

ARTIGO

OS MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL PRESENTES NA LEI 14.133/2021 COMO FORMA DE PREVENÇÃO À CAPTURA DO DIÁLOGO COMPETITIVO

THE SOCIAL CONTROL MECHANISMS PRESENT IN LAW 14,133/2021 AS A MEANS OF PREVENTING THE CAPTURE OF COMPETITIVE DIALOGUE

Lucas Araújo Meneses¹

Pós-Graduando em Direito - UFC

Graduado em Direito – UFC

RESUMO

A Lei nº 14.133/2021, conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), trouxe consigo um novo método para a escolha de soluções para a Administração Pública: o diálogo competitivo. A inovação, que busca fomentar a participação de empresas privadas no procedimento licitatório, não está isenta de preocupações. Uma delas reside na possibilidade de captura da licitação por grupos de interesse privados, que podem influenciar o processo em benefício próprio, em detrimento do interesse público. É nesse contexto que surge a pesquisa em questão, com a hipótese de que o controle social pode ser crucial para mitigar esse fenômeno. Ao promover a transparência e a inclusão de diversos grupos sociais, a participação popular por meio do controle social pode garantir que a escolha das melhores soluções seja feita de forma democrática e imparcial. Com o objetivo geral de analisar como a participação popular na NLLC pode contribuir para evitar a captura do diálogo competitivo, a metodologia da pesquisa incluirá revisão bibliográfica abrangente de livros, artigos científicos e legislação com finalidade descritiva e exploratória. Em suma, a pesquisa se propõe a promover o controle social como um escudo contra a captura do diálogo competitivo, garantindo que a NLLC cumpra seu papel de promover a gestão pública eficiente, transparente e democrática.

PALAVRAS-CHAVE

Lei nº 14.133/2021. Nova Lei de Licitações Diálogo competitivo. Captura. Controle social.

¹ Contato: lucasmnss931@gmail.com

ABSTRACT

Law No. 14,133/2021, known as the New Administrative Tenders and Contracts Law (NLLC), brought with it a new method for choosing solutions for Public Administration: competitive dialogue. The innovation, which seeks to encourage the participation of private companies in the bidding procedure, is not without concerns. One of them lies in the possibility of capture of the bid by private interest groups, which can influence the process to their own benefit, to the detriment of the public interest. It is in this context that the research in question arises, with the hypothesis that social control can be crucial to mitigate this phenomenon. By promoting transparency and the inclusion of various social groups, popular participation through social control can ensure that the choice of the best solutions is made in a democratic and impartial way. With the general objective of analyzing how popular participation in the NLLC can contribute to avoiding the capture of competitive dialogue, the research methodology will include a comprehensive bibliographic review of books, scientific articles and legislation with descriptive and exploratory purposes. In short, the research proposes to promote social control as a shield against the capture of competitive dialogue, ensuring that the NLLC fulfills its role of promoting efficient, transparent and democratic public management.

KEYWORDS

Law No. 14.133/2021. New Bidding Law. Competitive dialogue. Regulatory capture. Social control.

1 INTRODUÇÃO

A Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, tornou-se um marco significativo no campo das licitações no Brasil, trazendo consigo uma série de mudanças e inovações que objetivam modernizar os procedimentos de contratação na administração pública. No cerne dessas transformações, destaca-se a introdução do método consensual de diálogo competitivo, uma abordagem destinada a ampliar a participação das empresas privadas no processo decisório da Administração Pública para a escolha de soluções.

No entanto, apesar de seus propósitos, o método consensual de diálogo competitivo não está isento de riscos. Um dos principais riscos associados é a captura por interesses privados do procedimento licitatório, onde grupos específicos podem influenciar o processo decisório em benefício próprio, em detrimento do interesse público mais amplo. De forma que a captura pode comprometer a integridade do processo licitatório, distorcendo a seleção da solução mais vantajosa para a sociedade.

Assim, surge a necessidade de explorar como os mecanismos de controle social previstos na NLLC podem mitigar esses riscos e fortalecer a transparência e a imparcialidade do diálogo competitivo. Por conseguinte, o controle social emerge

como um tema de fundamental importância para a efetividade e a integridade dos processos licitatórios. Já que é por meio desse controle que os cidadãos e organizações da sociedade civil têm a capacidade de monitorar, questionar e influenciar as decisões tomadas pelos órgãos públicos, contribuindo assim para a prevenção da corrupção, o uso eficiente dos recursos públicos e a promoção da equidade.

Neste contexto, este artigo tem como objetivo analisar como a participação popular pode atuar como um contrapeso eficaz contra a captura do diálogo competitivo. A pesquisa será conduzida por meio de uma revisão bibliográfica abrangente, que incorporará uma variedade de fontes, incluindo livros, artigos científicos e análises jurídicas. Ao examinar criticamente essas contribuições, espera-se identificar estratégias e melhores práticas que fortaleçam a integridade e a eficácia do método consensual de diálogo competitivo e do controle social, promovendo um ambiente de contratações públicas mais justo e responsável.

Diante dessa interseção, a problematização central que se apresenta sobre a temática é: Como as mudanças relacionadas ao controle social introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 podem contribuir para prevenir a captura do Diálogo Competitivo?

A escolha do presente tema fundamenta-se na relevância que o método consensual de licitação dialógica concorrencial pode ter e na importância do controle social como ferramenta para garantir a transparência, a integridade e a eficiência desse procedimento. Sabe-se que o controle social desempenha um papel crucial em sociedades democráticas, garantindo que os recursos públicos sejam utilizados de maneira responsável e em benefício do bem-estar coletivo. Com a reforma da Lei de Licitações, abre-se uma oportunidade única para examinar como os mecanismos de controle social contidos na citada norma podem contribuir para prevenir a captura do Diálogo Competitivo.

O trabalho divide-se em dois capítulos, sendo o primeiro destinado à exposição do método consensual licitatório do Diálogo Competitivo. Enquanto o capítulo segundo destaca a captura dos procedimentos, os mecanismos de controle social e os desafios ao controle de tal procedimento.

2 O DIÁLOGO COMPETITIVO

O diálogo competitivo, amplamente reconhecido no direito comparado, está inserido em procedimentos concorrenciais que permitem a negociação entre o ente estatal contratante e os particulares, além da coleta de informações dos mesmos para fundamentar uma melhor decisão administrativa (ARAGÃO, 2021). Através desse procedimento negociado, Estado e particulares constroem consensualmente a solução mais adequada para atingir a finalidade pública almejada pelo procedimento licitatório previsto na legislação.

A esse respeito, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLCC) - Lei nº 14.133/2021, inspirada principalmente no direito europeu, introduziu significativas inovações no campo das contratações públicas. No que concerne às modalidades de licitações, há a introdução da modalidade conhecido internacionalmente como “diálogo competitivo”. Por meio da qual a Administração Pública e os licitantes privados colaboram e negociam durante o próprio processo licitatório.

Assim, o objetivo do diálogo é desenvolver soluções técnicas inovadoras que atendam de forma precisa às necessidades do contratante, que motivaram a abertura do procedimento licitatório. Caracterizando-se como um que método busca promover uma interação mais dinâmica e colaborativa entre as partes envolvidas, permitindo a elaboração conjunta de soluções que melhor atendam aos interesses públicos, pois, fortemente inspirado na crescente valorização da consensualidade e da participação dos particulares nas decisões administrativas.

