

# **A confidencialidade das propostas no diálogo competitivo: necessidade de ponderação do princípio da publicidade com os princípios da propriedade privada e da livre concorrência para a efetivação do princípio da eficiência**

***Luiz Fernando Silva Oliveira***<sup>1</sup>

Juiz de Direito no estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução. 1. Antecedentes históricos do diálogo competitivo. 2. A inserção do instituto na dogmática da NLLCA. 3. A resistência ao instituto em Portugal e a possível resistência no Brasil. 4. O princípio da publicidade disposto no art. 37 da CF/88. 5. A confidencialidade como mecanismo de proteção dos princípios da propriedade privada e da livre concorrência. 6. A ponderação de interesses entre os princípios da publicidade, da propriedade privada e da concorrência para dar efetividade ao princípio da eficiência na administração pública. Conclusão. Bibliografia.

**Palavras-chave:** licitação. diálogo competitivo. confidencialidade. publicidade. propriedade privada. livre concorrência.

**Resumo:** o presente trabalho visa a mostrar para a comunidade jurídica a inovação da Lei nº 14.133/21 relativamente à confidencialidade inserida na licitação na modalidade diálogo competitivo, como meio de proteger as criações de projetos de engenharia e evitar prejuízos para seus criadores nos casos de o projeto não ser o escolhido pela Administração Pública. O raciocínio aqui apresentado vem demonstrar que a ausência de publicidade na fase de negociações não acarreta prejuízos para o interesse

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Econômico e Negocial pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Juiz Eleitoral.

público, na medida em que ao projeto escolhido será dada publicidade, e somente os projetos não escolhidos não terão publicidade, ou seja, os proprietários da propriedade imaterial escolhida terão acesso ao projeto vencedor da licitação e poderão confrontá-la com os seus projetos. A confidencialidade deve ser assegurada para que os projetos não escolhidos pela Administração não sejam utilizados indevidamente por terceiros, o que significa que a confidencialidade visa proteger tanto a propriedade privada quanto a concorrência, o que não compromete a transparência decorrente do princípio constitucional da publicidade.

## Introdução

A significativa posição de quinto maior país do mundo em extensão territorial, com área de 8.510.345,540 km<sup>2</sup>, publicado no Diário Oficial da União 38, de 23.02.2022, conforme Portaria PR-73, de 21 de fevereiro de 2022, e dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>2</sup>, faz do Brasil um grande mercado nas mais diversas áreas do empreendedorismo.

A população estimada em 213.317.639 pessoas<sup>3</sup> é outro fator que comprova o tamanho do mercado a ser explorado, com oferecimento de produtos e serviços e grandes oportunidades de lucros.

A grande densidade geográfica está distribuída em 26 Estados-membros mais o Distrito Federal, e 5.570 municípios, segundos dados do IBGE 2016, e soma dos entes públicos União, Estados-membros, Distrito Federal, e municípios, são 5.597 pessoas jurídicas de direito público, cada uma com competência constitucional para criar autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

Isso significa que o Estado brasileiro é um grande adquirente de produtos e serviços para satisfazer as necessidades dos administrados nas mais diversas áreas, como educação, saúde, energia, transportes, dentre muitas outras áreas.

Passados 28 anos da promulgação da Lei nº 8.666/93, e depois da edição de normas subsequentes para otimizar as licitações, tais como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado

---

<sup>2</sup> Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 27 set. 2022.

<sup>3</sup> Jornal Valor Econômico. *IBGE estima população brasileira em 212,7 milhões antes de Censo*. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2022/07/22/ibge-estima-populao-brasileira-em-2127-milhes-antes-de-censo.ghtml>. Acesso em: 19 jan. 2023.

de Contratações), o Congresso Nacional aprovou a nova lei de licitações, sancionada pelo Presidente da República sob o número 14.133, de 1º de abril de 2021, como Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O cenário político do país favoreceu a tramitação do projeto de lei, porque, a partir da edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), os administradores públicos passaram a ser acionados judicialmente por atos de improbidade.

Muitos dos processos instaurados por improbidade administrativa o foram pela prática de atos revestidos de fraudes, desvios de verbas públicas, lesão ao erário e enriquecimento indevido de agentes públicos e agentes econômicos. Outros muitos processos foram instaurados por ilegalidades que deveriam ter sido resolvidas pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), e pela Lei do Mandado de Segurança, atualmente a Lei nº 12.016/2009.

Entretanto, muitos atos ilegais sem objetivo de lesão ao erário e sem enriquecimento indevido foram impugnados judicialmente com base na Lei de Improbidade Administrativa, geralmente com base em violação de princípios da Administração Pública, previstos no art. 11 da Lei, e esse comportamento tornou-se uma constante que praticamente esvaziou a Lei do Mandado de Segurança, a Lei da Ação Popular e a Lei da Ação Civil Pública.

Os embaraços gerados por uma condenação com fundamento na prática de atos de improbidade administrativa, principalmente a suspensão de direitos políticos, fazia com que muitos administradores públicos deixassem de exercer o poder-dever de decidir com base na autotutela e autoexecutoriedade dos atos administrativos, preferindo a judicialização de questões que deveriam ser resolvidas no interior da Administração Pública.

Esse comportamento tornou-se corriqueiro, principalmente por prefeituras, para evitar a instauração de inquérito civil público e posterior ajuizamento de ação de improbidade administrativa, com todos os reflexos negativos de exposição na imprensa, acarretando prejuízos políticos, prejuízos financeiros, com a contratação de advogados para a defesa judicial, além dos efeitos maléficos de eventual condenação por atos de improbidade administrativa, com a obrigação de devolução de verbas públicas aplicadas erroneamente, sem dolo de lesar o erário e de se enriquecer indevidamente.

A essa situação deu-se o nome de Direito Administrativo do Medo.

