

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Isamara Scheid

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI N° 14.133/2021:
possibilidades e desafios**

Porto Alegre
2023

Isamara Scheid

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI N° 14.133/2021:
possibilidades e desafios**

Trabalho de Conclusão De Curso de graduação apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Kelly Lissandra Bruch

Porto Alegre

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

Scheid, Isamara
O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI N° 14.133/2021:
possibilidades e desafios / Isamara Scheid. -- 2023.
67 f.
Orientadora: Kelly Lissandra Bruch.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Diálogo competitivo. 2. Lei de Licitações e
Contratos Administrativos. 3. Lei 14.133/2021. 4.
Licitações. I. Bruch, Kelly Lissandra, orient. II.
Título.

Isamara Scheid

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI N° 14.133/2021:
possibilidades e desafios**

Trabalho de Conclusão De Curso de graduação apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Kelly Lissandra Bruch

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Kelly Lissandra Bruch
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Rafael Maffini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Gustavo da Silva Santanna
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e, em especial, à minha mãe, Lia, por todo o amor, carinho e palavras de apoio que me acompanham nos momentos bons, assim como nos mais desafiantes. Sou grata à ela por ter me ensinado a importância de ler e estudar desde criança e por apoiar minha vontade de ir para a universidade, mesmo quando isso significava ter de abrir mão de outras coisas.

Agradeço aos amigos que fiz durante os anos que estudei na faculdade de Direito da UFRGS e enquanto integrante da Equipe de Negociação da UFRGS, os quais, com toda certeza, tornaram essa jornada mais alegre e especial, e que levarei comigo.

Agradeço também aos meus professores e, em especial, à professora Kelly, minha orientadora, por me inspirar com a sua curiosidade científica, me auxiliar com seu conhecimento técnico e apoio emocional nessa fase tão desafiadora.

Por fim, agradeço à UFRGS, a universidade na qual eu quis estudar desde que entendi ser possível cursar o ensino superior e a qual, apesar das dificuldades estruturais e financeiras, tem um papel extremamente importante na formação de profissionais e, mais do que isso, de cidadãos.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é compreender como a modalidade de licitação do diálogo competitivo se estrutura na legislação brasileira e quais são os desafios e oportunidades da sua utilização no âmbito das licitações e contratações da Administração Pública no Brasil. Para isso, buscou-se: *i)* compreender o histórico e a estruturação do regime jurídico nacional em matéria de licitações e contratos administrativos; *ii)* analisar a origem do diálogo competitivo e a forma como a modalidade está prevista na legislação brasileira; *iii)* identificar oportunidades e desafios na utilização do diálogo competitivo na prática das licitações e contratações da Administração Pública estrangeira e brasileira. Para alcançar os objetivos do trabalho, foi realizada uma análise da legislação e da literatura brasileira e estrangeira, bem como foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com especialistas em Direito Administrativo e profissionais com experiência na área de licitações e contratações públicas. Ao fim, verificou-se que a experiência estrangeira demonstra que a cultura e as práticas da Administração Pública de um país, bem como a forma como o procedimento é previsto na sua legislação interna, podem afetar substancialmente se uma modalidade como o diálogo competitivo terá mais ou menos uso. Considerando o histórico brasileiro, é possível que o temor de que a modalidade favoreça práticas ilícitas acabe influenciando a delimitação das hipóteses de utilização do procedimento, por exemplo, e reduza seu âmbito de aplicação. Ademais, o uso do diálogo competitivo pode trazer outras questões à discussão, dentre elas: como serão desenvolvidas as etapas do diálogo competitivo, como deve se dar a definição das especificações divulgadas no edital que inaugura a fase competitiva e quais são os limites da confidencialidade das informações prestadas pelos participantes do procedimento. Por fim, convém também considerar eventuais formas de facilitar a utilização do procedimento ou torná-lo mais eficiente, com base na experiência estrangeira, como a possibilidade de limitação dos participantes e das soluções discutidas durante os diálogos e a criação de ferramentas para auxiliar os administradores públicos a identificar quando o uso do diálogo competitivo é recomendado e utilizar o procedimento de forma correta e transparente.

Palavras-chave: compras públicas; compras governamentais; licitação; modalidades de licitação; diálogo concorrencial.

ABSTRACT

The goal of this paper is to understand how the competitive dialogue is structured in the Brazilian legislation and what are the challenges and opportunities of its use in the bidding and contracting practices of the Public Administration in Brazil. To accomplish this, the specific goals were to: i) understand the history and structuring of the national legal frame on public bidding and contracts; ii) analyze the origin of competitive dialogue and how the modality is provided for in Brazilian legislation; iii) identify opportunities and challenges in the use of competitive dialogue in the bidding and contracting practices of foreign and Brazilian Public Administration. To achieve the objectives of the work, an analysis of the Brazilian and foreign legislation and literature was carried out, as well as semi-structured interviews with experts in Administrative Law and professionals with experience in the area of public bidding and contracting. In the end, it was found that foreign experience shows that the culture and practices of the Public Administration of a country, as well as the way the procedure is provided for in its domestic legislation, can substantially affect whether a procedure such as competitive dialogue will have more or less use. Considering Brazilian history, it is possible that the fear that the competitive dialogue might favor illicit practices will influence the hypotheses of use of the procedure, for example, and reduce its scope of application. Moreover, the use of the competitive dialogue can bring other issues to discussion, among them: how the stages of the competitive dialogue will be developed, how the definition of the specifications disclosed in the notice that opens the competitive phase should be carried out and what are the limits of confidentiality on the information provided by the participants of the procedure. Finally, it is also worth considering possible ways to facilitate the use of the procedure or make it more efficient, based on foreign experience, such as the possibility of limiting the number of participants and the solutions discussed during the dialogues and the creation of tools to help public administrators identify when the use of competitive dialogue is recommended and manage the procedure in a correct and transparent manner.

Keywords/Palabras-clave/Mot-clés: public procurement; government procurement; bidding; bidding modalities; competitive dialogue.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CCP - Código dos Contratos Públicos de Portugal

CCP/2019 - Código de Compras Públicas Francês

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL	11
3 A LEI Nº 14.133/2021 E A INTRODUÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL	17
3.1 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - LEI Nº 14.133/2021	18
3.2 O PROCEDIMENTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI Nº 14.133/2021	20
4 A ORIGEM DO DIÁLOGO COMPETITIVO E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA	24
4.1 ORIGEM DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO EUROPEU	24
4.2 O DIÁLOGO CONCORRENCIAL NA DIRETIVA 2014/24/UE	28
4.3 O DESENVOLVIMENTO E O USO DO DIÁLOGO COMPETITIVO EM PORTUGAL E NA FRANÇA	32
4.3.1 O DIÁLOGO CONCORRENCIAL NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA	34
4.3.2 O DIÁLOGO CONCORRENCIAL NA LEGISLAÇÃO FRANCESA	39
5 DESAFIOS – E POSSÍVEIS SOLUÇÕES – NA UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL	44
5.1 HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO	44
5.2 POSSIBILIDADE DE ELIMINAÇÃO DE SOLUÇÕES E PARTICIPANTES DURANTE A FASE DOS DIÁLOGOS	49
5.3 COMO DEVE SER DEFINIDA A ESPECIFICAÇÃO DA SOLUÇÃO QUE ATENDA ÀS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO	52
5.4 COMPARTILHAMENTO DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS OU DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS POR MEIO DA DIVULGAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES DA SOLUÇÃO NO EDITAL DE ABERTURA DA FASE COMPETITIVA	54
5.5 FAVORECIMENTO DE PARTICULARES E CORRUPÇÃO	57
9 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, o regime jurídico das licitações e contratações públicas do Brasil vem passando por alterações que parecem indicar uma tendência de tentar tornar os procedimentos mais céleres e eficientes economicamente, bem como uma maior preocupação com o planejamento, a transparência e a promoção de valores constitucionais fundamentais (OLIVEIRA, 2020, p. 138).

Neste cenário, foi publicada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, a qual não somente reúne em um só diploma a grande maioria das normas sobre a matéria, mas também se propõe a inovar e corrigir problemas presentes no regime legal anterior. A Lei nº 14.133/2021 introduziu uma nova modalidade de licitação no Brasil: o diálogo competitivo. Conforme prevê o art. 6º, inciso XLII, da Lei nº 14.133/2021, essa nova modalidade permite que a Administração realize diálogos com particulares com o objetivo de desenvolver uma ou mais soluções capazes de atender às suas necessidades (BRASIL, 2021).

Contudo, como toda novidade no ordenamento jurídico, o diálogo competitivo tem dividido opiniões. Há quem entenda que a nova modalidade pode ser muito benéfica e que atende a uma necessidade da Administração Pública brasileira, ao passo que outros olham o procedimento com desconfiança e preveem desafios à sua utilização no Brasil.

Diante disso, o presente trabalho se propõe a compreender como a modalidade do diálogo competitivo se estrutura na legislação brasileira, bem como quais são as oportunidades e os desafios que se apresentam frente ao uso do procedimento na prática das licitações e contratações da Administração Pública no Brasil.

Para alcançar o objetivo deste trabalho, foi realizada uma análise da legislação e da literatura nacional referente ao histórico das licitações e contratos administrativos no Brasil. Após, analisou-se a legislação e a literatura estrangeira relativa à matéria, com foco no âmbito da União Europeia e, especialmente, na experiência de Portugal e da França. Também foi realizada uma pesquisa qualitativa por meio da realização de entrevistas semi-estruturadas com quatro pessoas, incluindo especialistas em Direito Administrativo e profissionais que atuam ou já atuaram na área de licitações e contratações públicas, com o objetivo de

compreender quais desafios os entrevistados identificam para a implementação do diálogo competitivo na prática. A identidade dos entrevistados foi mantida em sigilo para permitir que estes pudessem expressar suas opiniões de forma livre e honesta. O presente trabalho é dispensado de submissão ao Comitê de Ética em Pesquisa, com base no art. 1, parágrafo único, inciso VII, da Resolução nº 510/2016, da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP.

Após a análise da legislação e da literatura nacional e estrangeira e a realização das entrevistas, é realizada uma análise dos possíveis desafios que podem se impor à utilização do diálogo competitivo na prática da Administração Pública brasileira e de possíveis estratégias para solucioná-los.

Sendo assim, o presente trabalho é dividido em quatro capítulos. O primeiro, traz o histórico da legislação aplicável às licitações e contratações públicas no Brasil. O segundo, trata sobre a Lei nº 14.133/2021 e o procedimento do diálogo competitivo. No terceiro capítulo, é abordada a origem do diálogo competitivo, a criação do diálogo concorrencial na União Europeia e a experiência estrangeira na utilização desse procedimento, com um foco nas experiências de Portugal e da França. Por fim, o quarto capítulo trata sobre alguns dos desafios que podem surgir a partir da utilização do diálogo competitivo no Brasil e possíveis soluções.

2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), apesar da discussão sobre se seria texto de caráter normativo ou não, estabelece um conjunto de “objetivos atribuídos ao Estado brasileiro” (MAUÉS *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2017, n.p) quando determina que o Estado Democrático se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” (BRASIL, 1988).

A realização desses objetivos se traduziu na necessidade de ações práticas do Estado quando percebeu-se, na história recente, que grande parte da população não se encontra em condições sociais e econômicas de suprir suas necessidades por conta própria. Assim, foi desenvolvida a noção de serviços públicos prestados pelo Estado com a finalidade de concretizar direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2016, n.p.), o que está materializado no art. 175, *caput*, da CRFB/1988.