Desse modo, ao possibilitar essa troca de informações e ideias durante a licitação, o diálogo competitivo visa impulsionar a inovação e a eficiência na contratação pública, alinhando as soluções técnicas às necessidades específicas da Administração Pública e, conseqüentemente, otimizando o uso dos recursos públicos.

Antes de ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, o diálogo competitivo já era uma prática presente no direito estrangeiro. Pedro Telles (2010) ressalta que a demanda por aquisições públicas mais flexíveis foi identificada no Reino Unido antes de se tornar tema de discussão em outras partes da Europa, marcando seu início duas décadas antes de ganhar destaque no continente europeu no final da década de 1990, visto que o diálogo competitivo representa uma abordagem mais adaptável e aberta, permitindo que o setor público e os licitantes possam interagir e discutir de forma construtiva durante a fase de negociações, visando encontrar soluções inovadoras e mais adequadas para atender às necessidades públicas.

Após o êxito da abordagem competitiva adotada pela Inglaterra, conhecida como *competitive dialogue*, os demais países da União Europeia adotaram essa modalidade de contratação menos hierarquizada por meio da Diretiva 2004/18/CE, que a denominou como “Diálogo Concorrencial”. O legislador da União Europeia definiu, no artigo 1º, item 11, alínea c, da mencionada Diretiva, que o “Diálogo Concorrencial” consistia no:

o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta.

Nesta modalidade concorrencial, a negociação com o particular se iniciava antes mesmo da definição exata do objeto a ser contratado, em uma combinação de fases internas e externas do processo licitatório. Após 10 anos de vigência, a Diretiva 2004/18/CE foi revogada, substituída pela Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, cujo principal objetivo era revisar e modernizar a diretiva anterior, visando aumentar a eficiência dos gastos públicos e permitir que os adquirentes utilizem os contratos públicos de forma mais eficaz para alcançar objetivos sociais comuns.

Nesse sentido, a nova Diretiva não só manteve o Diálogo Concorrencial como uma opção licitatória, mas também ressaltou, no item 42 de suas considerações, que essa modalidade:

revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados.

O tratamento da matéria se concentra, principalmente, no artigo 30 da Diretiva, que representa uma inovação ao introduzir um artigo específico para detalhar as possibilidades de emprego do procedimento. Em contraste com a norma anterior, que apenas mencionava genericamente a possibilidade de utilizar o diálogo em contratos particularmente complexos, o artigo 26 da Diretiva 2014/24/UE estipula as situações específicas em que a Administração Pública pode recorrer ao mecanismo dialógico, quais sejam:

No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios: i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis, ii) os produtos ou serviços incluem a concessão ou soluções inovadoras, iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associados, iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na acessão dos pontos 2 a 5 do Anexo VII; b) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços, se, em resposta a um concurso aberto ou limitado, só tiverem sido apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis. Nestas situações, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a publicar um anúncio de concurso se incluírem no procedimento todos os proponentes, e exclusivamente os proponentes, que satisfaçam os critérios referidos nos artigos 57º a 64º e que, no concurso aberto ou limitado anterior, tenham apresentado propostas que correspondam aos requisitos formais do procedimento de contratação.

Com vistas a detalhar o procedimento delineado pela Diretiva, Thiago Marrara (2021) explica que:

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

No Brasil, a Lei nº 14.133/2021, por meio do artigo 28, estabelece o “diálogo competitivo” como uma modalidade geral de licitação. No entanto, sua abrangência foi expandida pelos artigos 179 e 180 da mesma lei, os quais modificaram as Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004, as qual estão relacionadas às licitações de concessões comuns de serviços públicos e parcerias público-privadas, respectivamente.

A regulamentação detalhada do diálogo competitivo é delineada principalmente pelo artigo 32 da Lei nº 14.133/2021, que estabelece claramente ser uma modalidade licitatória excepcional, condicionando a aplicação do dispositivo a situações específicas bem definidas. Haja vista que artigo deixa claro que o diálogo competitivo não é a regra, mas sim uma opção a ser considerada em contextos particulares, onde a complexidade da contratação demanda uma abordagem mais flexível e interativa para encontrar as melhores soluções técnicas. A saber:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I — vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II — verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

Nas palavras do professor Alexandre Santos de Aragão (p. 54, 2021) o diálogo competitivo:

Ao contrário dos pregões, da concorrência e outras modalidades licitatórias mais corriqueiras, por sua própria natureza e escopo, reclama um grau de desconhecimento maior por parte do ente licitante. Em síntese, o diálogo competitivo será cabível naquelas hipóteses em que a Administração Pública, ciente dos objetivos que deseja alcançar com a licitação, não conhece adequadamente os mecanismos para a consecução das suas finalidades. Em outras palavras, a Administração sabe aonde quer chegar com a licitação, mas desconhece ou tem dúvidas acerca da melhor solução a ser adotada para que ela possa alcançar o seu objetivo.

Isto porque, o diálogo concorrencial se destina especialmente a contratos que envolvem objetos mais complexos, nos quais a Administração, frequentemente, carece da expertise necessária para definir os elementos que atendam plenamente às suas necessidades. Isso ocorre porque tais contratos frequentemente abrangem áreas técnicas ou inovadoras, onde os requisitos são multifacetados e as soluções não são facilmente padronizadas. Tal complexidade, pode resultar da necessidade de tecnologias avançadas, métodos de execução especializados ou requisitos regulatórios específicos. (CABRAL; DE MELO, 2023).

Ou seja, são circunstâncias em que a Administração muitas vezes enfrenta dificuldades para formular especificações precisas ou avaliar adequadamente as propostas recebidas. Portanto, a aplicação do diálogo competitivo, conforme descrito no mencionado inciso I, se justifica quando as alternativas técnicas amplamente conhecidas e disponíveis no mercado não são adequadas para alcançar a finalidade desejada na contratação. Diante dessa lacuna ou limitação das opções convencionais, a legislação permite ao Estado buscar a criatividade e a expertise do setor privado para, por meio de um diálogo dinâmico e colaborativo, desenvolver a solução mais adequada para atingir os objetivos propostos.

Em resumo, esse mecanismo possibilita uma interação mais profunda e cooperativa entre o setor público e privado, sendo especialmente aplicável em projetos inovadores e disruptivos que a Administração queira realizar, mas que exigem soluções igualmente inovadoras para serem viabilizadas. Essa abordagem é uma resposta flexível às demandas por soluções técnicas inovadoras e contribui para a consecução eficiente dos objetivos do contrato público.

O inciso II da legislação aborda situações em que a Administração Pública se depara com duas ou mais alternativas viáveis para atingir seus objetivos, mas possui dúvidas quanto à escolha da mais adequada. Diante desse cenário de incerteza, a Administração pode recorrer à expertise do setor privado para auxiliá-la na definição do melhor desenho técnico, jurídico, financeiro ou de qualquer outro aspecto relevante do contrato.

A expressão “com destaque para os seguintes aspectos”, presente no inciso, indica que as alíneas apresentadas não esgotam as possibilidades de uso do diálogo competitivo. Pelo contrário, essa modalidade pode ser aplicada de forma flexível, permitindo explorar alternativas pertinentes para o projeto em questão. Isso significa que o diálogo competitivo não se limita apenas às situações explicitamente mencionadas na legislação, mas pode ser adaptado conforme as necessidades específicas de cada processo licitatório. Dessa forma, a Administração tem a liberdade de utilizar essa ferramenta de forma criativa e estratégica, buscando sempre as soluções mais eficientes e adequadas para alcançar seus objetivos.

