brasileiro, extrai-se que haverá um amplo espectro de objetos possíveis entre obras, serviços e compras. Todavia, se tomarmos o exemplo europeu, a modalidade tem sido usada em projetos de infraestrutura e tecnologia da informação, áreas em há uma pluralidade de tecnologias e soluções.

³⁶¹ BRASIL, **Lei 14133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm . 03/05/2024. Art 6, inciso XLII

³⁶² BRASIL, **Lei 14133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm . 03/05/2024. Art 32, inciso I

Distintamente do modelo europeu, as alíneas do inciso I do artigo 32 da Lei 14133/21 são cumulativas. São condições que devem ser atendidas para a escolha da modalidade. Portanto, o Diálogo Competitivo Brasileiro deve ser adotado quando se verificam características e circunstâncias que impedem ou recomendam que a Administração não formule as especificações sem antes aprofundar-se no tema com os potenciais contratados.

No que tange aos valores axiomáticos, vemos que o inciso I do artigo 32 concede ampla margem de escolha ao gestor por se tratar de conceitos indeterminados e amplos. Embora o fato de cumular os requisitos de escolha parecer, à primeira vista, um óbice, tal característica, a nosso ver, é positiva, pois afasta dúvidas práticas quanto ao seu cabimento. Assim, não é qualquer inovação tecnológica ou técnica que justificaria a escolha da modalidade. Para que seja escolhida, deverá haver uma necessidade mínima de adaptação à realidade da Administração com as soluções disponíveis no mercado³⁶³.

O inciso II do artigo 32 traz os aspectos que o Agente de Contratação deve verificar por ocasião da Fase do Diálogo, quais sejam, a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e a estrutura jurídica ou financeira do contrato³⁶⁴.

Importa ainda trazer à baila que a Lei 14133/21 alterou a Lei de Concessões de Serviços Públicos, (Lei 8987/95) e a Lei de Parcerias Público-Privada (Lei 11079/04), inserindo a modalidade Diálogo Competitivo como possibilidade de rito adjudicatório para ambos os casos. Isso demonstra o direcionamento do Direito Brasileiro à sua em caso de contratos dotados de complexidade ou de estrutura jurídica ou financeira demandante de solução adequada.

Portanto, percebe-se que o modelo de Diálogo Competitivo Brasileiro é muito semelhante ao modelo europeu, mas não é idêntico. Há diferenças relevantes que poderão contribuir ou prejudicar o estabelecimento do procedimento no Direito Pátrio, sendo a descrição destes o principal mote da terceira parte desta Seção IV.

No tópico seguinte serão apresentadas as imperfeições do modelo brasileiro com uma estimativa das contribuições ou problemas de cada uma dessas características. Na parte final, apresentaremos as suas potencialidades e óbices, oferecendo uma visão geral

³⁶³ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p. 66.

³⁶⁴ BRASIL, *Lei 14133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm . 03/05/2024. Art 32, inciso II.

das características do modelo nacional de Diálogo Competitivo que, somado à Cultura Jurídico-Administrativa e à análise jurídica da modalidade enquanto política pública, nos fornecerá uma hipótese do grau de consolidação do instituto no Direito Brasileiro.

3.1. O modelo imperfeito de Diálogo Competitivo Brasileiro

Antes de adentrarmos nas potencialidades e óbices dessa modalidade adjudicatória no Direito Brasileiro, é preciso fazer um comparativo das diferenças entre o modelo europeu e aquele efetivamente positivado no Brasil. Desde já é possível perceber que a inserção do Diálogo Competitivo no Brasil não incorre em erros fundamentais que foram determinantes para o baixo desempenho em Portugal. Exemplo disso é a previsão de utilização da modalidade na Lei de Parcerias Público-Privada³⁶⁵ e na Lei de Concessão de Serviços Públicos³⁶⁶.

Ademais, fica evidente que o legislador se preocupou em preservar os valores axiomáticos do procedimento pela forma como transpôs a modalidade para o Direito Brasileiro. Todavia, deve-se pontuar a primeira imperfeição a ser apontada no modelo brasileiro: as hipóteses de incidência da modalidade são descritas de forma demasiadamente genéricas³⁶⁷, o que permite, por parte do agente público, a fuga fundamentada para outras modalidades de licitação que geram menor risco de eventual responsabilização.

Conforme já visto, um procedimento com elevado grau de discricionariedade se torna vulnerável na interpretação dos órgãos de controle³⁶⁸. Portanto, as possibilidades de utilização abstratas, que vão além do proposto pelo Direito Europeu, geram dúvidas e insegurança na atuação do gestor. Há significativa diferença para o modelo português, pois este procurou criar uma condição inacessível para a utilização do procedimento, enquanto o modelo brasileiro foi abrangente. Todavia, em ambos os casos poderemos notar um refugio à modalidade.