A prestação de serviços públicos de forma plena, assim como o próprio funcionamento da Administração Pública, demanda a execução de obras, prestação de serviços e fornecimento de bens. Contudo, muitas vezes, o aparato estatal não dispõe de conhecimento específico ou recursos necessários para o atendimento dessas necessidades, de modo que depende da colaboração com particulares. Também se mostra mais vantajosa a colaboração com terceiros que atuam especificamente na área de interesse da Administração Pública, visto que a especialização tende a gerar soluções de maior qualidade com custos reduzidos (JUSTEN FILHO, 2012, p. 12). Isso se alinha com o princípio da eficiência, presente no *caput* do art. 37 da CRFB/1988 e pode ser expressado na ideia de que “as contratações administrativas devem refletir a utilização mais satisfatória dos recursos públicos” (JUSTEN FILHO, 2016, n.p.).

Para além disso, as compras e contratações públicas também são um instrumento de implementação de políticas públicas socioeconômicas, tendo em vista que o Estado, por meio da busca e seleção de agentes capazes de executar determinadas obras, prestar serviços e fornecer bens específicos, incentiva a realização de atividades consideradas “socialmente desejáveis” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 12).

Em síntese, as compras e contratações públicas têm grande importância para atender não apenas às necessidades da Administração, mas também permitir que o Estado promova a satisfação de necessidades coletivas comuns através da

prestação de serviços públicos, bem como promova a implementação de políticas públicas socioeconômicas. Sendo assim, essa prática também deve ser pautada pelos princípios que norteiam a Administração Pública. É neste cenário que se origina o instituto da licitação, o qual representa a concretização desses princípios no próprio procedimento, conforme se verá no próximo item.

2.1 A LICITAÇÃO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 37, *caput*, da CRFB/1988 prevê como princípios que devem ser observados pela Administração Pública a “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988). A esse rol de princípios gerais, somam-se outros deles decorrentes, como é o caso dos princípios da transparência, da indisponibilidade do interesse público sobre o interesse particular, da razoabilidade e da proporcionalidade (DI PIETRO; MARTINS JUNIOR, 2022, p. RB-9.6). O instituto da licitação surgiu como uma forma de, no que concerne às compras e contratações públicas, assegurar o respeito a esses princípios e se apresenta como um procedimento idealizado para promover a eficiência e concretizar o princípio da indisponibilidade do interesse público (NÓBREGA; BRITO, 2019, p. 351). Isso porque, segundo Nohara (2022, p. RB-1.1), a Administração se utiliza da licitação para selecionar a proposta apta a gerar a contratação mais vantajosa. Ao mesmo tempo, a formalidade do procedimento, que envolve um conjunto de atos e fases ordenados cronologicamente, e a observância das exigências do certame garantem maior isenção e um tratamento igual para todos os concorrentes, respeitando, assim, os princípios da isonomia, da impessoalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Já com relação à definição do que consiste a contratação mais vantajosa para a Administração, os critérios para tanto, assim como o peso atribuído a cada um deles, podem variar a depender do objeto da licitação. Contudo, de forma geral, estes critérios devem ser objetivos, predeterminados e, de forma geral, não limitados à eficiência econômica apenas, mas fundados em uma análise geral da contratação e dos impactos a serem produzidos no longo prazo (JUSTEN FILHO, 2012, p. 11).

O instituto da licitação também tem grande relevância em matéria de política pública, visto que o Poder Público pode se utilizar de seu significativo poder de compra para influenciar as práticas do mercado (NOHARA, 2022, p. RB-1.1).

Reforça-se isso por meio dos dados disponibilizados no Portal da Transparência do governo federal, o qual informa que a Administração Pública federal destinou mais de R\$ 417 bilhões a contratações no ano de 2022 (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2023). Assim, ao longo dos últimos anos, foram sendo realizadas alterações na Lei nº 8.666/1993 que parecem demonstrar uma tendência de explorar esse importante papel que a licitação pode desempenhar no plano “extracontratual” (NOHARA, 2022, RB-1.1). Exemplos disso são a inclusão, por meio da Lei nº 12.349/2010, de objetivos como o incentivo à inovação e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável; a previsão de margem de preferência na escolha de bens e serviços de empresas que cumpram a reserva de cargos para pessoas com deficiência e reabilitados da Previdência Social – conforme art. 3º, §5º, inciso II, incluído pela Lei nº 13.146/2015 –, bem como para serviços nacionais originados de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no Brasil – conforme art. 3º, §7º, incluído pela Lei nº 12.349/2010 –, além da previsão de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte – como consta no art. 3º, §14, incluído pela Lei Complementar nº 147/2014.

Em suma, verificou-se que a licitação é atualmente um procedimento que concretiza os princípios da Administração Pública na prática das compras e contratações públicas, bem como uma importante ferramenta para promover o desenvolvimento nacional sustentável e a inovação. Diante disso, mostra-se relevante compreender de que forma esse instituto se desenvolveu no direito brasileiro, o que será objeto do item seguinte.

2.2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

A primeira norma sobre licitação que vigorou no Brasil foi incluída nas Ordenações Filipinas pela Lei de 6 de julho de 1596, que previa a necessidade de realização prévia de “pregão”¹ à execução de obras cujo valor superasse mil réis, a fim de que a obra fosse executada por “quem houver de fazer melhor e por menos preço” (PORTUGAL, 1870).

¹ Sobre o procedimento da época denominado “pregão”, há uma nota de rodapé no texto original que remete ao art. 47 da Lei de 1º de Outubro de 1828, no qual se lê: “Art. 47. Poderão ajustar de empreitada as obras que se houverem de fazer, mettendo-as primeiramente em prégação, para preferirem aquelles, que se offerecerem por menor preço, precedendo vistoria legal, publicação do plano, e sua avaliação; e na falta de empreiteiros, as poderão fazer por jornal. E quando as obras forem de grande importancia, e alguns socios, ou emprehendedores se offereeerem a fazel-as, percebendo algumas vantagens para sua indemnização, enviarão as propostas aos Conselhos Geraes da Provincia.”

Após a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808, foram criadas normas que versavam sobre a possibilidade de contratação com particulares, escolhidos por concorrência, para a exploração de atividades específicas, como o Alvará s/n de 28 de maio de 1808, que tratava da fabricação de cartas de baralho, o Decreto s/n de 20 de outubro de 1817, sobre a extração da madeira de pau-brasil e o Alvará s/n de 25 de abril de 1818, sobre o estabelecimento de capatazia em alfândegas nas quais ainda não existisse (MIRANDA, 2022, p. RB-1.3).

Já na vigência da Constituição de 1824, a Lei de 1º de outubro de 1828, que tratava das Câmaras Municipais e suas atribuições, determinava que fosse demonstrado ao Poder Público a vantagem de qualquer venda, aforamento, permuta, obra e serviço de interesse do Conselho (NOHARA, 2022, p. RB-6.1).

Segundo Nohara (2022, p. RB-6.1), “o primeiro texto sistematizado sobre licitações no Brasil” viria com o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que denominava o processo licitatório de “processo de arrematações” e determinava que este fosse realizado para convidar concorrentes, por meio da publicação de anúncios – hoje chamados editais – para contratação de fornecimento, construção ou conserto de obra que fossem pagos pelo Ministério da Agricultura, Comércio e de Obras Públicas.

Miranda (2022, p. RB-1.3) indica que “apenas no início do século XX foram introduzidas normas que passaram a prever a obrigatoriedade de licitações para a Administração Pública em geral”, até que a legislação aplicada em âmbito federal foi unificada no Código de Contabilidade da União, organizado por meio do Decreto nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922. No documento, eram previstas hipóteses de dispensa de licitação, contratação direta e ainda as chamadas “concorrências permanentes” para fornecimento de bens comuns, além da realização de análise da idoneidade dos participantes e a possibilidade de apresentação de recurso (NOHARA, 2022, p. RB-6.2).

O Decreto-lei nº 200/1967 estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa e normas a serem aplicadas tanto pela Administração Direta quanto pelas autarquias que tornavam mais eficientes as contratações públicas (NOHARA, 2022, p. RB-6.2). Dentre os destaques do texto estão a previsão do rol de modalidades de licitação formado pela concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso – rol este que foi mantido na legislação brasileira até a Lei nº 14.133/2021 –, a lista dos itens que deveriam ser indicados no edital, os critérios de

habilitação e as modalidades de garantia (NOHARA, 2022, p. RB-6.2). A Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, estendeu as regras do Decreto-lei nº 200/1967 também aos estados e municípios, que, até então, podiam estabelecer regras próprias sobre licitações e passaram a poder legislar apenas supletivamente sobre o tema.

O Decreto-lei nº 2.300/1986 instituiu o primeiro estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos, cujas normas gerais deveriam ser aplicadas aos Estados e Municípios, conforme dispunha seu art. 85. De acordo com Nohara (2022, p. RB-6.4), surgiram críticas com relação a essa previsão, por não haver qualquer indicação de quais normas do diploma seriam normas gerais e quais seriam normas especiais, a serem aplicadas apenas em âmbito federal, além de um debate sobre se o Decreto-lei se aplicaria também à Administração Indireta. De todo modo, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 foi o “primeiro diploma a unificar as disposições sobre licitações públicas na Administração Pública brasileira, revogando todas as normas anteriores sobre a matéria” (NÓBREGA; BRITO, 2019, p. 353).

A licitação passou a ter previsão constitucional apenas com a CRFB/1988, quando o art. 175 incumbiu ao Poder Público o dever de licitar. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 19/1998 trouxe ainda mais previsões constitucionais sobre a matéria ao incluir o inciso XXVII do art. 22, estabelecendo como competência privativa da União a edição de normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, bem como alterar o *caput* e incluir o inciso XXI do art. 37, para trazer o rol de princípios que devem pautar a atuação da Administração Pública – e, com isso, também os procedimentos de licitação e contratação –, destacando ainda a necessária observância do princípio da igualdade entre os licitantes.

Em 21 de junho de 1993, foi publicada a Lei nº 8.666, que, de acordo com Miranda (2022, p. RB-1.3) apresenta redação bastante minuciosa e um “procedimento administrativo excessivamente burocratizado”. O caráter burocrático da legislação sobre licitações e contratos, contudo, não nasceu com a Lei nº 8.666/1993. Oliveira (2020) destaca que o regime instituído pelo Decreto-lei nº 2.300/1986 já era marcado “pelo excesso de formalismos procedimentais”, assim como Justen Filho (2012, p. 13) explica que a nova lei havia consagrado “regras e princípios derivados de leis anteriores”. Por outro lado, Miranda (2022, p. RB-1.3) destaca que o texto extremamente detalhado da Lei nº 8.666/1993 também era um reflexo dos temores da época em que foi publicada, logo após o *impeachment* do

Presidente Fernando Collor de Mello, ocorrido em dezembro de 1992. Naquele momento, os escândalos de corrupção no governo federal que tomavam conta da mídia fizeram crescer a pressão popular para que o Congresso Nacional adotasse “medidas moralizadoras que impedissem novos casos de favorecimento e conluio de empresas com agentes públicos” (MIRANDA, 2022, p. RB-1.3).

O texto da Lei nº 8.666/1993 recebeu diversas críticas por muitos entenderem que não se limitava a conter apenas “normas gerais” e sim previsão de minúcias do procedimento (NOHARA, 2022, p. RB-6.4). Miranda (2022, p. RB-1.3) indica que a publicação do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, em 1995, deu início a um movimento que pretendia uma nova reforma da Administração Pública, com o objetivo de reduzir a burocratização e alterar o foco para os resultados de sua atividade e não puramente o procedimento. Assim, a Lei nº 8.666/1993 passou a sofrer diversas alterações com a criação de novas leis que introduziram procedimentos mais céleres e flexíveis, dentre elas a Lei nº 10.520/2002, também conhecida como a Lei do Pregão, e a Lei nº 12.462/2011, denominada Lei do Regime Diferenciado de Contratação (MIRANDA, 2022, p. RB-1.3). Segundo Oliveira (2020, p. 138), as novas leis que alteraram a Lei nº 8.666/1993 e se somaram ao regime jurídico das licitações e contratações públicas demonstram “tendências” desse ramo, dentre elas a preocupação com o planejamento, a responsabilidade fiscal e a eficiência econômica na contratação, a celeridade e o emprego de recursos tecnológicos ao longo do procedimento, bem como a promoção de valores constitucionais fundamentais e maior transparência.