Diante desse quadro histórico, some-se a necessidade de melhorar a eficiência da Administração Pública, porque a Lei nº 8.666/93 foi editada quando não se pensava em mídias sociais, em contratações eletrônicas. Não havia a previsão legal de parcerias público-privadas nem a reforma do Estado iniciada no Governo FHC, com a criação das agências reguladoras.

Portanto, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, veio depois da inserção do consequencialismo no direito público, nos arts. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 4.657/42, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. O consequencialismo exige que o Juiz, ao decidir, considere as consequências práticas da sua decisão: “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.”.

Depois da inserção do consequencialismo na LINDB, quando o juiz houver de decretar a nulidade de um ato da Administração Pública, deverá constar da própria decisão qual a solução jurídica e prática da decisão, ou seja, quando o magistrado decidir que uma medida administrativa está incorreta, ele deverá mostrar o caminho a ser trilhado pela Administração.

Essa é a determinação constante do art. 21, *caput* e parágrafo único da LINDB, com a seguinte redação:

*Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (BRASIL, 1942, grifo nosso)*

*Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos<sup>4</sup>. (BRASIL, 1942, grifo nosso)*

<sup>4</sup> Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Somente depois da inserção do consequentialismo no direito público é que foi editada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), e, poucos meses depois, foi editada a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou o espírito da Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Portanto, a NLLCA foi editada em um cenário jurídico preparado para a inovação, protegendo devidamente o administrador público dos riscos do denominado Direito Administrativo do Medo, vez que, ao decidir pela nulidade de atos da Administração Pública, os juízes estão obrigados a apresentar as soluções que entendem corretas para substituir a decisão do administrador público nulificada pelo Poder Judiciário.

Na verdade:

*A idéia da NLLCA foi de distensionar o ambiente de contratações públicas, de há muito conturbado pela preocupação do administrador público de ser responsabilizado como mau gestor quando na verdade agiu de boa-fé, com o objetivo de buscar o interesse público. De um lado, é preciso prevenir e reprimir a má gestão pública e o mau uso do dinheiro do contribuinte, coibindo os atos de improbidade administrativa que acarretam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário público e violam princípios da Administração Pública, mas por outro lado, é preciso garantir ao administrador público o exercício do mandato político a ele conferido legitimamente pelo voto, sem considerar a discricionariedade administrativa, prima facie, como sinônimo de ilicitude<sup>5</sup>.*

Nessa quadra, a NLLCA trouxe para as licitações públicas a modalidade de licitação denominada diálogo competitivo, instituto totalmente inovador no direito brasileiro, sem nenhum precedente semelhante já adotado no Direito Administrativo pátrio.

---

<sup>5</sup> Oliveira, Luiz Fernando Silva. *A nova Lei de Licitação e as futuras eleições: anistia geral a condenados?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

## 1. Antecedentes históricos do diálogo competitivo

A Comissão Europeia é o órgão executivo da União Europeia (EU) com competência para elaborar estudos e apresentar pareceres para o aprimoramento da comunidade europeia. É a Comissão o órgão que apresenta as propostas legislativas para aperfeiçoar o sistema legal da União Europeia, sendo que:

*Detém ainda a Comissão competência para formular recomendações e pareceres sobre matéria prevista nos tratados instituintes das Comunidades. Ela tem poder de decisão e deve colaborar para a formação dos atos de competência do Conselho e do Parlamento<sup>6</sup>.*

Nessa medida, a Comissão Europeia é encarregada de elaborar estudos para o aprimoramento legislativo da União Europeia, e esses estudos são realizados mediante a confecção dos chamados livros verdes, documentos por meio dos quais os estados-membros da EU, os organismos internacionais e os cidadãos são convidados a participar, apresentar propostas, sobre uma matéria, e, depois, em caso de aprovação pelo parlamento europeu, a nova norma passa a compor os chamados livros brancos.

Nos idos anos de 1996, a Comissão Europeia já demonstrava a necessidade de flexibilização das contratações públicas mediante o estabelecimento de tratativas entre as entidades contratantes e a iniciativa privada.

Isso foi exposto no Livro Verde COM (96) 583 (Bruxelas, 27.11.1996 COM [96] 583 final)<sup>7</sup>, em que a Comissão entendeu a necessidade de um diálogo entre a entidade contratante e a iniciativa privada, e o fez no item 5.23:

*El sector privado, que teme la posible infracción del principio de igualdad de trato, ha dado a conocer su reticencia a comprometerse en estudio o debate alguno antes 37 Véase la exposición del capítulo 3.*

<sup>6</sup> José Souto Maior Borges. *Curso de Direito Comunitário: instituições de direito comunitário comparado - União Européia e Mercosul*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 597.

<sup>7</sup> *LIBRO VERDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA: REFLEXIONES PARA EL FUTURO*. Bruselas, 27.11.1996 COM (96) 583 final. N° de catálogo: CB-CO-96-627-ES-C. ISBN 92-78-12851-1. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas L-2985 Luxemburgo. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=ES>. Acesso em: 7 out. 2022.

*de la convocatoria del concurso sin tener la garantía de que no se verá posteriormente excluido de los procedimientos de adjudicación. La Comisión reconoce que, dada la complejidad de la mayor parte de los proyectos—algunos de los cuales pueden exigir soluciones enteramente novedosas—, puede ser necesario un diálogo técnico entre los poderes adjudicadores y las empresas privadas interesadas antes de la publicación del concurso. Si los poderes adjudicadores establecen barreras específicas —relativas tanto al fondo como al procedimiento— que eviten solicitar o aceptar informaciones que puedan restringir la competencia, el principio de la igualdad de trato no se verá conculcado<sup>8</sup>. (grifos nossos)*

Os estudos desenvolvidos e expostos no livro verde sobre os contratos públicos mostraram que a Comissão da União Europeia concluiu pela necessidade de uma aproximação do setor público com a iniciativa privada para melhor aproveitamento dos conhecimentos técnicos desta última no desenvolvimento de projetos para as entidades contratantes.