³⁶⁵ BRASIL, **Lei 11079, de 30 de abril de 2004**. Lei de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/111079.htm . 03/05/2024. Art 10

³⁶⁶ BRASIL, **Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995**. Lei de Concessão de Serviços Públicos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/18987.htm . 03/05/2024. Art 2º, inciso III

³⁶⁷ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023, p. 358

³⁶⁸ CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *Op Cit.* 2023, p. 359

Outra relevante imperfeição do modelo brasileiro, se comparado ao modelo francês, está ligada à impossibilidade de eliminação dos concorrentes durante a fase do diálogo. No modelo brasileiro, os candidatos só podem ser eventualmente cortados do certame se não atingirem os requisitos de qualificação estabelecidos em edital, na chamada pré-seleção³⁶⁹. Sendo assim, é necessário que os critérios de habilitação sejam rigorosos e detalhadamente estudados durante a fase interna, para que o número de participantes do diálogo não seja excessivo.

Embora um número alto de participantes na fase do diálogo possa ampliar a competição, poderá também impor relevante carga de trabalho, prolongando excessivamente o procedimento e, assim, a capacidade da Administração em processar as informações³⁷⁰. Por isso, os requisitos de pré-seleção acabam sendo necessários como filtro, o que, a depender do rigor adotado, poderá gerar impugnações de edital e recursos, além do próprio controle judicial.

Não existe, no modelo brasileiro, a previsão de premiação dos participantes na fase do diálogo, a exemplo do modelo europeu. De fato, parte da doutrina sustenta que o regulador infra-legal poderia editar a previsão de premiação pela participação na Fase do Diálogo. Além de a presente solução não estar pacificada, há que se ter em vista os potenciais problemas com o sigilo da propriedade industrial e intelectual dos particulares, o que poderá ser alvo de futura demanda jurídica³⁷¹.

Em vista do exposto, nota-se que o modelo de Diálogo Competitivo, positivado na Lei 14133/21, demanda um oneroso processo de preparação da licitação, o que incorre na necessidade de haver agentes públicos altamente capacitados na sua condução, sobretudo pelas peculiaridades da fase do diálogo. Sendo assim, poder-se-ia considerar inviável tamanha capacitação por parte dos órgãos públicos, sobretudo aqueles pertencentes aos entes estaduais e municipais, que são contemplados com uma gama menor de recursos.

³⁶⁹ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p. 140.

³⁷⁰ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022, p. 109.

³⁷¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. LACERDA, Caroline Maria Vieira. *Diálogo Competitivo: as experiências estrangeiras e a aplicação do diálogo competitivo no Brasil*. In Aspectos Práticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Org. MATOS, Marilene Carneiro. ALVES, Felipe Dalenogare. AMORIM, Rafael Amorim de. Edições Câmara, 2024, p. 108

No modelo francês foi também apresentada a possibilidade de a Administração se valer de mais de uma solução, aproveitando partes de cada uma delas e montando o melhor projeto conforme seu objetivo. Tal possibilidade não é replicada no Direito Brasileiro, de forma que a solução vencedora deverá ser aquela colocada em disputa na fase final do procedimento.

Por fim, o Diálogo Competitivo Brasileiro não propõe um valor mínimo para sua utilização nem limita o número de participantes. Existem aspectos positivos nessas diferenças em face do modelo europeu. Todavia, tal característica poderá induzir a uma utilização inadequada e desnecessária da modalidade, gerando, como consequência, certames licitatórios confusos e fracassados, com sucessivos recursos e impugnações e desmoralizando o instituto na esfera nacional.

3.2. Potencialidades e óbices para a efetivação da modalidade no Direito Brasileiro

A efetivação do Diálogo Competitivo no Direito Brasileiro dependerá da superioridade das potencialidades em relação aos óbices. Da mesma forma, seu fracasso poderá estar relacionado ao inverso. Diante das características do procedimento europeu, do cenário internacional e da Cultura Jurídico-Administrativa, vamos abordar os principais potenciais extraído e, em seguida, destacaremos os óbices levantados, que serão levados em consideração para o direcionamento de uma das hipóteses aventadas na metodologia.

3.2.1. Potencialidades para efetivação do Diálogo Competitivo no Brasil

As contratações públicas no Brasil representam uma parcela significativa na economia nacional. Corresponde a aproximadamente 12% do Produto Interno Bruto (PIB). No ano de 2023, o PIB brasileiro foi de cerca de 10 Trilhões, ou seja, 1,2 trilhões foram destinados a compras e contratações pelo Poder Público, conforme dados publicados no Portal Gov.br, em junho de 2024³⁷².

