



ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS DA AERONÁUTICA
CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS 3/2022

SILVIA CRISTINE SOARES GUIMARÃES DE MACEDO, Cap Int

Diálogo Competitivo na Força Aérea Brasileira: Implementação de auditoria na fase de diálogo

Rio de Janeiro

2022

ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS DA AERONÁUTICA
CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS 3/2022

SILVIA CRISTINE SOARES GUIMARÃES DE MACEDO, Cap Int

Diálogo Competitivo na Força Aérea Brasileira: Implementação de Auditoria na fase de diálogo

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais da Aeronáutica como requisito parcial para aprovação no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Liderança com Ênfase em Gestão no COMAER.

Linha de Pesquisa: Gestão Institucional
Orientador: Bruno Bitencourt Carvalho de Oliveira, Maj Int

Rio de Janeiro

2022

SILVIA CRISTINE SOARES GUIMARÃES DE MACEDO, Cap Int

Diálogo Competitivo na Força Aérea Brasileira: Implementação de auditoria na fase de diálogo

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais da Aeronáutica.

Aprovado por:

Pedro **Nolasco** Duarte, Maj Av
EAOAR

Bruno **Bitencourt** Carvalho de Oliveira, Maj Int
EAOAR

Rio de Janeiro

2022

RESUMO

Com a aprovação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, o Direito Administrativo passou a contar com a modalidade licitatória diálogo competitivo, que será aplicável quando o objeto demandar inovação tecnológica ou técnica, e cujos objetivos da contratação estejam definidos, entretanto, a Administração não tenha condições de estabelecer a melhor forma de alcançá-los, como poderá ocorrer nas Unidades do DCTA, considerando a gama de projetos constantes na DCA 11-118/2021 (DIPLAN). Assim, essa modalidade traz como inovação a fase de diálogo, em que os membros da comissão de contratação e os licitantes interessados deverão se reunir de forma reservada para dialogar sobre a melhor solução a ser contratada. Considerando que essas reuniões possuem caráter sigiloso, dificulta-se o acompanhamento da fase negocial e confirmação sobre a solução escolhida atender aos objetivos propostos inicialmente. Assim, faz-se necessária a implementação de uma auditoria, imediatamente após a conclusão da fase de diálogo, visando garantir que as decisões tomadas para a escolha da solução confirmem lisura ao certame. Dessa forma, será possível atestar que foi dado tratamento igualitário a todos os licitantes durante a fase de diálogo, garantindo a preservação do princípio da isonomia. E, ainda, constatar que a decisão que motivou a escolha da melhor solução está descrita de forma clara e transparente em respeito ao princípio da transparência. Com isso, a FAB poderá garantir maior grau de confiabilidade aos processos de diálogo competitivo, que terão uma barreira de controle a mais para impedir que o processo seja maculado de vícios.

Palavras-chave: Diálogo Competitivo. Princípio da Isonomia. Princípio da Transparência. Lisura Processual.

1 INTRODUÇÃO

Com a aprovação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, intitulada de Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o Direito Administrativo brasileiro passou a contar com mais uma modalidade no campo das licitações, o diálogo competitivo. Trata-se de uma norma originária do Direito Europeu, cuja finalidade principal é a realização de certame licitatório para contratações em que a Administração Pública não está apta a definir o objeto que atenda suas necessidades e possa contar com a participação de empresas da iniciativa privada para delimitarem em conjunto a solução ideal para seus anseios.

Ao se falar em diálogo competitivo, é salutar esclarecer que as hipóteses em que a FAB poderá utilizar essa modalidade estão descritas no Art. 32, da Lei nº 14.133/2021, e trata dos casos em que a Organização Militar anseie objeto permeado de inovação tecnológica ou técnica, na qual os objetivos para a contratação estejam estabelecidos, porém, haja impossibilidade de definir qual a melhor solução para alcançá-los. Situações dessa natureza têm potencial de ocorrer nas Unidades do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA), para contratação de serviços que exigem soluções inovadoras do setor privado aos projetos constantes na DCA 11-118/2021 “Diretriz de Planejamento Institucional” (DIPLAN).