Nesse cenário, diversos foram os projetos elaborados com o intuito de substituir a Lei nº 8.666/1993, movimento que teve início com o Projeto de Lei nº 1.292/1995. Ao longo dos anos, foram surgindo novos projetos de lei e as críticas da comunidade jurídica aos procedimentos de licitação e contratações administrativas tiveram papel fundamental para guiar as alterações que deveriam ser feitas na legislação. Em 2013, o Senado Federal criou a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON) com o objetivo de atualizar e modernizar a Lei nº 8.666/1993. Os trabalhos da CTLICON resultaram no Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que originou o Projeto de Lei da Câmara nº 6.814/2017. Destaca-se que o PL nº 6.814/2017 foi o texto que introduziu a modalidade do diálogo competitivo no direito brasileiro (AFONSO NETO, 2019, p. 359). Após diversas alterações realizadas pela Câmara dos Deputados ao texto em

tramitação (MIRANDA, 2022, p. RB-1.3), foi criado o Projeto de Lei do Senado nº 4.253/2020, o qual acabou sendo transformado na Lei nº 14.133, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, publicada em 1º de abril de 2021.

Nota-se que a matéria das licitações e contratos administrativos já estava presente desde as primeiras normas vigentes no Brasil, bem como que seu desenvolvimento acompanhou e refletiu diferentes momentos da evolução da Administração Pública brasileira. De início, se reconheceu a necessidade de realização de um procedimento estruturado para assegurar que as compras e contratações atendessem ao melhor interesse público. A isso, seguiu-se uma fase de profunda desconfiança nos administradores públicos, resultando na “pormenorização” do procedimento e na criação de instrumentos para tentar coibir desvios e atos de corrupção nas contratações. Até atingir uma fase em que, ao que parece, se busca corrigir o engessamento e a burocratização do procedimento, a fim de encontrar o equilíbrio entre a supremacia do interesse público e a eficiência, bem como utilizar a licitação como um meio de promover o desenvolvimento nacional sustentável e a inovação.

Dentro desse processo de evolução, cada novo diploma sobre a matéria de licitações e contratos administrativos serviu seja para corrigir falhas da legislação anterior ou introduzir novas possibilidades ao regramento, e a Lei nº 14.133/2021 não é exceção. Assim, o próximo capítulo tratará sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e uma de suas principais novidades, o diálogo competitivo.

3 A LEI Nº 14.133/2021 E A INTRODUÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL

Neste tópico, se tratará brevemente sobre a Lei nº 14.133/2021 e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de licitações e contratos administrativos, com foco nas alterações trazidas pela nova lei em relação ao regime jurídico vigente anteriormente, dentre as quais se inclui a introdução do diálogo competitivo. Por fim, serão descritos as etapas e os detalhes do procedimento da nova modalidade previstos na Lei nº 14.133/2021.

3.1 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – LEI Nº 14.133/2021

Em 1º de abril de 2021, foi sancionada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A Lei nº 14.133/2021 é composta de 194 artigos, sendo que a maioria deles não traz novidades ao ordenamento jurídico. Miranda (2022, p. RB-1.3) explica que o grande “mérito” da nova lei foi compilar, em um só documento, as diversas normas que surgiram nos últimos anos em matéria de licitações e contratos administrativos, bem como decisões do Tribunal de Contas da União (“TCU”) e regulamentação infralegal. Essa reunião de normas e jurisprudência sobre a matéria faz da Lei nº 14.133/2021 o novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratações Administrativas, sendo que, conforme consta no art. 193, inciso II, da nova lei, a partir de 1º de abril de 2023, serão revogadas as principais leis vigentes sobre a matéria até então: a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e a parte da Lei nº 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. A coexistência de todas essas leis durante o período de 2 anos foi regradada por normas de transição, presentes nos arts. 190 e 191 da Lei nº 14.133/2021.

Contudo, apesar de reunir as principais normas sobre licitações e contratos administrativos, a Lei nº 14.133/2021 não esgota em si toda a matéria, uma vez que existem situações que são regulamentadas por diplomas normativos específicos e às quais a nova lei aplica-se apenas subsidiariamente (NOHARA, 2022, p. RB-6.4). Esse é o caso das concessões e permissões de serviços públicos, regulamentados pela Lei nº 8.987/1995, os serviços de publicidade prestados por agências de propaganda, que são objeto da Lei nº 12.232/2010, bem como as licitações de parcerias público-privadas, regulamentadas pela Lei nº 11.079/2004. Ademais, as licitações e contratos firmados por empresas estatais ficam de fora do âmbito de atuação da nova lei de licitações, conforme consta em seu art. 1º, §1º, sendo aplicada apenas a Lei nº 13.303/2016, a Lei das Estatais. A exceção fica por conta do art. 178 da Lei nº 14.133/2021, o qual tipifica os crimes em licitações e contratos administrativos e que se aplica também às empresas estatais.

Para além do papel de unificação de normas já existentes, cabe destacar que a Lei nº 14.133/2021 também foi criada com o objetivo de inovar e corrigir problemas presentes no regime legal anterior. Nóbrega e Brito (2019, p. 357) indicam que, quando ainda tramitava na forma de projetos de lei, o texto da Lei nº 14.133/2021 já era visto como uma promessa de inovação, uma oportunidade de tornar mais ágil e

célere o procedimento licitatório, além de suprir lacunas existentes no regulamento vigente, proporcionando maior segurança jurídica para o Estado e para quem com ele contratasse. Nesse sentido, as mudanças trazidas pela nova lei refletem os objetivos gerais que parecem ter guiado sua criação, que podem ser resumidos em: *i)* diminuição da burocratização do procedimento licitatório, para torná-lo mais célere e eficiente; *ii)* coibição de práticas de corrupção ao impor o *compliance* para os contratados por meio dos critérios de seleção e das formas de fiscalização do contrato; e *iii)* promoção de inovação e do desenvolvimento nacional sustentável, nas esferas ambiental e social, através do fomento à indústria e aos serviços nacionais, com foco no microempreendedor, na geração de emprego e na inclusão no mercado de trabalho (NÓBREGA; BRITO, 2019, p. 357-358).

Assim, é possível citar alguns exemplos de alterações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 para reduzir a burocratização, simplificar e tornar mais célere o procedimento licitatório. Dentre eles: *i)* a extinção da tomada de preços e do convite como modalidades de licitação; *ii)* a possibilidade de suprir a falta de documentos necessários para habilitação por outros capazes de comprovar a idoneidade do particular – art. 68, §1º; *iii)* a realização do julgamento das ofertas antes da habilitação dos licitantes, inversão já prevista na Lei nº 10.520/2002 – art. 17; *iv)* a preferência pela realização de atos em forma digital – art. 12, inciso VI; *v)* a previsão de apreciação em fase única de recursos apresentados diante do julgamento de propostas e atos de habilitação ou inabilitação de licitantes – art. 165, §1º, inciso II.

Também podem ser citados exemplos de medidas incluídas pela Lei nº 14.133/2021 para promover a transparência e a moralidade, bem como coibir práticas de corrupção. São algumas delas: *i)* a necessidade de divulgar o motivo de paralisação de obra, bem como a data prevista para o retorno de sua execução – art. 115, §6º; *ii)* a proibição de subcontratação e de participação em licitação ou na execução de contrato de quem tiver vínculo com dirigente da entidade contratante ou de agente público que atue na licitação ou na fiscalização do contrato ou que seja deles cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau – arts. 14, inciso IV e 122, §3º; *iii)* a inclusão do Capítulo II-B, intitulado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”, na Parte Especial do Código Penal, tipificando condutas como a frustração do caráter competitivo da licitação com o intuito de “obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação” do seu objeto e a realização

de qualquer alteração contratual “durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei” – art. 178.

Por fim, como exemplos de alterações que visam a promoção da inovação e do desenvolvimento nacional sustentável podem ser citados: *i)* o estabelecimento de margem de preferência no processo licitatório para “bens manufaturados e serviços nacionais” – art. 26, inciso I; *ii)* a preferência pela aquisição de “bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis” – art. 26, inciso II; *iii)* a previsão de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte; e *iv)* a previsão das modalidades do diálogo competitivo, a contratação integrada e a semi-integrada – arts. 28, inciso V, e 46, incisos V e VI.

Portanto, é possível notar que a Lei nº 14.133/2021 tem tanto um caráter compilador e agregador das normas já existentes sobre a matéria de licitações e contratos administrativos, como também um caráter inovador, trazendo mudanças guiadas pelos objetivos de tornar o procedimento licitatório mais célere e eficiente e com menor incidência de práticas de corrupção e de favorecimento de particulares, além de torná-lo uma ferramenta para promover a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Dentre as novidades introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 na tentativa de alcançar ditos objetivos, está a nova modalidade de licitação do diálogo competitivo, do qual se tratará no próximo item.

3.2 O PROCEDIMENTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI Nº 14.133/2021

O diálogo competitivo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 14.133/2021 e consta como uma das cinco modalidades de licitação previstas no art. 28, junto do pregão, concorrência, concurso e o leilão. A modalidade não é uma criação brasileira e foi inspirada no “diálogo concorrencial” existente no direito da União Europeia, cuja origem e características são abordadas no próximo capítulo.

A definição legal do procedimento consta no inciso XLII do art. 6º da seguinte forma:

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;

O diálogo competitivo permite que a Administração, já dentro de um processo licitatório, dialogue com particulares para “colher dados que lhe permita corrigir as

deformidades da assimetria de informações” (VIEIRA, 2022, p. RL-1.4) existentes em relação à iniciativa privada até que sejam identificadas as soluções que melhor atendam a necessidade específica para a qual foi iniciada a licitação. A partir disso, se torna possível precisar melhor o objeto da licitação (VIEIRA, 2022, p. RL-1.4), assim como os termos do contrato que guiará sua execução.

As fases e os detalhes do procedimento do diálogo competitivo constam no art. 32 da Lei nº 14.133/2021. Os incisos I e II do art. 32 dispõem sobre as hipóteses de utilização da modalidade, permitida quando a Administração vise contratar objeto que envolva “inovação tecnológica ou técnica”, que exija a adaptação de soluções existentes no mercado ou cujas especificações técnicas não possa definir com precisão suficiente. Da mesma forma, o inciso II do art. 32 admite a utilização do diálogo competitivo quando a Administração não puder “definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades”, para que possa recorrer ao conhecimento de particulares para identificar qual é a solução mais adequada, os requisitos técnicos para a concretização desta solução ou “a estrutura jurídica ou financeira do contrato”.

Já o inciso XI do parágrafo 1º do art. 32 dispõe que o procedimento do diálogo competitivo deve ser conduzido por uma “comissão de contratação” composta de “pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração”. O parágrafo 2º do art. 32 admite “a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão”, sendo que estes deverão assinar termo de confidencialidade e deverão se abster de realizar “atividades que possam configurar conflito de interesses”.

Nos incisos I a X do parágrafo 1º do art. 32 estão detalhadas as fases do procedimento, que deve iniciar com a divulgação de edital contendo: *i)* as necessidades que a Administração busca atender com a licitação; *ii)* as exigências já definidas; *iii)* os critérios objetivos a serem empregados para pré-seleção dos licitantes; bem como *iv)* se os diálogos serão realizados em fases sucessivas – nas quais é possível “restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas”, conforme dispõe o inciso VII do art. 32. A partir da publicação do edital, há um prazo de 25 dias para que particulares manifestem interesse em participar da licitação, sendo admitidos todos que preencham os requisitos dispostos no edital.