³⁷² BRASIL. Ministério da Gestão e Inovação: site gov.br. *O que a Gestão faz por você? Moderniza as compras públicas com eficiência, tecnologia, transparência e economia*. Publicado em 24/06/2024. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/noticias/2024/junho/o-que-a-gestao-faz-por>

O Quadro de Referência de Políticas Públicas indica que há um consenso, na esfera política, sobre a necessidade de modernização dos métodos utilizados para compras e contratações públicas. Dentre estas, podemos identificar contratações de grande vulto e contratações de objetos dotados de complexidades, o que seria adequado para a utilização do rito do Diálogo Competitivo.

Verificamos também significativa convergência de princípios entre o Direito Administrativo Brasileiro e o Direito Administrativo Europeu, o que favorece o acolhimento da modalidade no nosso direito, em que pese o princípio da Confiança Legítima ainda não estar positivado e ser bastante incipiente para que seja aplicado por parte dos agentes administrativos.

O Diálogo Competitivo já venceu importante etapa. A modalidade já está positivada em Lei e pode ser aplicado imediatamente, não necessitando de regulação, em termos jurídicos.

Há um esforço para adequar a atuação do agente público às novas perspectivas de atuação da Administração Pública, como ocorreu na reforma da LINDB em 2018, na edição do Decreto 9830 em 2019 e na reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Além disso, existem trabalhos acadêmicos e exposições cada vez mais frequentes que defendem uma atuação dos órgãos de controle de forma a preservar e observar a autonomia dos gestores.

A prevalência da cultura romano-germânica auxilia na edição de normas que visem sistematizar a atuação do Poder Público em um contexto em que não haja um Direito Administrativo bem delimitado, nos quais as suas principais normas são difusas, sem um código próprio. A regulação e as orientações normativas tendem a favorecer a utilização da modalidade, concedendo segurança ao agente de contratação.

Por fim, a demanda do Direito Internacional para a adoção de procedimentos aceitos pelos principais atores do cenário internacional e que coloque o poder público e o ente particular em uma situação de relativa igualdade, sendo que este último, em nível internacional, possui capacidade técnico e financeira que o coloca em condição de barganhar a parte de cláusulas exorbitantes. Sendo assim, existe uma tendência de atendimento ao interesse público na relação de interação e cooperação a nível internacional.

3.2.2. Óbices para efetivação do Diálogo Competitivo no Brasil

O maior óbice à efetivação da modalidade adjudicatória no Direito Brasileiro é a cultura do “Direito Administrativo do Medo”, que está relacionada à insegurança do agente público em adotar um procedimento com significativa margem de flexibilidade e discricionariedade. Como é sabido, o aumento da discricionariedade do gestor abre margem para uma maior atuação dos órgãos de controle.

Cabe lembrar que o Brasil tem um sistema de jurisdição uniaxial, nos quais os atos administrativos podem sofrer controle judicial, além de haver possibilidade de responsabilização na esfera cível, penal e administrativa. A independência das instâncias, a multiplicidade de possibilidades de responsabilização e a ausência de um sistema de contencioso definido colocam o agente público em situação de vulnerabilidade.

Embora se reconheça o movimento pela atualização normativa com vistas a conceder maior segurança para a atuação do gestor, fato é que a cultura do medo ainda é preponderante e esse viés fica claro pela sustentação, de parte da doutrina, por uma atuação positivista dos órgãos de controle, bem como a pouca utilização da modalidade nos três primeiros anos de vigência da Lei 14133/21.

A ausência de regulação infralegal por parte do órgão do Poder Executivo competente, a falta de regulação pelas instituições do poder público e a dificuldade de encontrar escolas de governo que forneçam capacitação de agentes na respectiva modalidade demonstram um cenário de resistência à nova modalidade, por sua peculiaridade em relação às modalidades tradicionais.

Finalmente, o modelo importado e positivado na Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta imperfeições em relação ao modelo europeu, o que pode influenciar na efetivação da modalidade. As possibilidades de utilização são abstratas, concedendo margem à fundamentação que permita ao gestor recorrer a outra modalidade licitatória. A impossibilidade de eliminação de concorrentes na fase do diálogo tende a transformar o procedimento em algo demasiadamente oneroso em termos de recursos e atuação dos agentes.