Os estudos realizados pela Comissão Europeia resultaram na Diretiva 2004/18/CE<sup>9</sup> do Parlamento Europeu sob a denominação de Diálogo Concorrencial, cujo art. 29 previu sua utilização para os casos de contratos particularmente complexos, em que a Administração Pública apresenta ao mercado suas necessidades e exigências e expõe a necessidade de um

---

<sup>8</sup> Em português: “Temendo uma potencial infração ao princípio da igualdade de tratamento, o setor privado mostrou-se reticente em relação à eventual participação em um estudo ou discussão anterior à publicação do anúncio de concurso sem a garantia de que não será posteriormente excluído dos processos de celebração. A Comissão reconhece que, **dada a complexidade da maior parte dos projetos, que podem por vezes exigir soluções totalmente novas, pode revelar-se necessário proceder, antes da publicação do concurso, a um diálogo técnico entre as entidades adjudicantes e os parceiros privados interessados.** Se as entidades adjudicantes, por meio da instituição de salvaguardas específicas – tanto relativas aos aspectos processuais como materiais – evitam solicitar ou aceitar informações que teriam por efeito restringir a concorrência, o princípio da igualdade de tratamento não seria infringido. (grifos nossos)

<sup>9</sup> DIRECTIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de Março de 2004. Jornal Oficial da União Europeia, Bruxelas, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 7 out. 2022.

diálogo com a iniciativa privada com o objetivo de identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer o interesse público<sup>10</sup>.

Posteriormente, a União Europeia editou a Diretiva 2014/24/EU<sup>11</sup>, visando aperfeiçoar as contratações públicas nos países que compõem a comunidade, cujo art. 30º estampa o diálogo concorrencial em oito itens.

No item 2, o documento prevê que 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, ou seja, o documento da EU define que as entidades contratantes devem dar a conhecer suas necessidades para buscar o auxílio da iniciativa privada.

No item do documento está inserido que as entidades contratantes iniciam o diálogo com os particulares interessados para definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades.

A partir da experiência europeia, o legislador brasileiro importou para o direito pátrio o instituto do diálogo concorrencial, aqui denominado diálogo competitivo.

## 2. A inserção do instituto na dogmática da NLLCA

A Lei 14.133/21 – NLLCA trouxe para as licitações públicas do país o instituto da União Europeia a fim de flexibilizar as contratações públicas, e o art. 6º, inciso XLII, dispõe o seguinte:

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

<sup>10</sup> Diretiva 2004/18/CE, artigo 29, n. 3: “As entidades adjudicantes darão início, com os candidatos selecionados nos termos das disposições pertinentes dos artigos 44.o a 52º, a um diálogo que terá por objectivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades. Durante esse diálogo, poderão debater com os candidatos seleccionados todos os aspectos do contrato.” (grifos nossos)

<sup>11</sup> DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Buxelas, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 7 out. 2022.

O objetivo dessa modalidade licitatória é desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às necessidades da Administração Pública, o que significa que a utilização do diálogo competitivo é reservada para situações em que o ente contratante não tem uma solução para o caso, ou, em caso de já ter a solução, pretende ouvir os particulares sobre a possibilidade de aperfeiçoamento do trabalho a ser executado.

A própria Diretiva 2014/24 – UE, no considerando 42, dispõe que:

*Os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na ótica da contratação pública. Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores dos contratos, nos últimos anos. 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. Sempre que pertinente, as autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a nomear um chefe de projeto para garantir a boa cooperação entre os operadores económicos e a autoridade adjudicante durante o procedimento de adjudicação. (grifos nossos)*

Na NLLCA, a utilização do diálogo competitivo vem inserida no art. 32, para ser utilizada quando o objeto se referir às 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.

O fato de o procedimento ser previsto para situações em que a Administração não sabe como fazer ou, quando o sabe, pretende obter da iniciativa privada soluções mais adequadas leva-nos a concluir que a aplicação do instituto não será corriqueira, porque, na verdade, a Administração, geralmente, sempre sabe o que quer, como quer, e sabe como fazer, pois, sendo o maior contratante do país, o Poder Público tem experiência de como resolver as questões a ele atinentes.

Há outra situação em que o procedimento pode ser utilizado, e está no inciso II, do art. 32, para quando for o caso de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer as seguintes necessidades: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; e c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Na mesma linha do já explicitado, não é fácil encontrar na iniciativa privada um agente econômico com maior *expertise* que a própria Administração Pública para aperfeiçoar as soluções técnicas já existentes, o que leva o instituto a uma utilização restrita.

Entretanto, não é o caso de somente tecer críticas ao novel instituto previsto na NLLCA, porque se, de um lado, sua utilização será restrita, de outro lado, a previsão de procedimentos licitatórios fechados constitui um óbice à contribuição da iniciativa privada para melhor atender ao interesse público, porque, se existem audiências públicas para ouvir a sociedade civil, não seria coerente impedir a participação dos agentes econômicos na discussão de projetos que eles próprios têm interesse em executar.

Nessa trilha, o diálogo competitivo vem para melhorar o ambiente de negócios entre os particulares e a Administração Pública, porque vai permitir que os agentes econômicos apresentem soluções e propostas que os procedimentos licitatórios burocráticos e fechados nunca permitiram.

Assim entendido, a doutrina tem sustentado que:

*Partindo da constatação que a nova modalidade licitatória introduzida pela Nova Lei de Licitações teve inspiração europeia, pode-se inferir que o motivo de sua introdução no Brasil foi o mesmo, ou seja, conseguir introduzir soluções tecnológicas mais eficientes nos contratos públicos, a partir de interações com o setor privado durante o processo de contratação, para cenários nos quais o setor*

*público não esteja seguro quanto à melhor solução técnica a ser adotada*<sup>12</sup>.