Apesar das tentativas legais de delimitar a aplicabilidade do diálogo competitivo, os requisitos estabelecidos para sua utilização são delineados de forma relativamente ampla, o que pode gerar insegurança quanto a sua utilização. Já que a justificativa para a escolha dessa modalidade em detrimento de outras mais amplamente aplicáveis assume um papel crucial para a validade jurídica do procedimento.

Dado que se trata de uma hipótese licitatória excepcional, a Administração deve ser capaz de evidenciar, com base em dados não apenas jurídicos, mas também técnicos, econômicos, entre outros, que o diálogo competitivo era a abordagem mais adequada, de maneira concreta, para atender aos interesses públicos. Isso é especialmente relevante considerando a natureza disruptiva do objetivo que se busca alcançar (ARAGÃO, 2021).

Uma vez confirmada a viabilidade do diálogo competitivo, esse processo licitatório segue três fases sequenciais: (i) fase de qualificação; (ii) fase de diálogo; e (iii) fase de competição. Enquanto a primeira e a última fases são estruturadas e objetivas, alinhadas com a racionalidade procedimental das modalidades licitatórias tradicionais, a grande inovação reside na fase intermediária do diálogo. Na fase de pré-seleção, não há uma definição completa de critérios ou pré-requisitos. Os termos e condições necessários para avançar no certame serão estabelecidos no instrumento convocatório, garantindo, contudo, que sejam objetivamente mensuráveis. É essencial que a ampliação dos possíveis requisitos de qualificação não resulte em uma análise subjetiva dos candidatos.

Na fase de avaliação qualitativa, a Administração deve seguir critérios gerais e tão objetivos quanto possível, conforme descrito no edital (art. 32, §1º, II). Isso significa que os requisitos estabelecidos devem ser claros, mensuráveis e não deixar espaço para interpretações subjetivas, observando que a transparência na definição desses critérios é fundamental para garantir a equidade e a imparcialidade na seleção dos participantes aptos a prosseguirem no processo licitatório. Dessa forma, a administração pública busca garantir a eficiência e a eficácia do certame, selecionando os licitantes com base em critérios objetivos e transparentes.

Em outra frente, com a fase de diálogo, se inicia a etapa de negociação, onde a Administração e os particulares envolvidos efetivamente iniciam as discussões sobre o termo do negócio, buscando a melhor solução para atingir os objetivos pretendidos. Essa fase é naturalmente mais flexível e dotada de maior discricionariedade, visto que os contornos do objeto da contratação são definidos durante as discussões, à medida que as soluções surgem e as condições apresentadas pelos licitantes são avaliadas pela comissão processante.

É fundamental ressaltar que, ao contrário de outras modalidades licitatórias já consolidadas no ordenamento brasileiro, a fase comercial do diálogo competitivo ocorre durante o próprio procedimento licitatório. As flexibilizações e debates sobre os possíveis objetos da contratação são concomitantes ao desenvolvimento do certame público, representando uma condição essencial para o seu próprio rito (ARAGÃO, 2021).

Nesse contexto, a participação da sociedade, por meio do exercício do controle social, ganha extrema relevância. Isto porque, a promoção da transparência e a participação ativa dos cidadãos são pilares essenciais para assegurar a condução ética, justa e alinhada aos interesses públicos nas negociações, contribuindo para coibir a corrupção e a captura durante o procedimento como observar-se-á mais detalhadamente no capítulo a seguir.

Por último, vale ressaltar que a fase competitiva, embora derivada da fase de diálogo, é independente desta. Por conseguinte, não é obrigatório que o concorrente que tenha proposto a melhor solução técnica para atender aos objetivos da Administração seja necessariamente aquele que apresentará a proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, vencerá a licitação. Isto é, não há uma correlação direta entre o concorrente que ofereceu a melhor solução na fase de diálogo e aquele que apresentará a proposta mais vantajosa na fase competitiva (TELLES, 2010).

Tal abordagem busca garantir que a escolha da proposta mais vantajosa leve em consideração não apenas a solução técnica, mas também outros critérios previamente estabelecidos, como custos, prazos, qualidade, sustentabilidade, entre outros. Dessa forma, a Administração visa garantir uma contratação que atenda de maneira abrangente e equilibrada aos interesses públicos, indo além da excelência técnica e considerando uma variedade de aspectos para alcançar a melhor relação custo-benefício (ARAGÃO, 2021).

No entanto, é crucial reconhecer os desafios enfrentados nesse contexto. Certo que a complexidade do processo de diálogo competitivo torna-se um obstáculo à compreensão e à participação efetiva da sociedade civil e dos atores econômicos nesse procedimento, de modo que o gestor público, após três anos de vigência da norma, raramente utiliza-se essa modalidade licitatória (TELLES, 2010).

Além disso, como ver-se-á no capítulo a seguir existe o risco de que interesses privados possam influenciar o processo, prejudicando a eficiência e a legitimidade das contratações. Portanto, é necessário estar atento e agir proativamente para mitigar esses desafios, sendo o controle social uma das formas de prevenir e mitigar esses riscos ao método licitatório consensual de diálogo competitivo.

3 A CAPTURA DO DIÁLOGO COMPETITIVO E O CONTROLE SOCIAL NA LEI 14.133/2021 COMO FORMA DE PREVENÇÃO

Nos últimos anos, a crescente adoção de meios consensuais pela administração tornou-se relevante à medida que esses instrumentos possibilitaram a participação dos particulares - tanto aqueles diretamente envolvidos quanto os simplesmente interessados - no processo de tomada de decisões administrativas. O que possibilita uma maior aceitação em vez da imposição, especialmente no âmbito das relações contratuais administrativas (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009).

Nesse contexto, a administração Consensual representa a evolução de um modelo anteriormente centrado no ato administrativo unilateral para um modelo que incorpora os acordos administrativos, tanto bilaterais quanto multilaterais. Cujas disseminação visa orientar a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático. Isso capacita o Estado contemporâneo a desempenhar suas tarefas e alcançar seus objetivos de forma compartilhada com os cidadãos (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009).

Isto posto, observa-se que a Administração Pública Consensual é fruto do movimento de modernização da gestão administrativa, que quebra com o paradigma baseado na unilateralidade imperativa dos atos administrativos, em favor de um modelo fundamentado no diálogo, na negociação, na cooperação e na coordenação. Embora mantenha a lógica da autoridade, essa abordagem é agora enriquecida pela lógica do consenso (DI SALVO, 2018).

De fato, apesar de o tema ser discutido no Brasil há quase duas décadas, somente recentemente tem-se observado um engajamento mais efetivo por parte da Administração na adoção de técnicas consensuais, especialmente, dos órgãos que exercem o Controle Externo. Isso se deve, em parte, à resistência inicial de uma parcela cética de estudiosos, que argumentava que a transação seria incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Esses críticos questionavam se o gestor estaria autorizado a negociar um interesse que não lhe pertence (DANTAS, 2020).

No entanto, essa objeção não se sustenta quando se considera uma leitura atualizada e sistemática das normas que regem o direito administrativo. Isto porque, o princípio da indisponibilidade do interesse público não impede necessariamente a transação, uma vez que o interesse público é mais abrangente do que os meros interesses da Administração ou da Fazenda Pública. Além disso, o princípio da

eficiência pode justificar a adoção de medidas consensuais em detrimento de soluções unilaterais.