A operacionalização do diálogo competitivo pode ser dividida em três fases: a qualificação dos licitantes, o diálogo propriamente dito e a fase competitiva de julgamento das propostas. Na primeira e terceira fases os critérios de julgamento são objetivos, bem definidos e fixados previamente no instrumento convocatório, sendo pautados pela transparência e publicidade dos atos. Já na fase de diálogo, onde ocorre, de fato, a negociação entre as partes, se faz necessário um olhar mais atento, levando-se em consideração que é o momento em que ocorre a flexibilização do procedimento (OLIVEIRA, 2018).

Considerando que as informações discutidas durante a fase negocial deverão ser mantidas em sigilo, sendo de conhecimento pleno apenas da comissão de contratação, torna-se mais difícil a apuração adequada das decisões tomadas para a escolha da solução encontrada ao final dessa fase.

Deste modo, essa impossibilidade de avaliação sobre a escolha da solução pela comissão de contratação poderá gerar questionamentos quanto à lisura do

processo e a hipótese de o certame estar eivado de vícios que não coadunam com os princípios da Administração Pública.

Assim, defende-se que implementar uma auditoria da fase de diálogo, imediatamente após sua conclusão, garante a lisura do certame.

Destarte, assegura-se que no decorrer da fase de diálogo houve a preservação do princípio da isonomia, atribuindo tratamento igualitário aos licitantes quanto ao fornecimento de informações iguais a cada rodada de reuniões, para que o desenvolvimento da solução por parte dos licitantes não seja maculado de vícios. E, ainda, constata-se que a solução encontrada está pautada pelo princípio da transparência, contendo justificativa robusta que consiga explicar a escolha feita e demonstrar porque é a mais relevante dentre as apresentadas.

2 DESENVOLVIMENTO

Tendo o diálogo competitivo a característica revolucionária de definir as especificidades técnicas do objeto no decorrer da fase de diálogo, a preocupação em garantir que a solução escolhida permita uma competição justa entre os participantes do certame precisa ser norteadora na condução do processo, bem como a certeza de que todos os atos serão realizados de forma clara e transparente, considerando que essas especificações técnicas serão incluídas no edital para dar início a fase competitiva.

2.1 Princípio da Isonomia

Diversos são os princípios que sustentam a Administração Pública, entretanto, é o princípio da isonomia que, de maneira unânime, é referenciado em grau de importância por todos os doutrinadores do tema. Isso se dá em virtude desse princípio ser um dos alicerces da licitação, ao passo que se relaciona com a escolha da melhor proposta pela Administração, mas, também, assegura a igualdade que todos os interessados têm em participar do processo licitatório (DI PIETRO, 2021).

Neste ensaio, maior ênfase será dada à face do princípio da isonomia que trata sobre a igualdade entre os participantes da licitação, expressa no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que, segundo Di Pietro (2021, p. 415) “veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados

licitantes em detrimento dos demais”. Isto porque, os processos de diálogo competitivo que serão realizados nas Unidades da FAB iniciarão uma nova fase no modo de contratar com a Administração, no qual, militares e servidores civis designados para a comissão de contratação precisarão, durante a fase de diálogo, dispensar especial atenção às informações que deverão ser repassadas igualmente a todos os participantes do processo.

As discussões técnicas sobre o objeto da contratação ocorrerão na fase negocial do diálogo e, portanto, uma informação diferenciada que seja repassada a apenas um licitante poderá proporcionar uma vantagem para sua empresa no momento de apresentar a solução. Assim, a própria Lei nº 14.133/2021, em seu inciso III, do §1º, do Art. 32, veda “a divulgação informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante” (BRASIL, 2021), e Santos de Aragão (2021) comenta que essa preocupação deve ser considerada como uma necessidade de respeitar a simetria entre os pares.