### 3. A resistência ao instituto em Portugal e a possível resistência no Brasil

Apesar de a União Europeia ter inserido o diálogo concorrencial na Diretiva 2004/18 e na Diretiva 2014/24 para que os estados-membros adotassem o instituto nas suas legislações internas, e de Portugal ter inserido-o no seu direito positivo, a aplicabilidade dessa modalidade de licitação no país ibérico não é tranquila.

Isso porque a doutrina portuguesa tem manifestado desconfiança do instituto em razão da fase de negociações ser confidencial.

Ao tecer comentários ao Código dos Contratos Públicos, Luciana Souza Santos, em artigo intitulado “O diálogo concorrencial”, sustenta que:

*Já na Diretiva nº 2004/18/CE, o diálogo concorrencial se havia também revelado o procedimento pré-contratual mais complexo e particular de entre os previstos, o que, porventura, justificará o facto de não ter sido muito utilizado pelas entidades adjudicantes nacionais, configurando, de certo modo, em Portugal, um insucesso*<sup>13</sup>. (grifos nossos)

Segundo a articulista:

*[...] a moldura legal do diálogo concorrencial deveria ter sido repensada no momento em que se laborou na alteração do CCP, porquanto, se foi manifesto o fracasso do anterior regime nacional desse procedimento – o escasso número de escritos, em Portugal, sobre a matéria, denota isso mesmo -,*

<sup>12</sup> PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo. O que é e como essa nova modalidade licitatória pode impactar a atuação dos tribunais de contas nas análises prévias dos editais de concessões comuns E PPP. *Cadernos da Escola Paulista de Contas*, São Paulo, 2021.

<sup>13</sup> SANTOS, Luciana Souza. O diálogo concorrencial. In: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*. I Volume, 4. ed., p. 809-840. Gomes, Carla Amado; Pedro, Ricardo; Caldeira, Tiago Serrão Marco (Coord.). AAFDL. Depósito Legal: 487584/21. Agosto/2021.

*mantê-lo, em 2017, revela uma atitude legislativa pouco conscienciosa<sup>14</sup>. (grifo nosso)*

A desconfiança acerca do instituto em Portugal tem por fundamento a existência de confidencialidade na fase de negociações, uma vez que o art. 214º, quando trata das formalidades a observar, impõe a vinculação ao sigilo na fase de negociações.

Essa vinculação da entidade adjudicante ao sigilo, no caso, a Administração Pública, vem expressa no item 3, do art. 214º, cuja redação é a seguinte:

*As soluções apresentadas ou outras informações que, no todo ou em parte, tenham sido transmitidas com caráter de confidencialidade pelos candidatos durante as sessões da fase de diálogo, só com o consentimento expresso e por escrito dos mesmos é que podem ser divulgadas aos outros candidatos ou a terceiros<sup>15</sup>. (grifo nosso)*

É certo que outros estados-membros da União Europeia utilizam o diálogo concorrencial como modalidade de licitação, mas, no Brasil, haverá tendência à desconfiança pela mesma motivação existente em Portugal, o sigilo na fase de negociações.

A doutrina brasileira já abordou o assunto:

*Na França, por exemplo, esta modalidade de certame foi aplicada em relação à contratação de grupos hospitalares, e na Inglaterra, serviu para selecionar propostas de construção das grandes estruturas olímpicas do evento de 2012. Devemos perceber que esta é uma modalidade dotada de bastante subjetividade. E esta característica, no Brasil, sempre causa desconfiança, dado que isto corriqueiramente se mostrou perigoso em termos de fraude<sup>16</sup>.*

---

<sup>14</sup> Luciana Souza Santos, *Op. Cit.*, p. 816.

<sup>15</sup> PORTUGAL. Leis, decretos, etc. *Código dos contratos públicos*. 12. ed. (Códigos anotados). CDU 346. Almedina. Biblioteca Nacional de Portugal.

<sup>16</sup> HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1.108.

Assim como em Portugal, no Brasil, há tendência de desconfiança com o diálogo competitivo enquanto modalidade de licitação, porque o sigilo da fase de diálogos pode – não há certeza, abrir a possibilidade de favorecimentos.

Ao defender a racionalidade do direito, Luiz Guilherme Marinoni cita o “homem cordial” tratado em “Raízes do Brasil”, como o modo de comportamento no interior da Administração Pública brasileira. Para ele:

*No famoso capítulo intitulado ‘Homem cordial’, Buarque de Holanda trabalha com os conceitos weberianos de patrimonialismo e burocracia. Esses conceitos são usados como ferramentas para a demonstração do significado de ‘homem cordial’, um modo de comportamento pessoal típico à formação da cultura brasileira, avesso à impessoalidade e à racionalidade formal, nitidamente relacionado ao modelo das instituições e da Administração Pública brasileiras – que ainda permanece na cultura do país<sup>17</sup>.*

Na obra “Raízes do Brasil”, o autor fala sobre a mistura do público com o privado e dos interesses pessoais que, historicamente, movem a máquina governamental brasileira:

*Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos.*

---

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77.

*A escolha pessoal dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias<sup>18</sup>.*

Considerando que na Europa, onde o diálogo concorrencial é bastante incentivado e difundido pela União Europeia, e utilizado em França e Inglaterra, mas tratado com desconfiança em Portugal, entre nós, há possibilidade de difusão do mesmo receio existente no país lusitano, tanto porque somos povos irmãos, com as mesmas características, quanto pela proximidade do direito brasileiro com o português, e principalmente porque, no Brasil, pululam casos de favoritismos na relação público/privado.

Resta saber em que medida serão tratadas, a desconfiança, de um lado, e o incentivo legal, de outro, para a utilização do diálogo competitivo no Direito Administrativo Brasileiro, e como a sigiliosidade é tratada à luz da Constituição Federal, vez que o art. 37 tem como um dos princípios da Administração Pública o princípio da publicidade.