Sob a ótica da eficiência, a consensualidade torna-se preferível em muitas situações como nas licitações. Observado que a Administração Pública é instrumental e, desde o início do século, aspira-se a um ideal administrativo que abandone o formalismo excessivo em favor de um modelo que valorize mais os resultados do que os procedimentos. Conforme salientado por Dallari (2002), é necessário superar as concepções burocráticas ou formalistas, priorizando o exame da legitimidade, economicidade e razoabilidade em prol da eficiência.

Acerca da boa administração da justiça, destaca Di Salvo (2018, p. 38-39):

[...] não impõe um dever-ser que cede às pressões de resultados quantitativos, aliás, a boa administração da justiça concentra-se sobretudo nos meios de distribuição da justiça e na obtenção de resultado segundo um parâmetro de qualidade.

Isso implica em rejeitar a busca pela eficiência a qualquer custo, sem considerar a participação do administrado, quando é razoável incluí-lo no processo decisório. A aspiração não se limita apenas a alcançar resultados quantitativos, mas também qualitativos. É crucial buscar uma inclusão efetiva, tanto porque a democracia administrativa a exige, quanto porque, na realidade em que o poder está disperso em redes, a participação colaborativa no processo decisório ilumina o caminho para que o responsável pela decisão final possa escolher a melhor (e, portanto, mais eficiente) solução (DANTAS, 2020).

É relevante ressaltar que o conceito de democracia administrativa está intrinsecamente ligado ao pluralismo administrativo. Ou seja, é necessário reconhecer que a legitimidade democrática do exercício do poder estatal não é alcançada apenas pela qualidade das leis e pela subordinação da atuação administrativa a elas. Para garantir a legitimidade, é fundamental que os cidadãos e demais agentes econômicos sejam incluídos de forma participativa nos processos decisórios. De forma que, o método consensual e o controle social se configuram como ferramentas essenciais para a construção de uma democracia administrativa.

E pontua DI SALVO (2018) que a representatividade do administrado sobre a atuação administrativa é um aspecto fundamental que redefine a dinâmica da democracia administrativa, estabelecendo uma ligação estreita com a democracia participativa. Logo, não se trata apenas da participação ocasional dos administrados, mas na sua efetiva representação nos processos decisórios da administração pública como os licitatórios.

É nesse sentido a irretocável síntese feita por Odete Medauar (2003, p. 211):

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesse entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.x

Neste contexto, JEAN RIVERO (1981) faz referência a uma modalidade de atividade administrativa na qual o acordo contratual assume uma importância cada vez maior, qual seja o consensualismo. No entanto, o autor reconhece que o uso de modelos consensuais pela Administração pública pode conduzir à conluio e até mesmo a situações em que os interesses individuais ou de grupos prevalecem sobre os interesses coletivos como pode ocorrer no Diálogo Competitivo.

Por outro lado, é fundamental explorar outro conceito relevante: a discricionariedade. Trata-se da margem de liberdade concedida à Administração para tomar decisões, mesmo quando há diretrizes legais estabelecidas. Nesse sentido, a discricionariedade permite que o administrador público gerencie um determinado ato considerando critérios como oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade e interesse público. Em suma, a discricionariedade ocorre quando a lei oferece à Administração a possibilidade de escolher entre diversas alternativas válidas perante o direito, cabendo-lhe decidir com base no mérito específico de cada situação administrativa (DI PIETRO, 2023).

No entanto, conforme Rafael Sergio Lima de Oliveira (2021) observa, a legislação brasileira sobre contratações públicas é tão minuciosa na descrição dos procedimentos que há pouco espaço para o exercício da discricionariedade nas licitações. Logo, sendo a discricionariedade inerente à modalidade amplia-se a margem para atuação dos órgãos de controle, o que dificulta a tomada de decisões pelos gestores em prol do interesse público. Assim, antes de buscar soluções eficazes, os gestores ponderam se as medidas necessárias não aumentarão o risco de responsabilização pessoal.

Note-se que essa flexibilidade é crucial para lidar com circunstâncias complexas e variáveis, garantindo que as decisões administrativas sejam tomadas de forma eficiente e em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico a exemplo das hipóteses de aplicação do diálogo competitivo.

Dessa forma, o diálogo entre empresas privadas e a administração pública tornar-se-á inevitável e continuará sendo essencial para encontrar soluções governamentais, especialmente quando os servidores públicos carecem de conhecimento técnico suficiente para adotar soluções exclusivas ou personalizadas. Tanto que a própria Administração Pública, na NLLC, reconhece suas limitações para definir de forma adequada ou abrangente os objetos complexos das futuras contratações.

O Estado já não opera de forma isolada nas decisões administrativas e não é necessariamente o único capaz de propor as melhores soluções para a sociedade. A Administração Pública reconhece que não governa sozinha e não deve privilegiar seus interesses institucionais em detrimento do bem-estar coletivo (DANTAS, 2020). Logo, esse entendimento reflete-se em uma abordagem mais aberta e colaborativa, na qual o diálogo entre os setores público e privado é visto como uma oportunidade para enriquecer e aprimorar as políticas e iniciativas governamentais, visando sempre o interesse público e o benefício da sociedade como um todo.

Como observado por Dallari (2002), há algum tempo, uma mudança de paradigma tem sido notada: o particular já não é encarado como um adversário da Administração Pública, mas sim como um colaborador na promoção dos interesses públicos. Em vez de serem vistos como meros destinatários das políticas governamentais, os particulares são reconhecidos como agentes ativos na realização do bem comum.

Nesse contexto, a abordagem gerencial pressupõe que as soluções consensuais nas contratações públicas serão deliberadas de forma bilateral entre a Administração Pública e as empresas privadas. Assim, as decisões são o resultado de negociações que levam em conta os interesses e perspectivas de ambas as partes envolvidas no processo de contratação pública (DANTAS, 2020).

Ocorre que, em certos casos, como evidenciado pela realidade brasileira, empresas privadas podem recorrer à corrupção de agentes públicos em busca de benefícios em contratos administrativos, obtenção de licenças empresariais, isenções de fiscalização e controle, ou na busca de cláusulas regulatórias mais favoráveis. De modo que, a existência desses arranjos ilícitos entre agentes públicos e empresas privadas corrompe o interesse público.

O cerne desta monografia é abordar a dualidade enfrentada pelo Estado e seus agentes públicos. Por um lado, há a inevitabilidade e a importância do diálogo com o Estado para promover o interesse público por meio da modalidade licitatória do Diálogo Competitivo. Por outro lado, há a dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade, de evitar que esses diálogos resultem no desvirtuamento dos interesses públicos, seja devido a práticas corruptas ou à assimetria técnica e informacional em detrimento da administração pública e em privilégio da iniciativa privada.

Não obstante, a legislação brasileira estabeleça diversas normas para prevenir práticas que priorizem interesses privados sobre os públicos, como o código de conduta ética do agente público e normas deontológicas, bem como a Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Conflito de Interesses, em muitas situações essas leis não garantem que os agentes públicos atuem em benefício do interesse público, evitando assim benefícios próprios ou de terceiros.