A ausência de previsão de possibilidade de premiação dos participantes da fase dos diálogos, associada à cultura de desconfiança entre Poder Público e Particular no Brasil apontam para problemas de propriedade industrial e intelectual, tornando o diálogo

sem efetividade, e induzindo a uma utilização irrisória do procedimento em solo brasileiro, conforme os dados recentes sobre o tema vêm demonstrando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto ao primeiro problema abordado, reforça-se a pertinência de replicação do Diálogo Competitivo no Direito Brasileiro, considerando que este é oriundo de um Direito Supranacional e, portanto, aplicável em Estados com culturas jurídicas distintas. Verificou-se que o Direito Administrativo Europeu é o mais consolidado modelo de Direito Administrativo Supranacional e que se vale de regras adotadas pelos Estados membros.

O Diálogo Competitivo Europeu, originado do Direito Francês, se propõe a ser uma modalidade adjudicatória flexível e discricionária, voltada para aquisições complexas, aquelas em que a Administração precisa, por meio de diálogo com o Particular, delimitar soluções que melhor atendam aos interesses públicos materializados nos objetivos da Administração.

Dessa forma, o Diálogo Competitivo se demonstra como procedimento adequado ao Direito Administrativo de 3ª Geração, no qual atos, normas e políticas públicas são elaborados em torno de novas formas de governança. Também é adequado ao modelo de Administração Pública Dialógica, aquele em que a Administração busca a solução por meio da cooperação com o ente privado.

Tais modelos são inerentes ao modelo neoconstitucional. O Diálogo Competitivo Europeu foi concebido para ser utilizado em diferentes Estados, conforme a regulação de cada um deles, sendo pertinente sua importação pelo Direito Brasileiro, considerando os valores constitucionais e a magnitude dos gastos públicos no Brasil, o que demandou a modernização do regime de compras e contratações públicas em solo brasileiro.

Com relação ao problema da aplicação irregular do Diálogo Competitivo nos diferentes Estados da União Europeia, observou-se que o procedimento é dotado de valores axiomáticos não positivados, mas que são essenciais para a idealização da

modalidade adjudicatória, quais sejam, a dialógica entre público e privado, a flexibilidade do procedimento, a discricionariedade na atuação do gestor e o controle específico e alinhado com as características do instrumento.

Comparando os diversos Estados da União Europeia, observou-se que a França tem uma utilização significativa do procedimento, figurando em primeiro lugar em números absolutos, enquanto em Portugal sua utilização é irrisória e quase nula. O modelo francês procurou preservar as características da modalidade, concedendo discricionariedade e flexibilidade ao gestor. Adotou um protótipo que permite ao gestor eliminar participantes na fase do diálogo, escolher a solução definitiva a partir de partes das soluções propostas e ainda regulou o procedimento de forma a afastar as limitações impostas pela legislação europeia, sobretudo no que diz respeito ao valor da contratação, além de prever a utilização do procedimento em aquisições complexas, como as parcerias público-privadas. Por fim, o Poder Público Francês divulga, frequentemente, cartilhas de orientação para a utilização do Diálogo Competitivo.

Por sua vez, Portugal adotou um modelo bastante restritivo. Impõe que a modalidade só deva ser utilizada quando não houver possibilidade de se optar por nenhuma outra. Ademais, fixou uma modalidade própria em seu regulamento de parcerias público-privadas e estabeleceu modelo que limitou a atuação do gestor. Portanto, Portugal suprimiu os valores axiomáticos do Diálogo Competitivo, fazendo com que o dispositivo perdesse sua finalidade no Direito Português.

Assim, depreendeu-se que a observância da finalidade do procedimento, relacionada aos seus valores axiomáticos, é a chave para o sucesso e a consolidação da modalidade, fazendo com que o gestor tenha, no rito adjudicatório, uma ferramenta para a busca do melhor do interesse público em contratações complexas.

Na seção III discutiu-se a ideia de que a inserção do Diálogo Competitivo no direito interno de um Estado facilita o relacionamento deste com os demais atores de Direito Internacional. Para essa análise, perpassamos a metodologia do Direito Administrativo Global como caminho para a sistematização das diversas formas de regulamentos e acordos entre os mais variados atores internacionais, sejam estes figuras de direito público ou de direito privado. Diante desse cenário, o intercâmbio jurídico administrativo se demonstra conveniente para o método.

O Diálogo Competitivo é uma ferramenta adjudicatória adequada para as contratações dos Estados em um ambiente de redes transnacionais, sendo pertinente sua aplicação em contratações internacionais em virtude de suas complexidades e por colocar

a administração em situação de maior linearidade com entes particulares internacionais, considerando o poderio econômico destes e criando um ambiente de cooperação em substituição à tradicional supremacia administrativa.