#### **4. O princípio da publicidade disposto no art. 37 da CF/88**

A Constituição Federal, art. 37, *caput*, dispõe que:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRASIL, 1988)*

Está expressamente previsto que a publicidade é um princípio constitucional que deve reger as relações entre a Administração Pública e os administrados, tanto com os cidadãos destinatários dos benefícios proporcionados pelo Estado, quanto nas relações negociais que ela pratica com a iniciativa privada para proporcionar o bem-estar dos cidadãos, e também nas relações jurídicas *interna corporis*, do Direito Administrativo Ordenador.

---

<sup>18</sup> HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 145-146.

Nosso legislador constituinte originário quis proteger o exercício da cidadania e impedir a prática de favorecimentos na Administração Pública e, para tanto, inseriu a publicidade como princípio basilar da Administração.

É com base na publicidade das ações do poder público que está estruturado o Estado Democrático de Direito, e Norberto Bobbio, citando Kant, defendeu a publicidade dos atos estatais e lecionou o seguinte:

*No ‘Apêndice’ à Paz Perpétua, Kant, enunciou e ilustrou o princípio fundamental segundo o qual ‘todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é suscetível de se tornar pública são injustas’, querendo com isto dizer que uma ação que sou forçado a manter secreta é certamente não apenas uma ação injusta, mas sobretudo uma ação que se fosse tornada pública suscitaria uma reação tão grande que tornaria impossível a sua execução<sup>19</sup>.*

A publicidade é condição essencial para permitir a tutela da probidade administrativa e os direitos dos cidadãos. O art. 5º contém muitos dispositivos que a asseguram, a saber, o inciso XIV, segundo o qual, é assegurado a todos o acesso à informação; inciso XXXIV, alínea “a”, que assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; inciso LXXII, para conceder *habeas data* visando assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, e também para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo, dentre muitos outros dispositivos existentes no texto constitucional.

No plano infraconstitucional, a Lei do Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011, traduz a mais ampla acessibilidade de informação dos cidadãos aos dados e atos do Poder Público.

Na NLLCA o princípio da publicidade foi inserido no art. 5º, e o § 3º, do art. 31 dispõe que:

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 53.

*§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação. (BRASIL, 2021)*

Nessa quadra, a publicidade dos atos da Administração Pública está sedimentada no Direito Administrativo brasileiro, e a defesa da probidade administrativa tem custado muito caro a toda a coletividade, que busca incessantemente a proteção do interesse público, sendo a transparência dos atos estatais condição *sine qua non* para possibilitar o controle da Administração, pelos administrados.

Acontece que a publicidade dos atos estatais é um princípio da administração que não pode ser analisado isoladamente, e sim em harmonia com todo o texto constitucional. Como todo princípio, a publicidade não está acima dos demais princípios constitucionais, e não há princípio absoluto, daí que, em cada caso concreto, cabe ao intérprete atuar para distensionar o ambiente no conflito principiológico que vier a surgir.

## **5. A confidencialidade como mecanismo de proteção dos princípios da propriedade privada e da livre concorrência**

A Lei 14.133/21, art. 32, § 1º, inciso IV, dispõe o seguinte:

*§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições: IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento; § 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses. (BRASIL, 2021, grifos nossos)*

A NLLCA trouxe para as licitações o dinamismo da iniciativa privada no que pertine à propriedade imaterial, e, para proteger as invenções e evitar concorrência desleal, a lei prevê a confidencialidade das soluções propostas,

de modo que somente a proposta vencedora será revelada, e isso para evitar que outros atores econômicos se aproveitem do valor intangível dos demais interessados.

Hodiernamente os ativos intangíveis representam a maior parte do valor de uma corporação, como marcas, patentes, *know-how*, sinais gráficos, dentre outros ativos imateriais.

Em matéria de Direito Empresarial e Direito Internacional do Comércio, a confidencialidade é fundamental, por exemplo, para contratos de transferência de tecnologia, e é questão pacificada na doutrina que:

*O valor de mercado de uma empresa não consiste apenas na soma dos valores individuais de suas instalações, estoques e maquinário – chamados, genericamente, de ativos tangíveis – bem como de seus ativos financeiros, como dinheiro em caixa, depósitos bancários, títulos de crédito, etc. atualmente, na medida em que produtos e serviços agregam cada vez mais tecnologia, o know-how da empresa, sua reputação, marca, presença em vários mercados, clientela efetiva ou ocasional e potencial de crescimento representam a parte ‘intangível’ de seu valor, que pode, em muitos casos, superar consideravelmente a parte tangível<sup>20</sup>.*

No caso do diálogo competitivo, quando um interessado apresenta uma proposta, há a expectativa de que o ente adjudicante se interesse pela inovação e efetive a contratação, todavia, se isso não ocorrer, a inovação não será inutilizada, porque será utilizada em outro empreendimento. Por isso, a necessidade de manter em sigilo a propriedade imaterial apresentada ao ente contratante, para evitar concorrência desleal por parte de terceiros.

Como já dito acima, a propriedade imaterial tem mais valor agregado que os ativos tangíveis de uma corporação, e, se a Administração Pública quiser se aproximar da iniciativa privada e gozar das suas potencialidades, tais como os inventos desenvolvidos pelas corporações privadas, a solução é proteger os ativos intangíveis dessas corporações, evitando-se a divulgação, para impedir a concorrência desleal.

---

<sup>20</sup> NETO, José Cretela. *Contratos Internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millenium, 2011, p. 491.