Desse modo, a corrupção representa um sério obstáculo para o processo de legitimação do Estado perante a população. Ora, se a legitimidade do Estado moderno se baseia na ordem jurídica e a corrupção é justamente a sua subversão por parte de representantes do próprio Estado, então a corrupção sempre prejudicará a legitimidade estatal. Quando a atividade administrativa é deliberadamente desviada para atender a interesses privados em detrimento dos interesses públicos, a falta de legitimidade do Estado se agrava ainda mais. Em um contexto em que a honestidade é desvalorizada e o comportamento antiético é recompensado, a percepção de legitimidade do Estado é comprometida aos olhos dos cidadãos (SCHIEFLER, 2016).

Observa-se, conseqüentemente, uma estreita relação entre os diálogos público-privados e a ocorrência de corrupção. É evidente que a corrupção não surge por acaso, mas sim por meio de intenções e acordos deliberados. Portanto, qualquer acordo ilegal entre um agente público e um agente econômico deve ser necessariamente estabelecido por meio de comunicação. Sem diálogo, não há conluio. A comunicação é um pressuposto factual da corrupção, do conluio, da conspiração, do embuste; todos esses acordos dependem da conciliação ilícita de interesses privados em detrimento dos interesses públicos (CASTRO, 1994).

A partir da premissa da inevitabilidade da comunicação, pode-se concluir que os diálogos entre setores público e privado estão diretamente ligados à origem de práticas corruptas, assim como às possíveis vantagens resultantes da cooperação entre agentes públicos e econômicos. Ainda assim, destaque que tais diálogos são fundamentais para a realização de acordos, sejam eles legítimos ou ilícitos, que podem ter impactos significativos na sociedade e na governança pública (SCHIEFLER, 2016).

Parte superior do formulário

É clara a necessidade de intercâmbio de informações entre agentes públicos e econômicos, especialmente nas licitações que ocorrem por meio do diálogo concorrencial, pelo menos para que possam compreender os interesses, necessidades e condições de cada parte, bem como para que a Administração Pública compreenda o que cada participante tem a oferecer. Na verdade, desde que os interesses de ambas as partes sejam legítimos, os diálogos entre setores público e privado influenciam positivamente a probabilidade de sucesso nos resultados buscados pela administração pública.

Sob essa perspectiva, na literatura das ciências sociais, o fenômeno em que um agente público favorece um grupo específico de particulares em detrimento da coletividade é estudado sob a perspectiva da teoria da captura. A captura ocorre quando o agente público deixa de exercer suas atividades em prol da coletividade e, intencionalmente ou não, passa a agir em favor de grupos de interesse que o influenciaram nessa direção (SCHIEFLER, 2016). Embora essa teoria tenha sido originalmente desenvolvida para analisar a regulamentação estatal, sua essência pode ser aplicada a outras áreas de atuação governamental, como no caso da modalidade de licitação Diálogo Competitivo.

A origem do fenômeno da captura reside na troca de comunicações entre agentes públicos e agentes econômicos, o que está intimamente relacionado com a corrupção. Assim, a comunicação com os agentes públicos pode favorecer a captura do Diálogo Competitivo por agentes econômicos, o que representa um dos principais riscos da atividade administrativa licitatória, resultando em sérias consequências negativas para o processo de legitimação do Estado perante a população.

Destaque-se que a teoria da captura parte do princípio de que, em muitos casos, os agentes públicos encarregados de tomar decisões estão suscetíveis à influência dos agentes econômicos. O que pressupõe que os agentes públicos, ocasionalmente, em busca de seus próprios interesses individuais, podem negligenciar suas responsabilidades funcionais e deixar de agir em prol do interesse público, favorecendo os agentes econômicos com os quais se comunicam, no caso as empresas (SCHIEFLER, 2016).

Dessa forma, ilustra-se a fragilidade das fronteiras entre o setor público e o privado, levantando preocupações sobre a imparcialidade e a integridade do processo decisório governamental, especialmente com relação aos diálogos concorrenciais e sua complexidade inerente, o que pode dificultar inclusive o exercício do controle social por meio dos mecanismos constantes na Lei 14.133/2021.

É crucial destacar que a legitimação da captura por meio de diálogos público-privados formais pode ser uma estratégia eficaz para os agentes econômicos, já que no caso do Diálogo Competitivo trata-se de um método licitatório consensual em que pode-se criar a ilusão de transparência e participação abrangente, conferindo uma aparência de segurança jurídica às decisões da administração pública (BUTLER, 2014).

Isto posto, ao relacionarmos o diálogo competitivo com a estratégia de captura, torna-se evidente a relevância do primeiro como uma modalidade de contratação pública que visa promover a inovação e a adaptação de soluções disponíveis no mercado, visto que o diálogo competitivo é restrito a situações em que a Administração enfrenta desafios complexos, como a necessidade de definir e identificar meios e alternativas para satisfazer suas demandas, especialmente quando as especificações técnicas não podem ser precisamente definidas pela própria Administração.

Entretanto, por outro lado, grupos de interesse podem explorar o diálogo competitivo para mascarar suas demandas como sendo de interesse público, apresentando soluções que beneficiem seus interesses privados. Ao disfarçar suas demandas sob o pretexto de atender às necessidades da Administração, esses grupos buscam obter aceitação e apoio público e político para suas propostas, mesmo que estas não estejam alinhadas com o interesse público genuíno.

Para SCHIEFLER (2016) a dificuldade em verificar potenciais comportamentos desviados durante os diálogos público-privados encontra justificativa em conceitos das ciências econômicas. No caso, enfatiza-se a dificuldade de monitorar eficientemente os agentes públicos, o que abre espaço para que interesses econômicos ilegítimos sejam perseguidos sem detecção durante esses diálogos. Isso pode resultar em agentes públicos atuando sem o comprometimento esperado com o interesse coletivo por meio do tráfico de influências.

Assim sendo, ao aplicar a teoria da captura aos diálogos público-privados, percebe-se que há uma tendência de os agentes econômicos promoverem o desvio dos interesses públicos em conluio com os próprios agentes públicos, visando à promoção de interesses exclusivamente privados. O que agrava os riscos da falta de controle pleno sobre essas comunicações, pois os interesses privados podem influenciar de forma indevida as decisões da Administração Pública.

O mesmo entendimento estende-se à modalidade de licitação Diálogo Competitivo, a qual necessita de mecanismos eficazes de monitoramento e transparência durante as suas fases, em especial, a dialogal onde a captura pode ocorrer com mais facilidade. Daí a importância da análise dos mecanismos de controle social na Lei 14.133/2021, os quais são essenciais para mitigar os riscos de captura e assegurar que os interesses públicos sejam preservados e promovidos de maneira adequada.

Com isso em vista, o controle social é fundamental para promover a transparência e a eficiência na gestão pública, especialmente nos processos de licitação. O que se concretiza por meio do acesso aberto e claro à informação, permitindo que cidadãos e organizações compreendam os procedimentos e critérios de seleção dos fornecedores, bem como os contratos resultantes. A transparência gerada constrói confiança na gestão pública e previne práticas irregulares como a captura do procedimento licitatório dialógico (PIETRO, 2023).

A esse respeito, as mudanças nos métodos de licitação e contratação estabelecidos pela Lei 14.133/2021 introduzem avanços na promoção da transparência e do controle social nos processos licitatórios. Isto porque tais alterações fornecem mecanismos que visam fortalecer o controle social, permitindo que a sociedade acompanhe de forma mais ativa e informada as etapas e decisões tomadas durante as licitações e contratações públicas.