Após, é iniciada a fase de diálogo, que deve ser mantida até que a Administração “em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que

atendam às suas necessidades” – art. 32, §1º, V. Durante essa fase, a Administração realizará reuniões com os licitantes, as quais devem ser “registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo” – art. 32, §1º, VI. Nas reuniões, os particulares devem apresentar ideias e soluções conforme as necessidades estabelecidas no edital inicial. Os incisos III e IV do parágrafo 1º do art. 32 proíbem a Administração de divulgar a qualquer dos participantes informações que lhe dê alguma vantagem, bem como as soluções apresentadas ou as informações sigilosas comunicadas por outro licitante sem o seu consentimento.

Finalmente, quando a Administração identificar a solução que atenda às suas necessidades, irá declarar encerrada a primeira fase, juntar aos autos do processo licitatório os registros da fase do diálogo e divulgar novo edital, o qual conterá a especificação da referida solução, bem como os “critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa”, conforme dispõe o art. 32, §1º, inciso VIII. Após isso, todos os licitantes pré-selecionados para participar da fase do diálogo poderão apresentar propostas “que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto” em até 60 dias. O art. 32, §1º, inciso IX permite que a Administração solicite “esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas” desde que isso não implique em discriminação nem distorça a concorrência. Por fim, de acordo com o art. 32, §1º, X, a Administração irá selecionar a proposta mais vantajosa de acordo com os critérios estipulados no edital de abertura da fase competitiva.

Em síntese, é possível verificar que a Lei nº 14.133/2021 possui um caráter compilador e ao mesmo tempo trouxe muitas novidades guiadas por objetivos claros de tornar o procedimento licitatório mais eficiente e transparente, bem como torná-lo uma ferramenta para promoção da inovação e do desenvolvimento nacional sustentável. No bojo dessas novidades, como uma forma de incentivar a transparência e a inovação, o diálogo competitivo foi introduzido como uma nova modalidade licitatória. O procedimento do diálogo competitivo se encontra detalhado no art. 32 da Lei nº 14.133/2021 e é muito semelhante às diretrizes gerais do procedimento do diálogo concorrencial estabelecidas inicialmente na Diretiva 2004/18 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, e mais ainda com o procedimento previsto na Diretiva 2014/24/UE, que substituiu a diretiva anterior e compõe o regime normativo atual que regulamenta a adjudicação de

contratos públicos na União Europeia. Em face dessa semelhança e pelo fato de o diálogo competitivo ter sido inspirado no diálogo concorrencial, cabe analisar a origem dessa modalidade na União Europeia, o que motivou sua criação, bem como a prática de sua utilização pelos Estados-membros e eventuais desafios que podem estar relacionados com o uso dessa modalidade.

4 A ORIGEM DO DIÁLOGO COMPETITIVO E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

A modalidade do diálogo competitivo, trazida para o ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 14.133/2021, não é uma criação brasileira, tendo sido inspirada no “diálogo concorrencial” do direito da União Europeia. Essa modalidade foi criada pela Diretiva 2004/18 do Parlamento Europeu e do Conselho (“Diretiva 2004/18/CE”), a qual foi substituída pela Diretiva 2014/24/UE, atual diploma que regulamenta a adjudicação de contratos públicos. Assim, mostra-se relevante conhecer a origem dessa modalidade, as especificações de seu procedimento na legislação da União Europeia e como o diálogo concorrencial tem sido utilizado na experiência estrangeira para compreender os desafios que podem se impor ao uso do diálogo competitivo no Brasil, bem como práticas europeias que poderiam ser adotadas aqui².

4.1 ORIGEM DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO EUROPEU

O procedimento do diálogo competitivo foi inspirado na modalidade denominada diálogo concorrencial, introduzida no ordenamento jurídico da União Europeia pela Diretiva 2004/18/CE. Segundo Burnett e Oder (2015, p. 34, *apud* RAINHO, 2019, p. 5), a modalidade surgiu como uma resposta a desafios enfrentados na adjudicação de contratos cujos objetos eram considerados complexos – ou seja, quando a Administração não pudesse definir objetivamente a solução que atenderia às suas necessidades ou qual deveria ser a moldura jurídica ou financeira do contrato. O item 31 das considerações iniciais da Diretiva 2004/18/CE contém exemplos de situações nas quais essa dificuldade poderia se apresentar, quais sejam os “projectos de infra-estruturas de transportes integrados em larga escala, grandes redes informáticas ou projectos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados” (UNIÃO EUROPEIA, 2004).

Antes da Diretiva 2004/18/CE – e da criação da modalidade do diálogo concorrencial –, ainda na vigência da Diretiva do Conselho 1992/50/CEE, os

² É relevante mencionar também que existe uma grande proximidade entre o diálogo competitivo e o sistema de negociação competitiva e as aberturas procedimentais presentes no Federal Acquisition Regulation dos Estados Unidos (NOHARA, 2022, RB-5.1). Apesar dessa proximidade, o presente capítulo terá como foco a análise do diálogo concorrencial europeu, tendo em vista a significativa semelhança entre como essa modalidade é regulada na Diretiva 2014/24/UE e como o diálogo competitivo está previsto na Lei nº 14.133/2021, o que pode facilitar, em tese, a verificação de paralelos entre a experiência europeia e a brasileira com esse procedimento.

Estados-membros poderiam optar por usar “*open procedure*” (concurso aberto) ou “*restricted procedure*” (concurso limitado) para adjudicação de contratos públicos. Enquanto no concurso aberto qualquer interessado pode apresentar uma proposta após a divulgação da abertura do processo no Jornal Oficial da União Europeia (“OJEU”), no concurso limitado, a autoridade contratante convida para apresentarem propostas apenas aqueles agentes que preenchem os requisitos, podendo limitar ainda mais a seleção para apenas alguns desses particulares, desde que, para isso, se utilize de critérios objetivos presentes na Diretiva (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 10).

No entanto, Arrowsmith e Treumer (2012, p. 16-18) explicam que esses procedimentos não eram considerados adequados para a adjudicação de contratos complexos. Rainho (2019, p. 5) destaca que, por ser proibida a negociação no concurso aberto e no limitado, mesmo após a escolha da proposta vencedora, os participantes ficavam vinculados aos termos estabelecidos inicialmente no anúncio da licitação. Isso não apenas impedia a apresentação de soluções inovadoras pelos particulares, como também obrigava a Administração a delinear satisfatoriamente o objeto do contrato – a solução que atenderia à sua necessidade – no momento do anúncio, com todos os detalhes necessários, inclusive a forma como deveria ser realizado. Tendo em vista a dificuldade de a Administração realizar essa especificação levando em consideração todas as inovações e soluções tecnológicas existentes no mercado, especialmente em se tratando de projetos complexos, o contrato poderia acabar sendo um instrumento “ineficaz, antiquado, sem a internalização das mais modernas estratégias que poderiam ser fornecidas pela iniciativa privada para melhor atender ao interesse público” (RAINHO, 2019, p. 5).

Existia ainda a possibilidade de utilização do “*negotiated procedure*” (procedimento concorrencial com negociação), um procedimento que permitia à autoridade contratante consultar prestadores de serviço e negociar diretamente os termos do contrato. Contudo isso não resolvia as dificuldades envolvendo o desenvolvimento de projetos complexos, pois a aplicação do procedimento concorrencial com negociação era muito limitada, permitida apenas em casos excepcionais previstos no Artigo 11 da Diretiva do Conselho 1992/50/CEE, o que tornava difícil justificar sua utilização (RAINHO, 2019, p. 5). Ademais, conforme concluíram Burnett e Oder (2015, p. 36, apud RAINHO, 2019, p. 6), ao utilizar esse procedimento, a Administração acabava ficando em desvantagem ao negociar com

os participantes. Isso porque, nessa modalidade, a negociação ocorria apenas após o encerramento da competição, quando a proposta vencedora já havia sido escolhida, e apenas para realização de ajustes contratuais finais. Desse modo, considerando que a Administração já estava vinculada à escolha feita, surgiram dúvidas com relação ao procedimento e ao que deveria ser feito quando a autoridade contratante identificasse, após as negociações, que a solução escolhida não teria o melhor custo-benefício e não atenderia ao interesse público da melhor forma. Questionava-se se haveria a possibilidade de a Administração revogar o procedimento ou chamar o segundo colocado, por exemplo, dúvidas que causavam certa insegurança jurídica na utilização dessa modalidade (BURNETT; ODER, 2015, p. 36, *apud* RAINHO, 2019, p. 6).

Diante desse cenário, nota-se que a dificuldade na adjudicação de contratos complexos consistia, de um lado, na rigidez do concurso aberto e do limitado e, de outro, na insegurança jurídica do procedimento concorrencial com negociação. Contudo, era preciso encontrar soluções para essa questão, especialmente nos Estados-membros que passaram a utilizar cada vez mais contratos complexos antes de 2004³. Na prática, em razão da necessidade de transposição das normas das Diretivas para o direito interno de cada país, os Estados-membros criaram diferentes soluções para a questão da adjudicação de contratos complexos. Arrowsmith e Treumer (2012, p. 18) indicam que alguns Estados-membros tentavam separar as etapas de projetos para reduzir sua complexidade e facilitar o uso dos procedimentos previstos nas Diretivas. Na Itália, foram criadas diferentes versões do concurso aberto e limitado para serem usados em projetos considerados complexos, que envolviam tanto etapas de planejamento quanto execução. Na França, surgiu um procedimento derivado do concurso limitado, chamado originariamente de *“l’appel d’offres sur performances”* (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 16). Já no Reino Unido, o concurso limitado era utilizado de uma forma mais flexível do que a

³ Arrowsmith e Treumer (2012, p. 16) explicam que o aumento na utilização de contratos considerados complexos em alguns Estados-membros antes de 2004 se deu em razão de alguns fatores, dentre eles o desenvolvimento da tecnologia da informação e seu emprego na prestação de serviços públicos; a contratação de particulares para prestação de serviços que até então era realizados por governos, o que frequentemente envolvia contratos de longo prazo; o uso de financiamento privado para construção e operação de obras de infraestrutura pública – até projetos não considerados “concessões”; aumento de parcerias não contratuais com o setor privado. Destaca-se que, os autores fazem esse adendo com relação às parcerias público-privadas que não eram consideradas concessões porque, na época, as normas da União Europeia sobre concessões já tinham um enfoque mais flexível e não causavam as mesmas dificuldades verificadas para adjudicação dos demais contratos considerados complexos.

prevista na Diretiva, o que causava discussões acerca da compatibilidade dessa prática com a legislação da União Europeia (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 16-18). Ao mesmo tempo que o procedimento negociado com aviso era amplamente utilizado para adjudicação de contratos complexos no Reino Unido e na Alemanha, essa prática recebia críticas sobre a existência de base legal para a utilização do procedimento nas hipóteses em que era empregado (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 21).

Diante das diferentes práticas dos Estados-membros para a adjudicação de contratos complexos, verificou-se a necessidade de alterar a legislação vigente na União Europeia para promover maior segurança jurídica (RAINHO, 2019, p. 3). O objetivo era evitar a utilização indevida dos procedimentos existentes, seja a flexibilização do concurso limitado ou o uso do procedimento concorrencial com negociação de forma incompatível com as diretivas (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 37).