Nessa esteira, a Lei nº 14.133/2021 tratou também de incluir no Art. 32, §1º, inciso IV, a determinação de que as soluções ou informações sigilosas apresentadas por um licitante durante a fase negocial não poderão ser repassadas aos demais, preservando o direito do licitante sobre a propriedade intelectual desenvolvida em conjunto com a comissão de contratação, e, no inciso VI, que as reuniões bilaterais da comissão com cada licitante deverão ser registradas em ata e gravadas em áudio e vídeo (BRASIL, 2021).

Tudo isso foi pensado pelo legislador para garantir que as empresas tenham condições igualitárias de apresentar a solução que melhor couber aos interesses públicos, ainda que a escolha da fase de diálogo não esteja vinculada a quem será a empresa vencedora na fase competitiva.

No entanto, embora a lei busque nesses dispositivos a manutenção do princípio da isonomia, o processo licitatório pode tornar-se frágil, uma vez que, considerando o grau de sigilo das informações trocadas durante as reuniões, os licitantes ou qualquer indivíduo terão dificuldade em contrapor a decisão da comissão de contratação de aprovar determinada solução. E, é essa dificuldade que impossibilita o controle espontâneo da sociedade de verificar se a solução escolhida é a que, de fato, melhor atende os interesses da instituição, e não um subterfúgio para auferir vantagem à determinado licitante na fase competitiva.

Assim, caberá às Unidades da FAB em que ocorrer o diálogo competitivo, que adotem medidas para mitigar a ocorrência de eventos que vão de encontro ao que prevê a lei. E a primeira delas é a compreensão que a descentralização das decisões no decorrer da licitação colabora para diminuir o risco de ocorrência de ilícitos (FORTINI E MOTTA, 2016).

Deste modo, assume-se que a auditoria é uma ferramenta para que pessoas alheias à comissão de contratação analisem o certame após a conclusão da fase de diálogo, reduzindo, portanto, o poder de decisão concentrado na comissão e permitindo que um agente estranho ao processo possa fazer as considerações pertinentes quanto ao cumprimento das condições contidas nas leis afetas ao Direito Administrativo.

Nesse sentido, a realização da auditoria permitirá ao auditor revisar os atos praticados pela comissão de contratação e corroborar que as interações da Administração com os licitantes se deram de forma isonômica, seja na troca de informações necessárias para o desenvolvimento da solução ou na definição de prazo razoável para apresentação de soluções aprimoradas. A condução da auditoria com esse enfoque garantirá que o princípio da isonomia está sendo respeitado até aquele momento do processo licitatório.

2.2 Princípio da Transparência

O conceito de transparência há tempos tem sido caracterizado como sinônimo do princípio da publicidade, no entanto, sua concepção vai além disso. Para o Direito Administrativo, “a transparência é a abertura da Administração ao administrado” (TABORDA, 2002, p. 258) e, em seu núcleo, são considerados três principais aspectos, sendo o primeiro relacionado à publicação dos atos administrativos, em estreita relação com o princípio da publicidade; o segundo vinculado à motivação que leva a Administração a decidir pelos atos que executa; e, por fim, o diálogo com o cidadão, que tem o direito de participar das decisões administrativas (TABORDA, 2002).

Considerando a atenção dada à fase negocial do diálogo competitivo, cabe ressaltar que a Lei de Licitações dispensa grande discricionariedade à comissão de contratação na condução do certame, ao permitir que as soluções apresentadas pelos licitantes sejam apreciadas quantas vezes forem necessárias até que se chegue à

solução escolhida. Essa elevada discricionariedade poderá comprometer a lisura do processo, caso as decisões tomadas não estejam devidamente motivadas e claras.

Para reduzir a possibilidade de ocorrerem vícios ou até mesmo nulidades que possam invalidar o processo, as Unidades da FAB que utilizarem o diálogo competitivo precisam dispor de controle adequado a esse tipo de contratação, de maneira objetiva e tempestiva, como uma forma eficaz que garanta que a aplicação da legislação foi realizada de maneira correta.