Aqui, importa ressaltar que, conforme a NLLC, os procedimentos licitatórios, independentemente da modalidade adotada, serão preferencialmente conduzidos de forma eletrônica. Isso representa um avanço significativo na promoção dos princípios de Governo Aberto, ainda que a opção presencial seja permitida, desde que devidamente justificada. Nesses casos, é fundamental que a realização da sessão pública seja minuciosamente registrada em ata e gravada por meio de recursos tecnológicos de áudio e vídeo, conforme estipulado no art. 17, § 2º. A saber:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

A condução preferencialmente eletrônica dos procedimentos licitatórios não só promove os princípios de Governo Aberto, mas também desempenha um papel crucial na prevenção da captura do diálogo competitivo. Ao exigir que as licitações sejam conduzidas preferencialmente de forma eletrônica, a NLLC garante maior transparência e acessibilidade ao processo. As etapas sequenciais da licitação, descritas no artigo 17 – incluindo a fase preparatória, a divulgação do edital, a apresentação de propostas e lances (quando aplicável), o julgamento, a habilitação, o processo recursal e a homologação – ocorrem de maneira eletrônica, o que dificulta a interferência indevida de agentes interessados.

Além disso, a participação ativa da sociedade civil no acompanhamento e fiscalização das etapas licitatórias é fundamental para a prevenção da captura do diálogo competitivo. A tecnologia facilita o acesso às informações, permitindo que a população e os órgãos de controle monitorem o processo de forma mais eficiente. O que reduz as oportunidades para conluios e práticas antiéticas como o tráfico de influências, uma vez que todas as ações ficam registradas e são facilmente auditáveis.

As sessões públicas, quando realizadas presencialmente, devem ser minuciosamente registradas em ata e gravadas em áudio e vídeo, o que acrescenta uma camada adicional de transparência e dificulta a manipulação dos procedimentos.

De forma que a integração de licitações eletrônicas e o controle social no processo licitatório promovem a transparência, a lisura e a eficiência, prevenindo a captura do diálogo competitivo, garantindo que a administração pública seja mais transparente e responsiva às necessidades da sociedade, consolidando uma gestão de recursos públicos mais responsável e equitativa.

Em outra frente, sabe-se que as plataformas digitais, especialmente no contexto das licitações eletrônicas, podem desempenhar um papel fundamental na prevenção da captura do diálogo competitivo. Já que permitem ao governo interagir com a sociedade de forma moderna e eficiente, facilitando o acesso da população a informações sobre a aplicação dos recursos públicos e os compromissos assumidos

pela gestão pública. Além disso, essas plataformas contribuem para o exercício da cidadania de forma mais ampla e participativa, possibilitando que os cidadãos monitorem de perto a execução das políticas públicas e exijam melhorias nos serviços oferecidos pelo setor público (JAHNS; RAUPP, 2016).

A utilização eficiente dessas plataformas digitais permite que a administração pública atue de maneira eficaz, alinhando-se aos requisitos de uma gestão otimizada e reduzindo custos na disponibilização de serviços públicos, como a divulgação de dados sobre as licitações (DAMIAN; MERLO, 2013). Assim, as plataformas digitais são essenciais para o acesso e acompanhamento de licitações, oferecendo aos cidadãos a oportunidade de obter informações de maneira rápida e descomplicada e permitindo uma participação mais ativa nos processos licitatórios.

Como visto, a Nova Lei de Licitações e Contratos reforça que todos os atos realizados no processo licitatório devem ser públicos e que as licitações ocorrerão preferencialmente em formato eletrônico. O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), previsto no artigo 174 da Lei nº 14.133/2021, é o sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e compulsória dos atos requeridos pela NLLC.

O gerenciamento do PNCP é incumbido ao Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas (CGRNCP), um órgão colegiado de abrangência nacional. No entanto, a ausência de representantes da sociedade civil no CGRNCP enfraquece o controle social sobre o PNCP, uma vez que a sociedade civil possui conhecimentos e experiências valiosas que poderiam contribuir significativamente para a melhoria do sistema de contratações públicas. A inclusão de representantes da sociedade civil no CGRNCP pode proporcionar uma visão alternativa, útil para identificar e solucionar falhas no sistema (MENESES, 2023).

A legislação também impõe a obrigatoriedade para todos os órgãos e entidades da administração pública federal de adotarem o PNCP como plataforma padrão para conduzir seus processos de licitação. Medida que visa não apenas garantir a conformidade legal, mas também promover a transparência e eficiência no processo de contratação pública, já que a utilização do PNCP pode tornar o processo mais acessível e compreensível para o público, reforçando os princípios de governança e permitindo uma participação mais informada e ativa por parte da sociedade, especialmente com relação ao complexo procedimento de Diálogo Competitivo.

Além dessas funcionalidades, o PNCP facilita a comunicação entre os representantes da administração e a sociedade, por meio de um sistema de gestão compartilhada de informações relacionadas a contratos públicos, conforme previsto no Artigo 174, § 3, inciso VI, alínea c (BOECHAT, 2022). Assim, o PNCP centraliza e dissemina informações essenciais sobre licitações, incluindo editais de licitação, que detalham os requisitos e critérios que as empresas interessadas devem atender para participar do processo.

Entretanto, o papel das plataformas digitais não se limita apenas à disponibilização de informações, mas também ao monitoramento e fiscalização dos processos licitatórios. Pois possibilitam a identificação de potenciais irregularidades, como superfaturamento, captura e fraude, contribuindo para a manutenção da integridade e legalidade dos processos. No entanto, a falta de canais dedicados à apresentação de reclamações, notificação de erros e irregularidades, sugestão de aprimoramentos e promoção da participação ativa da sociedade civil enfraquece o controle social sobre as contratações públicas (MENESES, 2023).

A ausência de ferramentas de interação impede que cidadãos e organizações da sociedade civil aprimorem os procedimentos de contratações. A disponibilização de canais apropriados para a submissão de reclamações e compartilhamento de feedback é fundamental, pois permite que participantes relatem erros e irregularidades, contribuindo para a detecção e correção de problemas sistêmicos.

Além disso, a ausência de canais para sugestões de melhorias compromete a capacidade de evoluir e otimizar o sistema de contratações públicas, uma vez que a participação da sociedade civil não se resume apenas à denúncia de irregularidades, mas também à construção coletiva de soluções.

Por fim, a eficácia dos canais de denúncia em contratações públicas está diretamente relacionada à conscientização da população sobre a relevância desse mecanismo para a promoção da transparência, responsabilidade e eficiência no uso dos recursos públicos. Compreendendo a importância de reportar irregularidades, os cidadãos se tornam agentes ativos na promoção da integridade e na prevenção de práticas inadequadas nas contratações públicas, contribuindo para uma cultura cívica que valoriza a participação ativa na governança e resultando em uma sociedade mais vigilante e engajada.

Dessa forma, as plataformas digitais como o PNCP, ao promoverem maior transparência, acesso à informação e canais de participação, são essenciais na prevenção da captura do diálogo competitivo, garantindo que o processo licitatório seja conduzido de maneira justa, eficiente e alinhada aos interesses da sociedade.

Adicionalmente, as audiências públicas são uma ferramenta essencial na prevenção da captura do diálogo competitivo, especialmente no contexto em que a Administração Pública, embora saiba os objetivos que deseja alcançar com a licitação, desconhece ou tem dúvidas sobre a melhor solução a ser adotada. Logo, a participação popular nas audiências públicas oferece um meio para que a sociedade civil, com seus diversos atores e conhecimentos, contribua para a construção de soluções adequadas e eficientes no modelo consensual dialógico concorrencial.