Assim, foi criada a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, contendo regras de contratação pública de bens, obras e serviços⁴. A Diretiva 2004/18/CE introduziu no direito europeu a modalidade do diálogo concorrencial, definida no Artigo 1º, nº 11, alínea “c” como o procedimento no qual a autoridade contratante conduz diálogos com particulares que preencham os requisitos de habilitação com o objetivo de desenvolver soluções aptas “a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos seleccionados serão convidados a apresentar uma proposta” (UNIÃO EUROPEIA, 2004). Burnett e Oder (2015, p. 14, apud RAINHO, 2019, p. 4) indicam que, apesar de a utilização do diálogo concorrencial no direito interno dos países ser opcional, a modalidade foi internalizada por todos os Estados-membros.

É importante ressaltar que as práticas francesa e britânica na adjudicação de contratos complexos serviram de base para a criação da modalidade do diálogo concorrencial (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 29). No caso da experiência francesa, as hipóteses de utilização do diálogo concorrencial tiveram como base a modalidade do concurso de desempenho francês (ARROWSMITH; TREUMER,

⁴ Estavam excluídos da Diretiva 2004/18/CE os contratos dos setores de água, energia, transportes e serviços postais. Os contratos desses setores eram regulados pela Diretiva 2004/17/UE, que era mais flexível e permitia às autoridades contratantes escolher o tipo de procedimento que utilizariam. Desse modo, o diálogo concorrencial não era aplicável a contratos desses setores e não se mostrava necessário (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 14).

2012, p. 29). O Artigo 29, nº 1 da Diretiva 2004/18/CE dispõe que o diálogo concorrencial se presta para a adjudicação de contratos particularmente complexos, entendidos como aqueles em que a Administração não seja capaz de identificar a solução que atenderia suas necessidades ou de aferir as soluções técnicas, financeiras ou jurídicas disponíveis no mercado que poderiam ser empregadas (UNIÃO EUROPEIA, 2004), conforme consta no item 31 das considerações iniciais da Diretiva 2004/18/CE. Já as práticas utilizadas no Reino Unido influenciaram o procedimento, descrito no Artigo 29 da Diretiva 2004/18/CE, dando origem à previsão de realização de diferentes fases e a possibilidade de redução de participantes na fase da competição, por exemplo.

Para evitar repetições, o procedimento do diálogo concorrencial é descrito em detalhes no próximo tópico, que trata da Diretiva 2014/24/UE. Isso porque a Diretiva 2014/24/UE, que revogou a Diretiva 2004/18/UE e é o diploma que atualmente regula a matéria de contratações públicas na União Europeia, não alterou o procedimento substancialmente. Além disso, as previsões da Diretiva 2014/24/UE foram usadas como base para a criação da modalidade do diálogo competitivo brasileiro.

4.2 O DIÁLOGO CONCORRENCIAL NA DIRETIVA 2014/24/UE

A Diretiva 2014/24/UE, apesar de ser atualmente o principal diploma no direito europeu sobre a adjudicação de contratos públicos, não disciplina todos os contratos desse tipo. Segundo Rainho (2019, p. 3), a Diretiva 2014/24/UE se limita a abordar os contratos mais comumente utilizados pela Administração Pública. Entre os artigos 7º e 12 estão previstos os contratos excluídos da aplicação da Diretiva, dentre eles os contratos dos setores de água, energia, transportes e serviços postais – que são objeto da Diretiva 2014/25/EU –, os contratos de exploração de redes e serviços de comunicações eletrônicas, as concessões de serviços – regulados pela 2002/21/CE –, dentre outros (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

O Artigo 26 da Diretiva prevê cinco modalidades de licitação, quais sejam o concurso aberto, o concurso limitado, o procedimento concorrencial com negociação, o diálogo competitivo e as parcerias para inovação (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Já o Artigo 26, nº 4, elenca as hipóteses de utilização do diálogo concorrencial e do procedimento concorrencial com negociação (UNIÃO

EUROPEIA, 2014). Destaca-se que nesse rol foi mantida a possibilidade de uso do diálogo concorrencial que já estava presente na Diretiva 2004/18/UE, em situações nas quais a Administração não possa delimitar com precisão as especificações técnicas da solução que se busca ou que seja necessário negociar previamente questões específicas do projeto, ou da estrutura jurídica e financeira do contrato, em razão da sua complexidade. Para além dessas possibilidades, a Diretiva 2014/24/UE inovou ao incluir, como hipóteses de utilização do procedimento, as situações nas quais seja necessária a adaptação de soluções existentes no mercado ou quando o objeto do contrato inclua soluções inovadoras, ou ainda, conforme estabelece a alínea “b” do Artigo 26, nº 4, como um procedimento subsidiário (AFONSO NETO, 2019, p. 353-354) quando as propostas apresentadas em um concurso aberto ou limitado sejam irregulares ou inaceitáveis (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Apesar de ter mantido a essência do diálogo concorrencial, a Diretiva 2014/24/UE trouxe diversas alterações com relação à Diretiva anterior que serviram para detalhar ainda mais o procedimento. Conforme elenca Afonso Neto (2019, p. 354), o Artigo 30, nº 1 prevê, de forma específica ao diálogo concorrencial, um prazo mínimo de 30 dias para a candidatura de particulares; o Artigo 67 trouxe os critérios de adjudicação do contrato de forma mais detalhada e sistematizada do que como constava na Diretiva anterior, ao passo que o Artigo 67, nº 2 trouxe a definição do critério da proposta economicamente mais vantajosa; o Artigo 84, nº 2 incluiu uma determinação para que as autoridades conservem, por, pelo menos, três anos, os arquivos eletrônicos que documentam o desenrolar do procedimento e os diálogos conduzidos com os participantes; e o Artigo 4º reduziu o limite do valor dos contratos cuja adjudicação pode ser feita por meio do diálogo concorrencial.

Ademais, a Diretiva 2014/24/UE centralizou as principais previsões sobre o diálogo concorrencial em um único dispositivo, o Artigo 30, diferentemente da Diretiva anterior, na qual as regras do procedimento estavam dispersas. De acordo com o Artigo 30 da Diretiva 2014/24/UE, o procedimento do diálogo concorrencial deve iniciar com a publicação de um anúncio de concurso, no qual deve constar qual a necessidade da autoridade adjudicante que se busca atender por meio do procedimento, os critérios de adjudicação do contrato e um calendário indicativo (UNIÃO EUROPEIA, 2014). A partir da data de envio do anúncio de concurso para publicação, há um prazo mínimo de 30 dias para que particulares se apresentem para participar do diálogo, sendo que, dentre os candidatos qualificados, participarão

do procedimento apenas aqueles que forem convidados pela autoridade adjudicante, observando as disposições do Artigo 56 ao 66 (UNIÃO EUROPEIA, 2014). O número de candidatos convidados, no entanto, não pode ser inferior a três e deve ser o bastante para garantir que haja uma concorrência, conforme determina o Artigo 65, nº 2 (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

O Artigo 30, nº 3 permite que a autoridade adjudicante negocie todos os aspectos do contrato com os participantes até que possa identificar uma solução ou soluções capazes de atender suas necessidades, conforme dispõe o Artigo 30, nº 5 (UNIÃO EUROPEIA, 2014). De acordo com o Artigo 30, nº 4, o anúncio do concurso pode prever se o diálogo irá se desenrolar em fases sucessivas, para excluir as soluções consideradas inadequadas, e, nesse caso, deverá dispor também quais critérios serão empregados para a realização da exclusão de propostas (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

A garantia da isonomia entre os particulares e o dever de confidencialidade da Administração é destacado no Artigo 30, nº 3 (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Durante os diálogos, a autoridade adjudicante deve garantir o tratamento igualitário entre os participantes e não pode revelar soluções e informações confidenciais obtidas de um participante para os demais, salvo com autorização expressa e específica (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

No Artigo 30, nº 6 consta que, após o encerramento do diálogo, a autoridade adjudicante deve solicitar aos participantes que apresentem suas propostas finais tendo por base as soluções apresentadas durante a fase do diálogo (UNIÃO EUROPEIA, 2014). A autoridade adjudicante pode pedir esclarecimentos e maiores especificações das propostas, desde que isso não altere seus elementos essenciais ou os do concurso, bem como que não cause qualquer discriminação ou distorção da concorrência (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

O Artigo 30, nº 1 determina que a proposta vencedora deverá ser escolhida considerando o critério da proposta economicamente mais vantajosa, por meio do qual se deve observar a relação entre a qualidade e o preço ou os custos do ciclo de vida do projeto, conforme consta no Artigo 67, nº 2 (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Já o Artigo 30, nº 7 permite que sejam realizadas negociações com o vencedor do procedimento para finalizar e confirmar os termos do contrato, desde que não sejam alterados os seus elementos essenciais (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Por fim, o Artigo

30, nº 8 prevê a possibilidade de a Administração conceder prêmios ou realizar pagamentos aos participantes do diálogo (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Conforme explicam Hillig e Hoezen (2008, p. 2), a aplicação das diretivas da União Europeia, de forma geral, não acontece de forma automática, de modo que os Estados-membros devem transpor as normas das diretivas para sua lei interna. Rainho (2019, p. 3) destaca que as diretivas contêm procedimentos mais gerais, os quais devem ser especificados na legislação dos Estados-membros. Diante disso, apesar de as normas gerais e o procedimento padrão do diálogo concorrencial estarem previstos na Diretiva 2014/24/UE, a forma como é feita a transposição dessas disposições para a legislação nacional de cada Estado-membro, incluindo as normas adicionais incluídas no procedimento, parece ter grande influência na forma como a modalidade é empregada e se é utilizada com mais ou menos frequência. Arrowsmith e Treumer (2012, p. 35) indicam que o procedimento do diálogo concorrencial previsto em Portugal, por exemplo, contém mais especificações do que as presentes na Diretiva 2014/24/UE e que estas tornam a modalidade menos flexível na legislação portuguesa. São citados como exemplos dessas características específicas a impossibilidade de reduzir o número de participantes ou soluções durante o diálogo e a exigência de que todos os participantes apresentem propostas com base em uma solução comum apresentada pela Administração ao invés de suas próprias soluções. Os autores referem que a legislação de Portugal não aborda os problemas que podem surgir a partir dessas normas – como questões de confidencialidade – e observam que o diálogo concorrencial não é utilizado na prática no país (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 83), o que poderia estar relacionado com a forma como o procedimento está delineado na legislação. Contrariamente, Arrowsmith e Treumer (2012, p. 51) indicam que a grande quantidade de vezes em que o diálogo concorrencial é utilizado na França e no Reino Unido pode estar relacionado com uma interpretação mais flexível das condições necessárias para o uso da modalidade nesses países.

Em síntese, a modalidade do diálogo concorrencial foi introduzida no direito da União Europeia por meio da Diretiva 2004/18/CE e é regulada, atualmente, pela Diretiva 2014/24/UE. Alguns Estados-membros, no processo de transposição das normas das diretivas para o seu direito interno, incluíram outras especificações ao procedimento padrão por elas previsto. Essas diferenças na legislação de cada Estado-membro, que moldam a forma como a modalidade é aplicada, acabam por

influenciar se o diálogo concorrencial é utilizado com mais ou menos frequência. Diante disso, faz-se necessário dedicar um tópico à análise da aplicação da modalidade em alguns desses países, tendo se optado por analisar brevemente o cenário português e o francês, tendo em vista que o primeiro parece utilizar o diálogo concorrencial raramente, enquanto o segundo é um dos maiores utilizadores da modalidade na União Europeia.