No primeiro argumento foi citado o extrato da lei que define que as informações sigilosas não poderão ser divulgadas pela Administração sem a autorização do licitante detentor da informação. No que tange à transparência, esse ponto precisa ser novamente analisado, tendo em vista que, pelo fato da lei autorizar que a divulgação do diálogo não é obrigatória, cria-se a dificuldade de qualquer indivíduo contestar as decisões tomadas pela Administração.

Essa dificuldade que o indivíduo comum enfrenta pela falta de informações completas acerca do certame vai de encontro à face do princípio da transparência que sustenta que o cidadão tem o direito de conhecer a Administração, verificar a legalidade dos atos e gestão do dinheiro público e participar dos mecanismos administrativos quando lhe for conveniente (SILVA E SANTOS, 2016).

Assim, considerando que o cidadão não terá condições de questionar a escolha de determinada solução por não dispor de toda a informação do processo, a implementação da auditoria visa suprir a impossibilidade de acesso das pessoas ao teor das negociações. O papel de averiguar os atos da Administração frente a possíveis irregularidades poderá ser transferido a um terceiro, devidamente designado, que terá o compromisso de auditar a fase de diálogo, criando uma barreira contra um vício que possa ser praticado durante a fase dialogal.

Nessa esteira, a auditoria realizada ao final da fase de diálogo precisa atestar que os registros documentais e audiovisuais constantes no processo sustentam a decisão, com argumentos válidos que explicitem o porquê de a solução escolhida ser mais indicada que as demais e não pela mera alegação de titularidade de competência da comissão de contratação para escolha arbitrária da solução. Tal conceito encontra respaldo no princípio da motivação que está contido no conceito de transparência (JUSTEN FILHO, 2012).

Dessa maneira, apesar de ser dificultoso que qualquer membro da sociedade tenha acesso às informações do diálogo competitivo, em virtude do sigilo garantido

pela lei, o auditor no cumprimento de suas atribuições poderá se manifestar contrário ou a favor da decisão adotada pela comissão, criando com isso uma forma minimizar os impactos causados pela lei, garantindo a manutenção da lisura no processo e respeitando a aplicação do princípio da transparência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao observar a inovação trazida pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no que se refere ao diálogo competitivo, o presente ensaio mostrou a importância que deve ser dispensada pela FAB ao tema, tendo em vista as peculiaridades processuais que serão realizadas durante a fase de diálogo do certame.

Para tanto, em primeiro lugar, argumentou-se sobre o cuidado que os membros da comissão de contratação deverão ter ao tramitar informações de forma igualitária entre eles e os licitantes, visando garantir que o princípio da isonomia seja preservado. E depois, o argumento apresentado foi de que a motivação que resultar na escolha de determinada solução, durante a fase negocial, deverá estar descrita de forma clara e explícita no processo, assegurando que o princípio da transparência foi mantido.

Em vista disso, defendeu-se a implementação de uma auditoria sobre a fase de diálogo nas Unidades da FAB, a ser realizada imediatamente após a escolha da solução, a fim de garantir que essa escolha está permeada pelos princípios aqui elencados, que pelo caráter sigiloso, não será criticada pelos demais licitantes e pela sociedade em sentido amplo, podendo incorrer em vícios no processo e afastar a lisura do certame.

Nesse sentido, depreende-se que a implementação da auditoria após a fase negocial é uma boa prática que pode ser estendida à todas as Unidades Gestoras no âmbito da Administração Pública Federal, de modo que todos os processos de diálogo competitivo imprimam confiança quanto à manutenção dos princípios da isonomia e transparência em seus atos perante a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Portaria nº 182/GC3, de 19 de novembro de 2021. Aprova a “Diretriz de Planejamento Institucional” - DCA 11-118. **Boletim do Comando da Aeronáutica**. Brasília, DF, 23 nov. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/240/615>. Acesso em: 11 out. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. **Portal Licitação & Contrato**. 2018. Disponível em: http://licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em: 29 abr. 2021.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85147>. Acesso em: 11 out. 2022.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação Pública à luz do Princípio da Transparência. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**. 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/4029/pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142>. Acesso em: 11 out. 2022.