É uma questão pacífica que:

*Em décadas mais recentes, contudo, a propriedade intelectual passou a ser mais valorizada, mas sua proteção apresenta-se bastante mais complexa. Afinal, basta publicar, sem autorização do proprietário, uma idéia que possa revolucionar determinado mercado, para infringir direitos de uns, e possibilitar o uso dessa idéia por muitos<sup>21</sup>.*

A confidencialidade existe para proteger os ativos intangíveis das corporações, e essa proteção está prevista na Constituição Federal, art. 170, incisos II e IV, nos seguintes termos:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*[...]*

*II – propriedade privada;*

*[...]*

*IV – livre concorrência. (BRASIL, 1988)*

Sendo a propriedade privada um princípio da ordem econômica e, considerando que o art. 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade, logo, a Constituição Federal garante à iniciativa privada a proteção da sua propriedade imaterial, que deve ser implementada por meio de leis infraconstitucionais.

Como decorrência da proteção à propriedade privada, é necessário incentivar a livre concorrência e, para tanto, o ordenamento jurídico precisa construir mecanismos contra a concorrência desleal.

É exatamente por isso que a confidencialidade foi inserida no ordenamento jurídico, para proteger os atores econômicos de práticas antiéticas e inibidoras do desenvolvimento e da criação.

Como o Direito Administrativo vive um momento de migração para o direito privado, com a utilização de experiências da iniciativa

---

<sup>21</sup> *Op. Cit.*, p. 492.

privada no setor público, de terceirização de serviços pela Administração, ao setor privado, a NLLCA veio para dar ênfase nessa amalgamação de elementos de Direito Público e Direito Privado para ter como produto a melhoria da atuação do Poder Público.

E nessa fusão de elementos de Direito Público com os de Direito Privado, a confidencialidade, originária das relações jurídicas da iniciativa privada, fundiu-se com a publicidade própria do Direito Administrativo, com o objetivo de proteger a propriedade privada e a livre concorrência, visando à proteção patrimonial daqueles que se dispuserem a contribuir com a gestão pública.

#### **6. A ponderação de interesses entre os princípios da publicidade, da propriedade privada e da concorrência para dar efetividade ao princípio da eficiência na administração pública**

Desde os primórdios da colonização, o Brasil convive com as dificuldades decorrentes da malversação de dinheiro público, dos favores para os “amigos da corte” e, por isso, está enraizado no nosso pensar cotidiano que a publicidade é elemento imprescindível para combater os favoritismos nas relações da Administração Pública com a iniciativa privada.

A Constituição Federal erigiu a publicidade como princípio da administração expresso no art. 37, essencial para a proteção da probidade na administração da coisa pública, salvo quando o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do próprio Estado.

Essa previsão constitucional resulta no dever do Estado de fornecer informações de interesse particular e coletivo dos administrados, o que está previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, segundo o qual:

*[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988)*

O inciso XXXIV, dispõe que são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

*a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. (BRASIL, 1988)*

Como decorrência da garantia constitucional do direito dos administrados de ter conhecimento das ações estatais, a publicidade é condição de validade dos atos administrativos e, segundo a doutrina:

*[...] a publicidade deve ser compreendida como o fio condutor à eficácia do ato administrativo. Caso ausente a publicidade necessária ao ato, este não produzirá efeitos. Há entendimentos, inclusive, no sentido de que a ausência de publicidade poderia conduzir à invalidade do ato administrativo<sup>22</sup>.*

Se de um lado, a publicidade é um princípio da Administração Pública, imprescindível para a transparência da administração da coisa pública, de outro lado, a propriedade privada e a livre concorrência também são princípios constitucionais que devem ser observados no Estado Democrático de Direito, e todos os princípios constitucionais têm coexistência harmônica dentro do texto constitucional, de modo que um princípio não está acima do outro.

A propriedade privada é princípio constitucional da atividade econômica, previsto no art. 170, inciso II, da CF/88, e a Constituição Federal adotou a forma de Estado capitalista:

*A opção do texto constitucional, embora não o diga expressamente, é pelo capitalismo e a apropriação privada dos meios de produção, com alguns preceitos apontando para uma socialização, sem, contudo, comprometer a essência do sistema<sup>23</sup>.*

<sup>22</sup> HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 241.

<sup>23</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 803.

É a própria Constituição que garante o direito de propriedade, cuja proteção é assegurada pelo Estado brasileiro, um Estado Capitalista, fundado na apropriação privada dos meios de produção e, por isso, os detentores de propriedade têm o direito assegurado no texto constitucional.

Da mesma forma que a propriedade privada, a livre concorrência é um princípio constitucional da atividade econômica, previsto no inciso IV do art. 170 da Carta Política e, para o Estado usufruir da contribuição da iniciativa privada visando à melhoria dos serviços públicos e para melhorar cada vez mais a qualidade das obras públicas, ele deve propiciar aos atores econômicos que participam de licitações públicas a proteção para que terceiros não atuem de forma parasitária e se apropriem dos bens imateriais cuja propriedade lhes pertencem.

Como já dissemos, em Portugal, há resistência ao diálogo concorrencial, apesar de já inserido na legislação interna daquele país, em obediência às Diretrizes da União Europeia, o que significa praticamente o desuso do instituto no país lusitano e, aqui no Brasil, é exatamente no conflito entre o princípio da publicidade com os princípios da propriedade privada e da livre concorrência que poderá haver resistência ao diálogo competitivo no Brasil.

Entendemos que não é o caso de resistir a essa modalidade de licitação e deixá-la como letra morta no ordenamento jurídico, porque o Direito Administrativo vive um momento de adoção de muitos dos institutos do Direito Privado, o que contribui para a melhoria dos serviços públicos e também para o aperfeiçoamento das tecnologias na execução de obras públicas.

A contribuição da iniciativa privada para o setor público não pode ser desconsiderada nem deixada em plano secundário, porque o setor privado irá sempre atuar em parceria com o poder público na prestação de serviços e execução de obras, seja fornecendo tecnologia, que significa propriedade imaterial, seja fornecendo somente o trabalho.

Por isso, deixar de utilizar o diálogo competitivo e abrir mão do potencial da iniciativa privada de fornecer bens imateriais para o poder público em nome do princípio da publicidade não é a melhor opção para o Estado Brasileiro e a comunidade jurídica deve refletir sobre isso.