A NLLC, em seu artigo 21, prevê a possibilidade de realização de audiências públicas como parte integrante do processo licitatório, as quais devem ser convocadas

com antecedência mínima de 8 dias úteis e podem ocorrer presencialmente ou de forma remota, permitindo uma ampla participação dos interessados. Destaque-se que a Administração deve disponibilizar previamente informações pertinentes, incluindo estudos técnicos preliminares e elementos do edital de licitação, para que os participantes possam contribuir de maneira informada e fundamentada.

Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.

As audiências públicas permitem que todos os atores envolvidos no problema participem das discussões, promovendo uma democracia mais participativa (CÉSAR, 2011). Isso é crucial para a resolução de conflitos sociais e para a construção de soluções que considerem as diversas perspectivas e conhecimentos da sociedade civil. A inclusão de representantes de entidades de classe, associações de moradores e grupos de consumidores enriquece o processo decisório, promovendo a transparência e a inclusão e prevenindo a captura do procedimento licitatório.

Embora a NLLC tenha retirado a obrigatoriedade de convocação de audiência pública previamente a procedimentos licitatórios, como era estabelecido pela Lei de Licitações 8.666/1993 para valores estimados superiores a R\$ 150.000.000,00, a realização dessas audiências continua sendo uma prática importante para o controle social. A retirada da obrigatoriedade pode ser vista como uma forma de desburocratizar o processo licitatório, mas também pode restringir a participação social nas licitações, o que pode enfraquecer o controle social e aumentar os riscos de captura do diálogo competitivo.

A participação da sociedade civil nesse contexto é especialmente importante nas licitações de grande vulto que agora realizar-se-ão por meio do Diálogo Competitivo tendo em vista as particularidades desse modelo licitatório, contribuindo para uma fiscalização mais efetiva dos atos da Administração Pública, reforçando os princípios democráticos e o compromisso com a eficiência e a justiça nas aquisições e contratações públicas.

Dessa forma, as audiências públicas, ao promoverem a transparência, a participação e o controle social, são essenciais para a prevenção da captura do diálogo competitivo, já que garantem que a Administração Pública receba contribuições valiosas da sociedade civil, evitando que interesses privados indevidamente influenciem o processo licitatório. O que resulta em uma administração mais transparente, justa e eficiente, alinhada aos interesses da sociedade.

Além disso, o parágrafo único do artigo 21 da Lei de Licitações enfatiza a realização de consulta pública prévia ao processo licitatório como uma etapa crucial que permite a todos os interessados ter acesso aos elementos essenciais da licitação e apresentar sugestões e contribuições. Tal mecanismo é particularmente importante na prevenção da captura do diálogo competitivo, especialmente em situações onde a Administração Pública conhece os objetivos que deseja alcançar com a licitação, mas desconhece ou tem dúvidas sobre os melhores mecanismos para alcançá-los.

Assim, a consulta pública representa um valioso mecanismo de envolvimento da comunidade e de órgãos interessados no processo de licitação. Ao compartilhar informações pertinentes com antecedência e fornecer um espaço para sugestões, a Administração busca garantir que as decisões e os critérios adotados sejam bem fundamentados e alinhados com as necessidades e perspectivas variadas dos interessados envolvidos (JUSTEN FILHO, 2023). O que fortalece a democracia e a transparência, aumentando a confiança no processo licitatório e assegurando que as soluções propostas sejam mais eficientes.

No contexto do diálogo competitivo, onde a Administração Pública precisa de auxílio para determinar a melhor solução para alcançar seus objetivos, a consulta pública permite uma fase preliminar de discussão e coleta de contribuições que podem ser essenciais para a elaboração de um edital mais preciso e adequado às soluções que se busca alcançar. A participação da sociedade ajuda a prevenir que interesses particulares dominem o processo ao propor soluções que não atendem às verdadeiras necessidades da população, mas sim aos interesses privados. Dessa forma, garante-se que diversas vozes sejam consideradas em prestígio ao interesse público.

Note-se que a realização de consulta pública auxilia no planejamento de processos licitatórios, permitindo a retificação de erros e o aprimoramento de requisitos antes da fase de verificação de conformidade do edital e seus anexos. Isso evita a necessidade de reformular pesquisas, especificações, precificações e outros atos essenciais para adequar o certame aos requisitos legais. Ao incluir a comunidade e os interessados na etapa de consulta pública, a Administração pode identificar e solucionar problemas antes que eles impactem o processo licitatório de maneira mais ampla, o que importa especialmente ao Diálogo Competitivo considerando sua complexidade inerente (MENESES, 2023).

Por fim, o artigo 164 da Lei nº 14.133/2021 representa um avanço ao controle social. O mecanismo permite que qualquer pessoa, não apenas participantes potenciais da licitação, possam impugnar um edital por irregularidades na aplicação da lei ou solicitar esclarecimentos sobre os termos do certame o que é especialmente relevante no Diálogo Competitivo dado a sua complexidade intrínseca e tecnicidade. De forma que a ampliação do direito de impugnação e esclarecimento, com prazos

estabelecidos que permitem intervenção antes da abertura do certame, promove a transparência e ajuda a corrigir possíveis falhas no processo ainda em fase inicial.

Ao divulgar as respostas às impugnações e pedidos de esclarecimento em um sítio eletrônico oficial, o processo licitatório se torna mais acessível e compreensível para todos os interessados. Isso não apenas aumenta a transparência, mas também fortalece o controle social, permitindo que a sociedade acompanhe de perto o andamento das licitações e compreenda as decisões administrativas tomadas.

A participação ativa da sociedade civil através desses mecanismos não só assegura a legalidade e a transparência nas contratações públicas, mas também promove uma gestão pública mais responsável e alinhada com os interesses coletivos. Não obstante, necessário capacitar a sociedade para utilizar esses instrumentos de forma eficaz, através de orientações claras e acessíveis, e investir em tecnologias que facilitem o acompanhamento e participação como forma de reforçar o controle social no âmbito das contratações públicas.

Portanto, ao ampliar o acesso e o direito de intervenção dos cidadãos no processo licitatório, a Administração Pública não apenas previne a captura do diálogo competitivo, mas também fortalece os princípios democráticos e a governança transparente, essenciais para uma gestão pública eficaz e responsável.

Ainda que a NLLC estabeleça mecanismos de controle e participação social, cumpre iterar que a implementação eficaz do diálogo competitivo na administração pública enfrenta diversos desafios complexos, especialmente considerando a transição para a citada norma. Entre esses desafios, destacam-se a baixa adesão à nova legislação e a resistência à mudança, evidenciadas pela lenta conformidade das licitações públicas aos novos preceitos legais. Tal cenário reflete não apenas a complexidade técnica do diálogo competitivo, mas também a necessidade urgente de superar obstáculos estruturais e culturais.

Um dos principais obstáculos é a falta da cultura disseminada de participação e controle social. A sociedade civil muitas vezes não está familiarizada com seus direitos e responsabilidades no processo de contratação pública, o que limita sua participação efetiva nos espaços deliberativos propostos pela nova legislação. Portanto, é crucial investir em esforços de conscientização e educação cidadã, capacitando os cidadãos para entenderem e exercerem seu papel no controle social, contribuindo assim para a prevenção da captura do diálogo competitivo (MENESES, 2023).