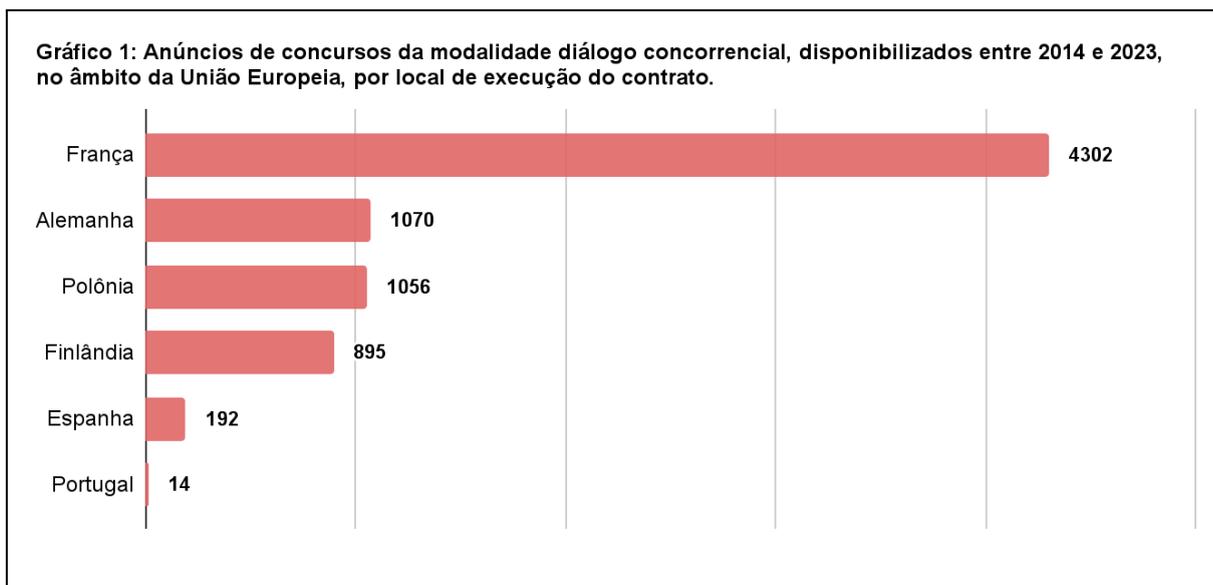
4.3 O DESENVOLVIMENTO E O USO DO DIÁLOGO COMPETITIVO EM PORTUGAL E NA FRANÇA

O objetivo deste tópico é analisar a literatura acerca da transposição das normas relativas ao diálogo competitivo para a legislação interna de Portugal e da França, bem como verificar de que modo a diferença normativa entre ambos os países pode explicar acerca da maior ou menor utilização da modalidade em cada um destes Estados-membros. A opção por se analisar as experiências de Portugal e da França tem como base a indicação de Arrowsmith e Treumer (p. 2012, p. 83) de uma significativa diferença na frequência de utilização do diálogo concorrencial em cada um desses países e a sugestão de que essa diferença de números teria relação com a forma como o procedimento é previsto na legislação portuguesa e francesa.

Em uma breve pesquisa realizada junto à plataforma “*Tenders Electronic Daily*”⁵ – a qual, de acordo com as informações da própria plataforma, é uma versão *online* do Suplemento do Jornal Oficial da União Europeia, dedicado a contratações públicas europeias –, foi possível verificar que, de fato, parece haver uma grande variação na utilização do diálogo concorrencial entre os Estados-membros. A título exemplificativo, foi elaborado o Gráfico 1 abaixo, o qual mostra o número de anúncios de concursos da modalidade diálogo concorrencial, separado por local de execução do contrato – incluindo França, Alemanha, Polônia, Finlândia, Espanha e Portugal –, no período entre 2014 e 2023⁶.

⁵ Disponível em: <https://ted.europa.eu/TED/browse/browseByMap.do>.

⁶ A pesquisa foi realizada no dia 16 de março de 2023, de modo que os dados apresentados são referentes ao período de 1º de janeiro de 2014 até esta data.



Fonte: elaboração própria, com base nos dados disponíveis na plataforma “*Tenders Electronic Daily*”.

Como é possível verificar, dentre os Estados-membros selecionados, durante o período estipulado, a França foi o país que apresentou o maior número de anúncios de concursos de diálogo concorrencial, ao passo que Portugal foi o que menos apresentou. Na mesma plataforma, também foi possível verificar o número de anúncios de concursos da modalidade ativos no momento, o que inclui: os anúncios de planejamento enviados para publicação nos últimos 364 dias, os anúncios de concurso cujo prazo não tenha terminado, e anúncios de resultado que tenham sido enviados para publicação nos últimos 99 dias. Ao selecionar os dados relativos aos anúncios ativos da França e de Portugal, vê-se que o primeiro possui 77 anúncios ativos, enquanto Portugal não possui nenhum⁷.

Em razão da significativa diferença na utilização do diálogo concorrencial por Portugal e pela França e na tentativa de buscar indícios do que leva a essa discrepância, nos próximos itens são analisadas as normas relativas à modalidade na legislação interna de ambos os países, com foco especial no que divergem das normas existentes na Diretiva 2014/24/UE. Destaca-se que neste trabalho não é realizada uma análise de direito comparado. Dito estudo demandaria uma análise mais abrangente do contexto legal de Portugal e da França e, diversamente, o que se propõe aqui é apenas identificar previsões legais particulares que esses países tenham desenvolvido com relação à utilização da modalidade do diálogo

⁷ A pesquisa foi realizada no dia 16 de março de 2023, de modo que os dados apresentados são referentes ao período de 1º de janeiro de 2014 até esta data.

concorrencial, que não estejam presentes no procedimento padrão previsto nas diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, bem como práticas que tenham sido desenvolvidas e que poderiam, em tese, levar a um maior ou menor uso da modalidade.

4.3.1 O diálogo concorrencial na legislação portuguesa

O principal diploma na legislação portuguesa que disciplina a matéria das contratações públicas é o Código dos Contratos Públicos (“CCP”), aprovado por meio do Decreto-Lei nº 18/2008. O CCP foi o primeiro diploma a unificar as normas referentes à contratação pública de Portugal (TELLES, 2010, p. 103), bem como foi o responsável pela transposição das Diretivas 2004/17 e 2004/18 do Parlamento Europeu e do Conselho, e da Diretiva 2005/51 da Comissão das Comunidades Europeias para o direito interno português (PORTUGAL, 2008). Assim, junto com as demais normas da Diretiva 2004/18/UE transpostas, a modalidade do diálogo concorrencial também foi inserida na legislação portuguesa por meio do CCP.

Contudo, conforme consta no item 1 das suas disposições iniciais, o CCP não serve apenas para reproduzir as normas das diretivas no direito interno. Isso porque o legislador nacional possui certo grau de liberdade de decisão com relação ao que é mais adequado tendo em vista as práticas portuguesas, bem como para regular procedimentos que não estejam abrangidos pelas diretivas (PORTUGAL, 2008). Ao que parece, essa abertura para adaptação ou expansão normativa foi utilizada no processo de transposição das normas relativas ao procedimento do diálogo concorrencial para o direito português. Arrowsmith e Treumer (2012, p. 35) destacam que Portugal é uma exceção na tendência de outros Estados-membros de apenas repetir as normas das diretivas na legislação interna e indicam que as características particulares que a modalidade assumiu no país inclusive serviram para reduzir a flexibilidade do procedimento com relação à forma como era previsto na Diretiva 2004/18/UE. Telles (2010, p. 106-107) explica que essas características específicas podem ter surgido de uma opção consciente dos legisladores portugueses por criar uma estrutura legal comum a diferentes procedimentos de adjudicação, partindo das regras do concurso público, e prevendo regras específicas apenas para o que fosse diferente.

O diálogo concorrencial consta como um dos sete procedimentos previstos no artigo 16 do CCP para “formação de contratos” (PORTUGAL, 2008), ao lado dos seguintes procedimentos: ajuste directo, consulta prévia, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação e parceria para a inovação.

As hipóteses de utilização do diálogo concorrencial são muito semelhantes às previstas na Diretiva 2014/24/UE⁸, naquilo que está relacionado à limitação da autoridade adjudicante de identificar as melhores soluções ou a estrutura do contrato necessária para atender às suas necessidades. Contudo, o CCP acrescenta a exigência de que essa limitação não decorra da falta de diligência devida por parte da autoridade adjudicante, e de que seja impossível a adjudicação do contrato através da adoção dos procedimentos do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação. Assim, percebe-se que a utilização do diálogo concorrencial parece ter, na legislação portuguesa, um carácter subsidiário e demanda, da autoridade que pretenda utilizá-lo, a comprovação do atendimento de mais exigências do que as previstas na Diretiva 2014/24/UE. Telles (2010, p. 112) ainda indica que esse carácter subsidiário do diálogo concorrencial pode trazer dificuldades em situações nas quais a autoridade adjudicante possa minimamente indicar as especificações da solução que busca, uma vez que a utilização da modalidade nessas situações não seria permitida, devendo ser empregados, necessariamente, procedimentos que não foram criados para buscar a melhor solução para as necessidades da autoridade adjudicante, a qual ficará restringida aos parâmetros da solução que pôde minimamente indicar.

O procedimento do diálogo concorrencial é regido pelas normas previstas nos artigos 204 a 218 do CCP, e, de forma suplementar, pelas normas que regem o concurso limitado por prévia qualificação, com as necessárias adaptações (PORTUGAL, 2008). Uma das características específicas do procedimento do diálogo concorrencial português com relação às previsões da Diretiva 2014/24/UE é que, após a seleção dos candidatos qualificados para participarem do diálogo, a autoridade adjudicante deve enviar aos selecionados um convite para que cada um apresente uma proposta prévia, que atenda as necessidades indicadas na memória

⁸ A comparação entre o procedimento do diálogo concorrencial previsto na legislação portuguesa e as normas da União Europeia será realizada com base nas disposições da Diretiva 2014/24/UE, tendo em vista que se trata do diploma que atualmente rege o procedimento no âmbito do direito comunitário.

descritiva disponibilizada ao início do procedimento, conforme dispõem os artigos 209 e 210 do CCP (PORTUGAL, 2008).

Outra diferença com relação à previsão da Diretiva 2014/24/UE é que a lei portuguesa estabeleceu um momento do procedimento no qual a autoridade adjudicante faz uma seleção de propostas antes da realização dos diálogos. Os artigos 212 e 213 do CCP (PORTUGAL, 2008) determinam que a autoridade adjudicante deve decidir quais propostas serão aceitas – e quais candidatos participarão dos diálogos –, com base em um relatório anterior elaborado pelo júri do procedimento, e notificar os candidatos dessa decisão. Essa dinâmica de apresentação formal de propostas prévias não está presente na Diretiva 2014/24/UE, a qual prevê que os participantes apresentarão propostas apenas após o término dos diálogos.

Com relação à eliminação de candidatos e propostas, a possibilidade de eliminação no momento anterior ao início dos diálogos parece ser a única existente no procedimento português do diálogo concorrencial, uma vez que a legislação de Portugal não admite a eliminação de participantes durante o diálogo – o que é admitido na Diretiva 2014/24/UE. Telles (2010, p. 133-134) indica que essa proibição pode fazer com que a autoridade adjudicante realize diálogos com um grande número de participantes, levando a um aumento relativo dos custos e do tempo despendido na realização do procedimento, especialmente se tiver empregado o modelo simples de qualificação de participantes, por meio do qual qualquer candidato que preencha os requisitos mínimos estipulados é considerado qualificado.