De um lado, há o interesse público tutelado pelo princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, para proteger a Administração da malversação dos recursos públicos e proteger a coletividade de favoritismos, que violam a impessoalidade. De outro lado, há o interesse dos atores

econômicos que vão participar de licitações, tutelado pelos princípios da propriedade privada e da livre concorrência.

A NLLCA prevê as hipóteses de utilização da licitação na modalidade diálogo competitivo:

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

*I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:*

*a) inovação tecnológica ou técnica;*

*b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e*

*c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;*

*II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas 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.*  
(BRASIL, 2021)

Com base no texto normativo, observamos que não é em qualquer situação que a Administração Pública poderá lançar mão do diálogo competitivo como modalidade de licitação, porque a NLLCA prevê situações específicas, nas quais a Administração Pública não tenha condições de satisfazer suas necessidades sem a contribuição da iniciativa privada, com o fornecimento de sua propriedade imaterial.

Não seria razoável incentivar a iniciativa privada a apresentar projetos inovadores para a Administração escolher o que melhor se adequa às suas necessidades, mediante a publicidade plena dos projetos, porque apenas um projeto será o escolhido e, se houvesse divulgação dos projetos não escolhidos, seria aberta a possibilidade de violação do direito de propriedade privada por terceiros, que teriam conhecimento dos projetos e poderiam utilizá-los indevidamente, em nítida violação ao direito de propriedade.

A apropriação indevida dos projetos divulgados e não escolhidos pela Administração acarretaria deslealdade na concorrência, na medida em que terceiros estariam se locupletando de projetos que não desenvolveram

e praticando concorrência no mercado sem qualquer custo para o desenvolvimento do projeto inovador.

Se a NLLCA não fizesse previsão da confidencialidade na fase de negociações, seria difícil a Administração Pública atrair interessados em participar de licitações para fornecimento de inovação, dado o risco de prejuízos para as corporações, daí a previsão legal do sigilo na fase de negociações, para proteger a propriedade privada e a livre concorrência.

Surge o ponto nevrálgico: a colisão do princípio da publicidade com os princípios da propriedade privada e da livre concorrência no diálogo competitivo. De um lado, pelo princípio da publicidade devem ser divulgados todos os atos estatais em todas as fases da licitação. De outro, para efetivar os princípios da propriedade privada e da livre concorrência deve ser preservada a confidencialidade dos projetos apresentados na fase de negociações, de modo que o projeto vencedor da licitação será divulgado e os demais permanecerão em sigilo.

O princípio constitucional da publicidade proíbe o sigilo; os princípios constitucionais da propriedade privada e da livre concorrência permitem o sigilo.

Eis o caso típico de colisão de princípios (*publicidade X propriedade privada + livre concorrência*) e um dos lados terá que ceder. A solução é a ponderação de interesses tutelados por cada um dos pólos.

Segundo Alexy:

*Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos*

*podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso*<sup>24</sup>.

É com base nessa linha de interpretação que o princípio da publicidade deverá ser mitigado e ceder espaço para os princípios da propriedade privada e da livre concorrência, e o fato de a publicidade ceder espaço para a propriedade privada e a livre concorrência irá concretizar o princípio da eficiência da Administração Pública.

A mitigação do princípio da publicidade, em razão da confidencialidade na fase das negociações no diálogo competitivo não irá acarretar prejuízos para os participantes do certame licitatório nem para a coletividade.

Isso porque o participante vencedor terá seu projeto divulgado, e os demais, que não foram vencedores, terão acesso ao projeto vencedor, de modo que qualquer indício de favoritismo poderá ser objeto de impugnação, porque cada um dos proprietários dos projetos não escolhidos pela Administração conhece o seu próprio projeto e poderá levar a discussão para o Poder Judiciário, caso em que o projeto que permaneceu confidencial na fase de negociações terá a publicidade, em razão da judicialização da controvérsia, salvo em caso de decretação do sigilo, pelo juiz.

O afastamento do princípio da publicidade para permitir a confidencialidade na fase de negociações no diálogo competitivo irá proteger a propriedade privada das corporações que se dispuserem a participar de licitações. Esse mecanismo irá incentivar a iniciativa privada a apresentar projetos inovadores, e, conseqüentemente, irá permitir maior eficiência da Administração Pública, na medida em que ela poderá escolher projetos que melhor atenderão o interesse coletivo, em situações em que o Poder Público não teria como ter acesso a inovações.

A confidencialidade, longe de prejudicar o interesse público, será benéfica para a coletividade, na medida em que a ausência de divulgação dos projetos não escolhidos pela Administração será um meio de proteção da livre concorrência no mercado, porque os proprietários das inovações não serão plagiadas as suas propriedades imateriais, mantendo-as protegidas da concorrência parasitária.

---

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 93-94.

A proteção da propriedade privada imaterial, acarreta, consequentemente, a proteção da livre concorrência. Como a confidencialidade é necessária para proteger tanto a propriedade quanto a concorrência, ela é importante para incentivar a iniciativa privada a contribuir com a Administração Pública mediante o fornecimento projetos inovadores, que constituem propriedade imaterial.

Nessa trilha, a confidencialidade resulta em mecanismo de aprimoramento da eficiência do Estado, na medida em que protege a propriedade privada e a livre concorrência, e constitui-se em fator de estímulo à iniciativa privada e incentivo às corporações a participarem de licitações para fornecimento de projetos inovadores.

Destarte, a mitigação do princípio da publicidade, além de não prejudicar o interesse coletivo, constitui-se em mecanismo de propulsão ao princípio da eficiência da Administração Pública.