Para o Brasil, a necessidade de modernização jurídica e adequação das práticas administrativas para a sua inserção em ambiente internacional, considerando as principais ferramentas adotadas e positivadas nos acordos e regulamentos, contribuem para a adoção de uma modalidade tal como o Diálogo Competitivo em nosso direito interno.

Apesar de ser oriundo de um Bloco Supranacional e não ser possível uma convergência exata de princípios, percebe-se que há significativa similaridade que indica e favorece a importação de institutos. Para tanto, passou-se ao estudo da Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira de forma a se verificar as possibilidades de consolidação da modalidade Diálogo Competitivo no Direito Administrativo Brasileiro, admitindo-se quatro hipóteses de solução: aplicação plena, aplicação parcial, aplicação irrisória e inaplicabilidade absoluta.

A Cultura Jurídico-Administrativa Brasileira sofreu influência do Direito Francês em seus primórdios e do Direito Norte-americano no século XX. Consolida-se como um sistema no qual predomina a “*Civil Law*”, com jurisdição una para fins de contencioso administrativo.

A Doutrina Administrativa Brasileira é bastante crítica ao excesso de discricionariedade do gestor, em que pese ser extremamente receptiva ao modelo neoconstitucional. Contudo, a discricionariedade excessiva é vista como um mecanismo que poderia atentar contra direitos fundamentais, o que também vale para a flexibilidade de atuação.

A não existência de um sistema de contencioso definido e as múltiplas possibilidades de responsabilização do gestor, tanto na esfera cível, quanto por meio da improbidade e do conflito de interesses, na incidência de processos administrativos disciplinares, no controle interno e externo e na esfera penal, criam um ambiente de medo na atuação dos gestores, propiciando um cenário de rejeição a um modelo adjudicatório com significativo grau de flexibilidade e discricionariedade.

Além disso, o contexto de atuação do Poder Público no Brasil é marcado por um clima de permanente desconfiança entre a Administração e o ente Particular, em virtude dos inúmeros casos de irregularidades administrativas documentados e noticiados. Portanto, o medo da atuação administrativa extrapola o agente público, sendo problema também afeito ao particular.

Se o Diálogo Competitivo fosse adotado como política pública de eficiência nos gastos públicos, perceber-se-ia, aplicando-se as ferramentas de análises disponíveis, que a ausência de regulação infralegal, a pouca atuação do Poder Público para a capacitação e a não existência de nenhuma estratégia de implantação, que o Diálogo Competitivo é instituto positivado, mas de baixa eficácia na execução dos gastos públicos, com apenas duas utilizações em nível federal entre 2021 e 2024.

Somado a isso, lembra-se que o modelo de Diálogo Competitivo Brasileiro foi replicado com imperfeições, se comparado ao modelo europeu, retirando possibilidades do gestor, sobretudo na fase do diálogo, o que pode afetar de maneira decisiva os valores axiomáticos do instituto.

Na verdade, o protótipo de Diálogo Competitivo, positivado na Lei 14133/21, tem inúmeras potencialidades e está alinhado com os valores do Estado Constitucional Democrático de Direito, que pressupõem uma atuação eficiente, proba e cooperativa da Administração, se consolidando como promotora de Direitos Fundamentais pela atuação do Poder Público.

Contudo, para a consolidação da modalidade adjudicatória no Direito Brasileiro, será necessária maior atuação do Poder Público no sentido de esclarecer e regularizar o procedimento, preservando seus valores axiomáticos. Será também preciso combater a cultura do Direito Administrativo do Medo e transformar a atuação dos órgãos de controle de maneira a respeitar a autonomia do agente em um procedimento com tais características.

Diante do cenário posto, se as as condições ora descritas permanecerem, conclui-se que o Diálogo Competitivo terá uma aplicação irrisória no Direito Brasileiro, se restringindo a órgãos federais ou órgãos com maior disponibilidade de recursos e, ainda, em situações excepcionais, onde o agente escolherá, por livre discricionariedade, correr os riscos de optar por um procedimento demasiadamente flexível e discricionário para os costumes observados no Direito Administrativo Pátrio sem ter a orientação dos órgãos competentes ou a regulação e a capacitação necessária, deixando a Administração vulnerável ao fracasso do procedimento licitatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 10. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro, 2009.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1993
- AMARAL, Diogo Freitas. PIÇARRA, Nuno. *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: uma evolução na continuidade*. Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 9. N. 1.
- AMBLARD, Étienne. GILLET, Kévyn. *Dialogue Compétitif*. LexisNexis. 2018
- ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O Princípio da Proteção da Confiança – Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. 2ª ed. Niterói-RJ. Impetus, 2021.
- ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012
- AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014.
- BADIN, Michelle Rattton Sanchez. *O projeto do Direito Administrativo Global: uma leitura a partir do Brasil*. In: Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Rattton Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016.
- BADIN, Michelle Rattton Sanchez. *Compromisso assumidos por grandes e médias economias em acordos preferenciais de comércio: o contraponto entre União Europeia e Estados Unidos e China e Índia*. In Tendências Regulatórias nos Acordos Preferenciais de Comércio no Século XXI. Os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Org. OLIVEIRA, Ivan Thiago Machado. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. Brasília. IPEA, 2013.
- BARNES, Javier. *Tres generaciones del procedimiento administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho. PUCP, n° 67, 2011
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª Ed. Saraiva Jur. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder*. Revista Direito e Práxis, ahead of print, 2022.
- BARROSO, Luíz Roberto. *O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX*. Revista Publicium. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2014