Também com relação à etapa de encerramento da fase dos diálogos e da abertura para a apresentação de propostas finais há inovações trazidas pelo CCP com relação à previsão da Diretiva 2014/24/UE. Isso porque, diferentemente da Diretiva, a qual indica que, ao declarar encerrado o diálogo, a autoridade adjudicante deverá abrir prazo para que os participantes apresentem propostas finais com base nas discussões realizadas, o artigo 215 do CCP (PORTUGAL, 2008), determina que a autoridade adjudicante deverá propor um conjunto de especificações técnicas, capaz de satisfazer suas necessidades e exigências, e com base no qual devem ser apresentadas as propostas finais dos participantes. Destaca-se que essa previsão também existe no procedimento do diálogo competitivo brasileiro, prevista no art. 32, §1º, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Com relação ao tema da confidencialidade, cabe destacar que o artigo 66 do CCP permite que os participantes requeiram sigilo da proposta apresentada por motivos de segredo industrial, comercial ou outro. Nesse ponto, Telles (2010, p. 138-139) questiona o que deveria ser feito caso a confidencialidade fosse requerida pelo candidato cuja solução foi selecionada para servir de base para estabelecer o conjunto de especificações técnicas divulgado ao final dos diálogos. O autor argumenta que a mera exclusão de proposta coberta pelo sigilo não parece ser a melhor saída, uma vez que a lei portuguesa não admite a exclusão de soluções durante a fase do diálogo, bem como porque isso tornaria a garantia de sigilo uma proteção vazia, considerando que poderia levar, automaticamente, à exclusão da proposta do candidato. Em contrapartida, Telles (2010, p. 139) sugere que um candidato poderia aumentar as chances de que sua proposta final fosse a escolhida ao compartilhar mais informações com a autoridade adjudicante, uma vez que as características específicas de sua proposta – às quais, possivelmente, poderia ser o melhor candidato a atender – iriam compor o conjunto de especificações técnicas finais com base no qual a contratação seria feita.

Ainda, dentre as diferenças do procedimento do diálogo concorrencial português, está o fato de que o CCP não contém normas relativas às negociações posteriores à escolha da proposta vencedora, ao passo que a Diretiva 2014/24/UE admite que sejam conduzidas negociações para confirmar compromissos estabelecidos na proposta selecionada (UNIÃO EUROPEIA, 2014). A ausência dessa fase posterior de negociações é um dos aspectos que aproxima o diálogo concorrencial das demais modalidades previstas no CCP, especificamente o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação. Necessário pontuar que, assim como o CCP, a Lei nº 14.133/2021 também não prevê a realização de negociações posteriores à escolha da melhor proposta.

Uma vez analisado o procedimento do diálogo concorrencial previsto na legislação portuguesa em relação às previsões da Diretiva 2014/24/UE, cabe verificar se é possível identificar razões pelas quais a modalidade não é muito utilizada no país. Conforme visto acima, diferentemente de outros países, em Portugal, os legisladores não realizaram apenas a transposição das normas da Diretiva 2014/24/UE para a legislação interna, mas incluíram normas que derivam de outros procedimentos. Foi possível verificar que o diálogo concorrencial está previsto no CCP como um procedimento subsidiário, a ser utilizado apenas quando seja

impossível a utilização do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação, o que por si só já reduz, inevitavelmente, o escopo de utilização do procedimento, se comparado com a Diretiva 2014/24/UE. Esta não prevê essa limitação e destaca-se que Telles (2010, p. 158) entende que esta característica parece ser a mais relevante para a falta de uso da modalidade em Portugal. Somado a isso, o CCP ainda exige que a ausência de capacidade de indicar uma solução ou suas especificações técnicas não decorra de falta de diligência da Administração, de modo que a autoridade adjudicante que queira empregar a modalidade deverá comprovar o preenchimento de mais requisitos do que os previstos na Diretiva 2014/24/UE. Ademais, outras previsões do CCP quanto ao diálogo concorrencial tem o potencial de dissuadir a Administração da utilização do procedimento, como a incerteza quanto ao escopo da confidencialidade e sobre como devem ser estabelecidas as especificações técnicas com base nas quais as propostas finais serão apresentadas.

Para além das dificuldades que podem surgir a partir da utilização do procedimento, é necessário destacar também o papel que o ordenamento jurídico e a própria cultura do país podem exercer na escolha de utilizar ou não a modalidade. Com relação à legislação que rege as parcerias público-privadas em Portugal, por exemplo, Telles (2010, p. 186-187) indica que, no setor de utilidades⁹, a Administração pode adjudicar contratos por meio da modalidade do concurso público com uma fase de negociação desde os anos 90 e que, pelo fato de esta modalidade atender bem às necessidades das autoridades adjudicantes e os particulares já estarem acostumados com o procedimento, a utilização do diálogo concorrencial não tem muito espaço. Além disso, a lei das parcerias público-privadas exige que os contratos sejam firmados apenas se a Administração, após comparar o custo do projeto com as possibilidades de financiamento público e privado, verificar que a utilização da parceria com o setor privado traria mais economia. Telles (2010, 186-187) indica que essa previsão seria um impeditivo para o emprego do diálogo concorrencial, uma vez que a modalidade somente pode ser usada quando não é

⁹ O setor de utilidades engloba os setores de água, energia, transporte e serviço postal. A Diretiva 2014/24/UE indica, expressamente, no item 21 das suas considerações iniciais, que não abrange os contratos destes setores, os quais são atualmente regulados, no âmbito da União Europeia, pela Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho. A Diretiva 2014/25/UE prevê, no artigo 48, o procedimento do diálogo concorrencial, que pode ser utilizado para adjudicar contratos relacionados ao setor de utilidades.

possível para a Administração determinar uma solução e, portanto, não pode prever os custos do projeto.

Já com relação aos costumes do país, que podem influenciar na utilização do diálogo concorrencial, pode-se indicar o que identificou Telles (2010, p. 188) com relação ao medo geral de que o uso do procedimento facilitasse práticas de corrupção. Também se verifica o costume da Administração portuguesa de consultar empresas, fora do procedimento de adjudicação, quando não consiga elaborar os documentos técnicos de um projeto ou pela expectativa de que as autoridades, tradicionalmente, decidam por si mesmas o que deve ser feito para atender as suas necessidades.

Em síntese, o diálogo concorrencial foi incluído na legislação portuguesa por meio do Código dos Contratos Públicos, diploma responsável por transpor as normas da Diretiva 2004/18/UE para o direito interno e que é o principal diploma sobre a matéria das contratações públicas em Portugal. Viu-se, no entanto, que o procedimento do diálogo concorrencial conta com diversas disposições específicas na lei portuguesa, que diferem do procedimento previsto na Diretiva 2014/24/UE, e que podem influenciar a utilização da modalidade no país, a qual, como se viu anteriormente, parece ser uma das menores no âmbito da União Europeia. Em contraposição, dados indicam que a França é uma das maiores utilizadoras do diálogo concorrencial entre os Estados-membros. Em razão disso, no próximo item, se passa a analisar a forma que o direito francês regulamenta a modalidade e, se possível, as razões pelas quais o país emprega o diálogo concorrencial com maior frequência.

4.3.2 O diálogo concorrencial na legislação francesa

Como visto anteriormente, a criação do diálogo concorrencial no âmbito da União Europeia teve grande influência das práticas francesas, especialmente no que tange às hipóteses de utilização do procedimento (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 29). Essa influência adveio, principalmente, da modalidade originariamente chamada de *“l’appel d’offres sur performances”*, que foi desenvolvida na França como uma variação do procedimento do concurso limitado, voltada especificamente para adjudicação de contratos complexos (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 29). Esta foi incluída no Código de Compras Públicas – no original, *“Code de la*

commande publique” – pelo Decreto nº 93-733, de 27 de março de 1993. Para a adjudicação de contratos nessa modalidade, a autoridade adjudicante podia apresentar um programa detalhado contendo resultados a serem alcançados ou necessidades a serem atendidas, sendo que os meios para alcançar ditos resultados ou atender as necessidades indicadas deveriam ser propostos por cada candidato. Esse procedimento permitia que cada participante fosse ouvido pela comissão de contratação e, após, realizasse complementações ou modificações de sua proposta (FRANÇA, 1964). Portanto, é possível verificar que a modalidade conhecida como *“l’appel d’offres sur performances”* permitia que a autoridade adjudicante iniciasse um procedimento de adjudicação sem indicar, precisamente, todos os termos do contrato a ser firmado, deixando a cargo dos particulares a apresentação de solução para alcançar os resultados pretendidos ou atender as necessidades indicadas, de forma muito semelhante a como o diálogo concorrencial foi concebido na Diretiva 2004/18/UE.

Cabe destacar que, como visto anteriormente e conforme indicam Arrowsmith e Treumer (2012, p. 16-18), a criação dessa variação do concurso limitado na França fazia parte de um movimento realizado também por outros Estados-membros, anterior a 2004, de criação de novas formas de adjudicação de contratos complexos ou até de adaptação das formas já existentes. Os autores explicam que os procedimentos de adjudicação disponíveis na União Europeia à época não eram considerados adequados para esse tipo de contrato, havendo a necessidade de um procedimento que fosse suficientemente flexível para maximizar o custo-benefício nos contratos complexos ao mesmo tempo em que assegurasse a transparência da contratação (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 22). A opção do legislador francês de criar uma variação do concurso limitado para resolver a questão da adjudicação de contratos complexos pode ser explicada pelo histórico do regime licitatório do país. Segundo Miranda (2022, p. RB-1.5), esse apresenta certa flexibilidade dos procedimentos, resultante da combinação de uma hipertrofia normativa e grande discricionariedade concedida aos gestores de contratos.

Nesse ponto, cabe observar uma questão importante sobre a definição de contrato complexo e, por consequência, as hipóteses de utilização do diálogo concorrencial. Arrowsmith e Treumer (2012, p. 29) propõem que a definição da modalidade do diálogo concorrencial presente no Artigo 1, parágrafo 11, da Diretiva 2004/18/UE pode ser interpretada no sentido de que o uso do procedimento pode

ser justificado em razão do tempo e custo desproporcionais que seriam despendidos ao se tentar estabelecer uma solução técnica para um projeto ou sua estrutura financeira ou legal sem utilizar o procedimento. Ou seja, poderia se entender um contrato como particularmente complexo quando a autoridade adjudicante não for objetivamente capaz de definir a melhor solução por conta das dificuldades envolvidas nesse processo e não apenas em razão de completa impossibilidade (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 45). Os autores indicam que na legislação francesa, a qual inspirou a modalidade do diálogo concorrencial previsto na Diretiva 2004/18/UE, a questão da complexidade parece ter sido interpretada dessa maneira, o que claramente influencia de forma considerável as hipóteses de utilização da modalidade, e acaba permitindo seu emprego em mais situações do que as permitidas em Portugal. Neste, por exemplo, como visto anteriormente, o critério para utilização do diálogo concorrencial é a impossibilidade de utilização de outros procedimentos.

Atualmente, o diálogo concorrencial está previsto, na legislação francesa, na versão do Código de Compras Públicas que entrou em vigor em 1º de abril de 2019 (“CCP/2019”). Segundo explica Miranda (2022, p. RB-1.5), o CCP/2019 consolida as normas que disciplinam as contratações públicas e unifica as disposições do antigo Código de Compras Públicas – chamado “*Code des marchés publics*” – à disciplina jurídica das concessões, incluindo as normas relativas às parcerias público-privadas.

A definição do diálogo concorrencial na legislação francesa consta no Artigo L2124-4 do CCP/2019 e se mantém próxima à definição da Diretiva 2014/24/UE ao estabelecer que o diálogo concorrencial é o procedimento por meio do qual o comprador realiza diálogos com os candidatos admitidos a participar, com o objetivo de definir ou desenvolver as soluções capazes de atender às suas necessidades e com base nas quais esses candidatos são convidados a apresentar uma proposta¹⁰.