Além disso, a carência de capacitação específica da sociedade civil sobre licitação e contratação pública constitui outro desafio significativo. A compreensão limitada desses temas dificulta ainda mais a participação informada e efetiva dos cidadãos nos processos decisórios. Para superar esse desafio, é essencial que o Estado promova campanhas educativas abrangentes, dirigidas a diferentes segmentos da

população, com o objetivo de aumentar a familiaridade e o entendimento sobre os processos de contratação pública e o consensualismo licitatório (MENESES, 2023).

A qualidade da informação disponibilizada ao público também se apresenta como um desafio crucial. Para que a sociedade civil possa exercer um controle efetivo, é fundamental que as informações sobre licitações sejam claras, acessíveis e precisas (MENESES, 2023). Isso não apenas fortalece a transparência e a *accountability*, mas também empodera os cidadãos para monitorar de forma eficaz a condução dos processos licitatórios.

Em suma, os desafios à prevenção da captura do diálogo competitivo são multidimensionais e exigem uma abordagem integrada que combine educação cidadã, transparência informativa e incentivo ao engajamento contínuo da sociedade civil. Somente assim será possível fortalecer a governança pública, mitigar riscos de captura e garantir que o diálogo competitivo contribua efetivamente para a eficiência e a integridade das contratações públicas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133/2021 representa um marco significativo na modernização dos procedimentos licitatórios no Brasil, introduzindo novos dispositivos que visam fortalecer o controle social. No entanto, para que esse objetivo seja plenamente alcançado e para prevenir a captura do diálogo competitivo, a corrupção e o tráfico de influências, é fundamental fortalecer os mecanismos de participação social. Nesse sentido, propõe-se a seguir diversas medidas que podem potencializar a participação cidadã e assegurar um acompanhamento efetivo das fases do Diálogo Competitivo.

Primeiramente, é essencial aumentar os investimentos em campanhas educativas abrangentes sobre licitações públicas, especialmente o Diálogo Competitivo. Tais campanhas devem ser direcionadas a diversos segmentos da população, incluindo estudantes, empresários, trabalhadores e grupos minoritários. O objetivo é informar sobre os direitos e responsabilidades no contexto das contratações públicas, capacitando os cidadãos para participar ativamente dos processos decisórios e fiscalizar os procedimentos licitatórios de forma mais eficaz.

Adicionalmente, a administração pública deve promover iniciativas de formação continuada da sociedade civil, utilizando instituições como as Escolas dos Tribunais de Contas e a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Tais iniciativas podem incluir cursos, seminários e workshops que abordem desde aspectos básicos até temas avançados relacionados às licitações e ao controle social de tais procedimentos. Certo que a capacitação é crucial para que os cidadãos compreendam profundamente os processos de contratação pública e possam contribuir de maneira substancial para sua fiscalização.

Para tornar as informações mais acessíveis e inclusivas, é recomendável que a administração pública adote medidas como o uso de linguagem clara e compreensível aos cidadãos nas comunicações relacionadas ao método licitatório consensual dialógico concorrencial, além de disponibilizar dados em formatos acessíveis, como audiodescrição e legendas. Essas iniciativas visam eliminar barreiras de acesso à informação e promover uma participação mais ampla da sociedade civil nas fases do procedimento.

Outra medida crucial é a atualização regular das informações sobre as fases do procedimento licitatório. A manutenção constante dessas informações no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) não apenas fortalece a transparência, mas também permite que os cidadãos acompanhem de forma precisa e em tempo real o andamento dos processos licitatórios, facilitando a identificação precoce de irregularidades.

Além disso, é fundamental expandir as funcionalidades do PNCP para incluir a apresentação de reclamações, notificação de erros e sugestões de aprimoramentos por parte dos cidadãos. Observado que tais ferramentas promovem a participação mais ativa da sociedade civil, permitindo que os cidadãos não apenas monitorem, mas também contribuam ativamente para a melhoria contínua dos processos de contratação pública, especialmente com relação ao Diálogo Competitivo.

Para reforçar o controle social sobre as contratações públicas, especialmente na modalidade de diálogo competitivo e nas licitações de grande vulto, é recomendável a realização obrigatória de audiências públicas e consultas populares. Isto porque, como visto, esses mecanismos garantem que as decisões relacionadas às contratações públicas sejam transparentes e democraticamente legitimadas, promovendo maior confiança e *accountability* nos processos decisórios.

Por fim, a implementação de tecnologias inovadoras, como um aplicativo móvel do PNCP com funcionalidades interativas e a ampliação do ChatTCU à população pode revolucionar o acesso e a interação dos cidadãos com as informações sobre licitações públicas que notadamente são procedimentos complexos. Essas ferramentas facilitam o esclarecimento de dúvidas, a denúncia de irregularidades e a participação ativa dos cidadãos, especialmente aqueles menos familiarizados com os procedimentos tradicionais de acesso à informação pública.

Em síntese, a implementação dessas recomendações práticas não apenas fortalece o controle social como forma de prevenção da captura do modelo consensual de licitação dialógico concorrencial, mas também consolida uma cultura de transparência, *accountability* e participação cidadã na gestão pública. Ao envolver ativamente os cidadãos no monitoramento e na melhoria contínua nas fases do procedimento licitatório.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na Nova Lei de Licitações e contratos da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021.

BOECHAT, Gabriela. Contratações Abertas: uma análise da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) à luz dos princípios de Governo Aberto. Revista da CGU, v. 14, n. 25, p. 63-79, 2022.

BRASIL. Presidência Da República, Secretaria-Geral Subchefia para assuntos jurídicos. Lei Nº 14.133, de 1º de Abril de 2021. Planalto, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 mar. 2024.

BUTLER, Eamonn. Escolha Pública: Um Guia. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p. 38.

CABRAL, Flávio Garcia; DE MELO, Liana Antero. O diálogo competitivo e os desafios para sua plena eficácia. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 10, n. 2, p. 348-367, 2023.

CASTRO, Carlos Borges de. Desvios na licitação. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 83.

DALLARI, Adilson de Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. Revista Interesse Público, n. 13, 2002.

DAMIAN, Ieda Pelógia Martins; MERLO, Edgard Monforte. Uma análise dos sites de governos eletrônicos no Brasil sob a ótica dos usuários dos serviços e sua satisfação. Revista de Administração Pública, v. 47, p. 877-900, 2013.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v.22, n. 127, p. 261-280, jun./set.2020. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/2304/1339/5613>. Acesso em: 10 maio 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom. Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

JAHNS, Fernando Tagliaro; RAUPP, Fabiano Maury. Transparência do poder executivo dos estados brasileiros. Revista Universo Contábil, v. 12, n. 3, p. 65-72, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 16 mar. 2023.

LIMA, Evilânia Macêdo. Controle social e cidadania: o papel dos tribunais de contas. Controle: Revista do TCE: Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 34-35, 2005.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias. Acesso em: 22 abr. 2024.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENESES, Lucas Araújo. Novas perspectivas para o controle social dos procedimentos licitatórios sob a óptica da lei 14.133/2021. TCC. 2023. 87 f.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, p. 303-322, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Portal Licitação e Contrato, 2021.

RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: almedina, 1981. p. 131

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

SERRA, Rita de Cássia Chió; CARVALHO, João Rafael; CARNEIRO, Ricardo. Accountability democrática e as ouvidorias. Revista do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais, v. 30, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40. ed.. São Paulo: Malheiros, 2017.

TELLES, Pedro. Competitive dialogue in Portugal and Spain. Available at SSRN 2308502, 2010.