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIRD. *Regulamento de Aquisições para Mutuários de Financiamento de Projetos de Investimento: Aquisições em Operações de Financiamento de Projetos de Investimento. Bens, Obras, Serviços Técnicos e Serviços de Consultoria*. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/secretaria-executiva/meta-2/documentacao/emprestimo/regulamento-de-aquisicoes-para-mutuarios.pdf>.

BITENCOURT, Sidney. *A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações*. Fórum, Belo Horizonte, 2023.

BRAAT, Yannick. *Chances for the Competitive Dialogue*. Thesis for Master of Science. Technische Universiteit Delft. Delft, 2013.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . 03/05/2024

BRASIL, *Lei 11079, de 30 de abril de 2004*. Lei de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/111079.htm . 03/05/2024

BRASIL, *Lei 14133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm . 03/05/2024

BRASIL, *Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995*. Lei de Concessão de Serviços Públicos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/8987.htm . 03/05/2024

BRASIL. *Lei 8666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o Art 37, Inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm . 03/05/2024

BRASIL. Ministério da Gestão e Inovação: site gov.br. *O que a Gestão faz por você? Moderniza as compras públicas com eficiência, tecnologia, transparência e economia*. Publicado em 24/06/2024. Disponível em: https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/noticias/2024/junho/o-que-a-gestao-faz-por-voce-moderniza-as-compras-publicas-com-eficiencia-tecnologia-transparencia-e-economia?utm_source=chatgpt.com

BRASIL. Tribunal de Contas da união. *Acórdão 3616, de 05 de julho de 2022*. Brasília. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3616%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . 03/05/2024

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 389, de 04 de março de 2020*. Brasília. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A389%2520ANOACORDAO%253A2020%2520C

[OLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/?KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2691943/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0) . 03/05/2024

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 53, de 22 de janeiro de 2025*. Brasília. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/?KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2691943/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . 3/3/2025

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Método e Aplicações da Abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP)*. Revista Estudos Institucionais, v.5, n.3, set/dez 2019

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 34. Nº 133. Jan/Mar. 1997

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Quadro de Referência de uma Política Pública*. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Maria-Paula-Bucci/publication/301776630_Quadro_de_referencia_de_uma_politica_publica/links/57275b0608aee491cb4141bb/Quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica.pdf

BUCCINO, Giulia. *et al. Competitive Dialogue: na economic and legal assesment*. Journal of Public Procurement, Vol. 20, n.2. 2020

BURNETT, Chael. *Using Competitive Dialogue in EU Public Procurement – Early Trends and Future Developments*. EIPASCOPE 2009/2. Disponível em: www.elpa.eu

CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023.

CABRAL, Flávio Garcia. MELO, Liana Antero de. *O Diálogo Competitivo e os desafios para sua plena eficácia*. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. Vol 10, n. 2, 2023

CARDOZO, José Eduardo Martins. LACERDA, Caroline Maria Vieira. *Diálogo Competitivo: as experiências estrangeiras e a aplicação do diálogo competitivo no Brasil*. In Aspectos Práticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Org. MATOS, Marilene Carneiro. ALVES, Felipe Dalenogare. AMORIM, Rafael Amorim de. Edições Câmara, 2024

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo. Editora Concorrente. 2015

CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid, Instituto Nacional de Administracion Publica.

CRETELLA JUNIOR, José. *Fundamentos do Direito Administrativo*.