Diante da abertura que a NLLCA deu para a Administração Pública aprimorar sua eficiência ao utilizar a inovação tecnológica ou técnica produzida pela iniciativa privada, em situações em que o ente adjudicante não teria condições de produzir sozinho a mesma inovação, o receio da má utilização da licitação na modalidade *diálogo competitivo* não deve prevalecer, sob pena de prejuízos ao princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Caberá aos órgãos encarregados de proteger o patrimônio público a tarefa de fiscalizar e, se necessário, corrigir desvios, mas, por ora, não é o caso de resistir à utilização do instituto, devendo a comunidade jurídica incentivar a sua utilização, consciente de que o Direito é dinâmico e as novas experiências darão aos operadores do Direito Administrativo o direcionamento necessário para a utilização do diálogo competitivo em benefício do bem comum e, ao mesmo tempo, fecharem as lacunas porventura surgidas com desvios de conduta na relação público/privado.

## Conclusão

A NLLCA veio para melhorar o ambiente de contratações públicas e foi editada depois da inserção do consequencialismo no direito público, nos arts. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB), e agora, o Juiz, ao decidir, deve considerar as consequências práticas da sua decisão, e um dos objetivos dessa previsão legal é o de distensionar o ambiente criado com o chamado “Direito Administrativo do Medo”.

Na União Europeia já existe a previsão do diálogo concorrencial desde a Diretiva 2004/18/CE<sup>25</sup> do Parlamento Europeu, e hoje está em vigor na Diretiva 2014/24/EU<sup>26</sup>.

Seguindo as diretrizes do tratado da União Europeia, Portugal internalizou o instituto no seu Código de Contratos Públicos, Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, atualizado pela Lei nº 30/2021, no Capítulo V, Secção I, artigos 204º até o 218º, todavia, há resistência à utilização do diálogo concorrencial no país lusitano, motiavada pela confidencialidade na fase de negociações.

No Brasil, ainda estão sendo utilizadas as leis anteriores à promulgação da Lei nº 14.133/21, a partir de 1º de abril de 2024. a NLLCA será a única Lei de licitações a ser aplicada e, assim como há resistência ao instituto em Portugal, é perceptível a desconfiança que o diálogo competitivo desperta em parte da comunidade jurídica, exatamente pela confidencialidade na fase de negociações.

Na esteira do espírito da NLLCA, entendemos que não é o caso de resistir à utilização do diálogo competitivo como modalidade de licitação nas situações previstas na nova legislação: podemos extrair os seguintes balizamentos da análise do instituto:

- 1) A NLLCA veio para distensionar o ambiente de contratações públicas e acabar com o Direito Administrativo do Medo;
- 2) Uma das novidades da nova lei foi a inserção do diálogo competitivo para situações em que a Administração Pública precisar contratar objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica e não tiver condições de ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação e soluções disponíveis no mercado, dentre outras situações específicas;
- 3) Os atos da Administração Pública devem ter publicidade como condição de validade, todavia, para que o Poder Público consiga atrair a iniciativa privada para o fornecimento de inovação tecnológica, é preciso proteger a propriedade privada e a livre concorrência,

---

<sup>25</sup> DIRETIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de Março de 2004. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 7 out. 2022.

<sup>26</sup> DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Publicado em 28 mar. 2014 no Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 7 out. 2022.

- para que os participantes de licitações cujos projetos não sejam escolhidos pela Administração não sejam prejudicados com a utilização indevida, por terceiros, de sua propriedade imaterial;
- 4) A proteção da propriedade privada (imaterial) passa, necessariamente, pela confidencialidade na fase de negociações, quando se tratar de apresentação de projetos de inovação tecnológica, para evitar o plágio dos projetos não escolhidos pela Administração, essa previsão legal visa proteger a livre concorrência;
  - 5) Em última instância, a confidencialidade prevista na fase de negociações, ao proteger a propriedade privada e a livre concorrência, constitui estímulo para a iniciativa privada apresentar projetos de inovação tecnológica, que resulta na efetivação do princípio constitucional da eficiência da atuação do Poder Público;
  - 6) Caberá aos órgãos de fiscalização e repressão atuarem para a correção de rumos em casos de utilização indevida do diálogo competitivo para desvios de finalidade, todavia, não é o caso de deixar de utilizar o instituto porque é modalidade de licitação incentivadora do aperfeiçoamento tecnológico no setor público.

## Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE DA SILVA, Jorge. *Código dos contratos públicos*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1942.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: instituições de direito comunitário comparado – União Europeia e Mercosul*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. trad. Marco Aurélio Nogueira. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2005.

DIRECTIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de Março de 2004. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 7 out. 2022.

DIRECTIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 7 out. 2022.

HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censos 2007. Inovações e impactos nos sistemas de informações estatísticas e geográficas do Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

*LIBRO VERDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA: REFLEXIONES PARA EL FUTURO*. Bruselas, 27.11.1996 COM(96) 583 final. N° de catálogo: CB-CO-96-627-ES-C. ISBN 92-78-12851-1. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas L-2985 Luxemburgo. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=ES>. Acesso em: 07 out. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NETO, José Cretela. *Contratos Internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millenium, 2011.

OLIVEIRA, Luiz Fernando Silva. A nova Lei de Licitação e as futuras eleições: anistia geral a condenados? *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 141-159, 2022.

PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo. O que é e como essa nova modalidade licitatória pode impactar a atuação dos tribunais de contas nas análises prévias dos editais de concessões comuns E PPP. *Cadernos da Escola Paulista de Contas*, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 88–99, 2021.

SANTOS, Luciana Souza. O diálogo concorrencial. *In*: Gomes, Carla Amado; Pedro, Ricardo; Caldeira, Tiago Serrão Marco (coord.). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2021.

SARAIVA, Alessandra. IBGE estima população brasileira em 212,7 milhões antes de Censo. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 22 jul. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2022/07/22/ibge-estima-populao-brasileira-em-2127-milhes-antes-de-censo.ghtml>. Acesso em: 19 jan. 2023.