CUNHA, Ricardo Sousa da. TEIXEIRA, Fabiano Bastos Garcia. *Uma Perspectiva Jurídico-Comparada sobre o Princípio da Legalidade Administrativa*. Em: DIAS, Maria Tereza Fonseca. Direito Administrativo Comparado: Desafios metodológicos e questões jurídicas contemporâneas. Expert editora. Belo Horizonte. 2022

DEZAN, Sandro Lúcio. HERKENHOFF, Henrique Geaquito. GUIMARÃES, Jader Ferreira. *A Administração Pública Concretista de Direitos Fundamentais – um olhar para além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2019

DEZAN. Sandro Lúcio. *Da constitucionalização à democratização do Direito Administrativo*. Revista Justiça do Direito. V. 35, nº 3, 2021

DEZAN. Sandro Lúcio. *O Conteúdo Valorativo da Norma Jurídica: A Fenomenologia do Direito e os Valores Axiomáticos para uma Juridicidade Concretista da Administração Pública*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2017

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Da Constitucionalização do Direito Administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. In: Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun. 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2022.

DONNAT, Francis. *Le controle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union*. en AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014

DUGUIT, Leon. *Manuel de droit administratif*. Quatrième édition. Paris: Broccard, 1923

DURAND, Claire-Françoise. AUBY, *Typologie des interventions*. en: Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2ª Ed. Bruylant. Lyon. 2014

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. 13. ed. Madrid: Civitas, 2013

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Políticas públicas e relações internacionais*. Brasília: Enap, 2018.

FERREIRA, Fernanda Mesquita. *Evolução da Contratação Pública no Direito da União Europeia e no Direito Brasileiro: análise comparativa das principais alterações da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos na União Europeia e do projeto de lei do Senado Federal nº 559/2015 que institui a Nova Lei de Licitações e Contratos no Brasil*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jul/set. 2015

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 1ª ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021

FILHO. Antônio Carlos Acioly. *A Aplicação do Regulamento de Aquisições do BIRD frente à Constituição Federal e aos Princípios Licitatórios Brasileiros*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Católica de Brasília. 2020

FILHO, Getúlio Velasco Moreira. *Como as experiências europeias e estadunidense pode contribuir com o diálogo competitivo brasileiro?* Revista Digital de Direito Administrativo. vol 10, n.1, Universidade de São Paulo. 2023

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Saraiva Ju. São Paulo. 2015

FRANCE. *Code des relations entre le public et l'administration*, de 23 juin 2024. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/ . 23/06/2024

FRANCE. *Constituição da França*. 21/07/24. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf

FRANCE. *Le Dialogue Compétitif*. 21/07/24. Disponible en: <https://wp.francemarches.com/app/uploads/2022/03/dialogue-competitif.pdf>

HAUGBOLLE, K. *et al. Competitive Dialogue: Driving innovation through procurement?* *th Nordic Conference on Construction Economics and Organization. 2015

HEINEN, Julian. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei14133/21*. 1ª Ed. JusPODIVM. Salvador. 2021

HORBACH, Carlos Bastide. *Objeto e conceito do direito administrativo: revisão crítica*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, nº3, 2017

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1949

JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. *A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 3. p. 138.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003

KRISH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *A Emergência de um Direito Administrativo Global*. In Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil/organizadora Michelle Ratton Sanchez Badin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2016.

LADEUR, Karl-Heinz. “*The State in International Law*.” CLPE Research Paper 27/2010. Vol. 06 No. 6. 2010.

LENFERNICK *et al. Public-Private interaction in contracting governance strategies in competitive dialogue of dutch infrastructure projects*. Public Administration. Vol 91, nº 4. 2013

LIMA, Helton Roseno. *Controle Externo, Administração Pública e Transparência Administrativa*. Revista da AGU, nº 17. Brasília, 2018

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. 1ª Ed. Ed Juruá. São Paulo. 2013

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2007.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MAIA, Paulo Roberto Fontenele. *Diálogo Competitivo: materização da administração consensual e alternativa à opacidade algorítmica no setor público*. Em: Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Amapá, v.1. 2013

MARS, Sylvia de. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012

MARS, Sylvia de. OLIVIER, Frédéric. *Competitive Dialogue in France*. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª Ed. Forum. Belo Horizonte. 2018.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MEDAUAR, Odete; ÁVILA, Humberto (Org.) *Segurança Jurídica e Confiança Legítima*. In Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005

MENDES, Joana. “*Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems*” In: CHITI, Eduardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. New York: Springer, 2011.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 8ª Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2019, p. 173.

MIRANDA, José Alberto Antunes de. “*Sociedade e governança global: perspectivas para as ações coletivas no direito e na política em um mundo fragmentado*.” Rev. secr. Trib. perm. revis., Asunción, v. 8, n. 15, p. 208-226, Mar. 2020.

MORIC, Kim. *Le Dialogue Compétitif et les marches publics complexes. La mise en oeuvre du dialogue compétitif étape par étape*. Bruxelles. Larcier, 2013.

NANCLARES. José Martín Pérez. CORRES. Mariola Urrea. *Tratado de Lisboa*. Madrid. Real Instituto Elcano. 2010

NETO. Celso de Almeida Afonso. *Diálogo Competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. Em: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Editora Itala. Curitiba. 2019.

NUNES, Ivan Santos. *Diretiva 2014/24/EU do Parlamento e do Conselho Europeu: Paradigma a ser utilizado nas contratações brasileiras*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jul/set. 2015

OCDE. Documento Sigma No 27 - *Principes Européens d'Administration Publique*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kml60zsw8bx-fr.pdf?expires=1716061746&id=id&acname=guest&checksum=328F06189EDFD8D230556796B71C6BA3>. 03/05/24

ODENT, Bruno. TRUCHET, Didier. *La Justice Administrative*. 2ª Ed. Puf, Paris. 2008

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *As diretivas europeias da contratação pública no cenário internacional: o caso do diálogo concorrencial*. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; PORTELA, Irene Maria; VEIGA, Fábio da Silva. Paradigmas do Direito Constitucional Atual. Barcelos: IPCA, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte. Fórum, 2021.

PAULA. Luiza Valgas de. *A Participação Privada em Procedimentos Licitatórios: análise comparativa do cenário atual e das possibilidades futuras de aplicação do Diálogo Competitivo no Brasil e na Inglaterra*. Em: DIAS, Maria Tereza Fonseca. Direito Administrativo Comparado: Desafios metodológicos e questões jurídicas contemporâneas. Expert editora. Belo Horizonte. 2022

PAULA. Luiza Valgas de. *O Diálogo Competitivo no Brasil: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022.

PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas. Servanda, 2010

PIERRE. Yves Quiviger. *Normes Européennes et droit administratif français*. Noesis, 2020

PORTUGAL, **Decreto-Lei nº 111-B/2017**. 21/07/24. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/111-b-2017-108086621>

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 21/07/24. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015**. 21/07/24. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5ª Ed. São Paulo. Saraiva, 1969

REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo – risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 3ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2024

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 13ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2018

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações Internacionais*. Brasília. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratosv1/60-ciclo-de-capitacao/07.SlidesRafaelWallbach.pdf>. Acesso em: 03/05/2024.

SILVA, Alice Rocha da. FIRME, Telma. “*A contribuição do Direito Administrativo Global para a construção de regras de responsabilidade social empresarial*.” Revista Estudos Institucionais, vol.3, 1, 2017.

SILVA, Alice Rocha da. SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. *A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação pública à luz do Princípio da Transparência*. Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 2, 2016.

SILVA, Alice Rocha da. SANTOS, Ruth Maria Pereira. *As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13 n. 3, 2016.

SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010

SOUSA JUNIOR, Aluisio Martins. *Princípios Aplicáveis às licitações públicas: análise comparativa entre a lei brasileira de licitações e contratos e a Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho*. Publicações da Escola da AGU. Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra istituzioni e Sistemi. V, 39 jl/set. 2015

SOUSA, Antônio Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Vida Económica. 2016

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. 1ª Ed. Reuters Brasil, 2018

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. 1ª Ed. Martinsfontes, 2011.

TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal na Spain*. Tese de Doutorado. Universidade de Nottingham. Nottingham. 2010.

TELLES, Pedro. *Competitive Dialogue in Portugal*. ARROWSMITH, Sue. CRAVEN, Richard. *An analysis of use of competitive dialogue in the EU*. In ARROWSMITH, Sue. TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. CambridgeUniversity Press, 2012

TELLES, Pedro. *Reflecting on 18 years of competitive dialogue*. Copenhagen Business School. Law Research Paper Series nº 22-09. 2022

UNIÃO EUROPEIA. *Contratos públicos – regras para os setores de água, energia, transportes e serviços postais*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/public-procurement-rules-for-water-energy-transport-and-postal-sectors.html>

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2004/18/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018> . 03/05/2024

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/23/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> . 03/05/2024

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/24/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> . 03/05/2024

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Directiva 2014/25/EU*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> . 03/05/2024

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, Conselho e Comissão. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. De 07 de junho de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR> . 03/05/2024

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre funcionamento da União Europeia*, de 7 de junho de 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF . 03/05/2024.

ZILLER, Jacques. *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*. en AUBY, Jean-Bernard. ROCHÈRE, Jacqueline Dutcheil de la. *Traité de Droit Administratif Européen*. 2^a Ed. Bruylant. Lyon. 2014