Já as etapas e detalhes do procedimento do diálogo concorrencial estão previstos entre os Artigos R2161-24 a R2161-31 do CCP/2019 e são praticamente os mesmos previstos no Artigo 30 da Diretiva 2014/24/UE, razão pela qual o procedimento não será descrito aqui e remete-se ao item 4.2 do presente trabalho. De forma geral, também no diálogo concorrencial francês apenas os particulares

¹⁰ No original: Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

selecionados pela autoridade adjudicante participam do diálogo, que será mantido até que se identifique uma ou mais soluções que atendam as necessidades divulgadas no anúncio do concurso (FRANÇA, 2019). É permitida a realização do diálogo em fases sucessivas para reduzir o número de soluções a serem discutidas e, ao fim dos diálogos, a autoridade adjudicante convida os participantes a apresentarem sua proposta final com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante a fase do diálogo (FRANÇA, 2019). Note-se que não há previsão de divulgação de um conjunto de especificações técnicas pela autoridade adjudicante como há na legislação portuguesa. O critério para a seleção da proposta é o da oferta economicamente mais vantajosa, que, de acordo com o Artigo R2152-8, deve ser identificada com base nos critérios dispostos no n.º 2 do Artigo R. 2152-7, que podem incluir preço, custo do ciclo de vida do projeto ou outros critérios como qualidade, prazo de execução, condições de entrega e serviço pós-venda, qualificação técnica de equipe designada para a execução do contrato, etc. (FRANÇA, 2019). Após a seleção da oferta vencedora, o CCP/2019 permite que a autoridade adjudicante solicite ao vencedor esclarecimentos ou a confirmação de compromissos presentes na proposta, desde que isso não altere os seus elementos fundamentais (FRANÇA, 2019). O Artigo R2161-31 prevê a possibilidade de pagamento de bônus em benefício dos participantes dos diálogos (FRANÇA, 2019).

Em síntese, verifica-se que a França, assim como outros Estados-membros, criou uma forma própria de adjudicar contratos complexos, diferente das modalidades existentes no âmbito da União Europeia, para atender a uma necessidade de maior flexibilidade combinada com transparência na adjudicação deste tipo de contrato. A modalidade conhecida como *“l’appel d’offres sur performances”*, que inspirou a criação do diálogo concorrencial, permitia à autoridade iniciar um concurso mesmo sem ter certeza de todos os elementos que deveriam compor o contrato final e dialogar com particulares com o objetivo de encontrar a melhor solução. A partir disso, é possível observar, como destacam Arrowsmith e Treumer (2012, p. 22), que o diálogo concorrencial surge como uma solução para frear a tendência de alguns Estados-membros, incluindo a França, de esticar os limites dos procedimentos existentes no âmbito da União Europeia para adjudicação de contratos públicos. Verifica-se, portanto, que o diálogo concorrencial veio atender uma demanda que já existia na França, o que pode demonstrar porque a modalidade é muito utilizada no país.

Nesse ponto, é pertinente destacar as diferenças nas experiências de Portugal e da França na internalização do diálogo concorrencial, as quais podem, eventualmente, indicar as razões por trás da significativa disparidade na utilização da modalidade entre ambos. De um lado, o legislador francês parece entender que o procedimento é aplicável quando as dificuldades envolvidas em identificar a solução adequada para determinado contrato considerado complexo tornar mais vantajosa a utilização do diálogo concorrencial. Por outro lado, Portugal prevê o diálogo concorrencial como uma modalidade subsidiária, a ser utilizada apenas se a aplicação de outros procedimentos for impossível. Ademais, as normas sobre o diálogo concorrencial previstas na Diretiva 2014/24/UE foram transpostas para a legislação portuguesa com diversas alterações que reduzem a flexibilidade do procedimento (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 35), ao passo que a legislação francesa não parece apresentar grandes alterações com relação ao procedimento previsto na Diretiva 2014/24/UE. Por fim, a diferença na cultura e nas práticas em matéria de contratações públicas de ambos os países também pode indicar porque o diálogo concorrencial foi mais bem recebido em um deles. Isso porque, como visto acima, em Portugal havia um medo geral de que a utilização do procedimento facilitasse práticas de corrupção (TELLES, 2010, p. 188), ao passo em que o próprio regime licitatório francês já concedia grande discricionariedade aos gestores de contratos públicos e apresentava certa flexibilidade dos procedimentos (MIRANDA, 2022, p. RB-1.5).

Assim, de forma geral, foi possível conhecer melhor a origem do diálogo concorrencial e o problema que se buscou resolver com a sua criação, bem como as etapas e os detalhes do procedimento previsto atualmente na Diretiva 2014/24/UE – em paralelo ao procedimento do diálogo competitivo previsto na lei brasileira, visto no capítulo anterior. Além disso, também foi possível observar que a aplicação do diálogo concorrencial é muito desigual entre os Estados-membros, bem como realizar uma breve análise de como a modalidade é prevista na legislação interna de Portugal e da França e de como ocorre sua utilização na prática. Essa exposição pode ajudar a entender quais as possíveis vantagens do uso de modalidades como o diálogo concorrencial e o diálogo competitivo, bem como quais os possíveis desafios que podem se impor à sua utilização. É sobre essas questões que se trata o próximo capítulo.

5 DESAFIOS – E POSSÍVEIS SOLUÇÕES – NA UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL

Para se fazer uma análise mais completa das vantagens, desvantagens e desafios envolvidos na utilização de um instituto jurídico, geralmente faz-se necessária uma observação mais estendida no tempo de sua aplicação prática. Contudo, o diálogo competitivo é uma novidade na legislação brasileira e as experiências com o procedimento no país até o momento são bastante limitadas. Em razão disso, ainda não é possível avaliar com certeza quais são os desafios mais significativos que irão afetar a utilização dessa modalidade e quais as vantagens concretas que esta irá proporcionar. Apesar da falta de experiência prática com o diálogo competitivo no Brasil, vão sendo publicados cada vez mais textos sobre a Lei 14.133/2021, suas novidades e sobre a nova modalidade de licitação introduzida por ela. Com isso, verifica-se que a literatura jurídica nacional já elenca pontos positivos e negativos do diálogo competitivo, bem como potenciais dificuldades que podem se impor à sua utilização no Brasil, com base em análises do texto legal, do contexto brasileiro e da experiência estrangeira com modalidades de licitação semelhantes. Diversos autores destacam a origem europeia do diálogo competitivo e, em razão disso, analisam a experiência da utilização do diálogo concorrencial no âmbito da União Europeia como um reflexo do que podem vir a ser desafios para o emprego do diálogo competitivo no Brasil, bem como práticas bem sucedidas no uso de modalidades de licitação com caráter dialógico. Diante disso, o presente capítulo trata sobre alguns dos possíveis desafios à utilização do diálogo competitivo no Brasil, buscando também identificar maneiras de lidar com essas dificuldades, com base na literatura jurídica nacional e estrangeira, incluindo a que trata sobre a experiência do uso do diálogo concorrencial na União Europeia, e nas percepções dos profissionais entrevistados.

5.1 HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

Rainho (2019, p. 11), ao tratar sobre desvantagens do diálogo competitivo, menciona como uma dificuldade a incerteza com relação aos objetos que possibilitariam a utilização do procedimento no Brasil. A autora ainda propõe o questionamento de se a legislação deveria estabelecer taxativamente os casos excepcionais nos quais seria permitido o emprego do diálogo competitivo. Da

mesma forma, Aragão (2021, p. 55) indica que “os requisitos legais para a utilização do diálogo competitivo encontram-se descritos em normas relativamente amplas”, bem como que “a motivação da escolha por essa modalidade em detrimento de outras, de aplicação mais geral, será aspecto essencial para a juridicidade do procedimento” (ARAGÃO, 2021, p. 55). Ademais, cabe destacar que a limitação das situações nas quais o diálogo concorrencial é aplicável na legislação de Portugal é indicada por Telles (2010, p. 158) como uma das principais causas do escasso uso do procedimento no país. Diante disso, é importante considerar a relevância que a definição das hipóteses de utilização do diálogo competitivo pode ter na aplicação do procedimento no Brasil.

O *caput* e o inciso I do art. 32, da Lei nº 14.133/2021 dispõem que o diálogo competitivo é modalidade restrita a contratações nas quais a Administração: *i)* pretenda contratar objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica; *ii)* verifique a impossibilidade de atender às suas necessidades sem adaptar as soluções disponíveis no mercado; *iii)* não possa definir com precisão suficiente as especificações técnicas do projeto (BRASIL, 2021). O inciso II do art. 32 ainda prevê a utilização da modalidade quando a Administração necessite identificar os meios para satisfazer suas necessidades para definir: *iv)* a própria solução mais adequada; *v)* os requisitos técnicos, quando a solução já tiver sido definida; ou *vi)* a estrutura jurídica ou financeira do contrato (BRASIL, 2021).

Com relação à interpretação das hipóteses de utilização do diálogo competitivo previstas na lei, Pereira Junior (2020) chama atenção para a presença da palavra “e” antes da alínea c do inciso I, o que indicaria que os requisitos estabelecidos no dispositivo são de caráter cumulativo. Já com relação aos requisitos do inciso II, Aragão (2021, p. 55) sugere que a expressão “com destaque para os seguintes aspectos” (BRASIL, 2021) indica que o rol presente nas alíneas é exemplificativo, não restringindo as hipóteses de utilização do diálogo competitivo às previstas neste inciso.

Quando se analisa o que a literatura jurídica nacional trata com relação às hipóteses de utilização do procedimento, verifica-se que a maioria das contribuições fica adstrita aos termos da própria Lei nº 14.133/2021 e não traz maiores considerações. Acredita-se que isso tenha a ver com o fato de que ainda não houve muito tempo para a modalidade ser utilizada na prática no contexto brasileiro – inclusive, os quatro entrevistados para a elaboração deste trabalho dizem

desconhecer situações nas quais o diálogo competitivo tenha sido ou esteja sendo utilizado. Desse modo, apesar de os requisitos para utilização da modalidade prevista na Lei nº 14.133/2021 se tratarem de “normas relativamente amplas” (ARAGÃO, 2021, p. 55), a falta de experiências de uso do procedimento não permite identificar ainda quais dificuldades práticas podem surgir a partir dos termos dispostos no art. 32 da Lei nº 14.133/2021.

Por outro lado, é possível voltar-se para a experiência da União Europeia para verificar eventuais dificuldades com relação às hipóteses de utilização do diálogo concorrencial, tendo em vista que este foi tido como base na criação do diálogo competitivo brasileiro. As situações nas quais se permite o emprego do diálogo concorrencial presentes na Diretiva 2014/24/UE são muito semelhantes às previstas na Lei nº 14.133/2021. Contudo, o item 42 das considerações iniciais da Diretiva 2014/24/UE prevê ainda que o diálogo concorrencial poderá ser utilizado nas situações em que a Administração entender que as modalidades do concurso aberto ou limitado sem negociação não possam gerar resultados satisfatórios. Conforme visto anteriormente, essa previsão foi interpretada de maneira diversa por alguns Estados-membros. Essa norma parece ter resultado na previsão do diálogo concorrencial como um procedimento subsidiário na legislação portuguesa, visto que a utilização da modalidade é condicionada à impossibilidade de utilização de outro procedimento. Por outro lado, na França, o critério para entender as hipóteses de utilização do diálogo concorrencial não é o de impossibilidade, mas parece ser o da forma mais vantajosa de identificar a solução adequada para determinado projeto. A Lei nº 14.133/2021 não prevê expressamente a observância da aplicação de outras modalidades ao se optar pelo uso do diálogo competitivo, contudo é possível que discussões sobre o tema surjam no futuro, visto que o *caput* do art. 32 dispõe que a utilização do procedimento é “restrita” (BRASIL, 2021) às hipóteses dos incisos, o que pode ser entendido como uma previsão do caráter excepcional do procedimento (ARAGÃO, 2021, p. 55).

Ainda com relação à experiência europeia com o diálogo concorrencial é possível verificar algumas situações específicas nas quais a modalidade foi utilizada. A título exemplificativo, ao acessar a plataforma “Tenders Electronic Daily”¹¹ e pesquisar por avisos de concursos ativos de diálogo concorrencial que tenham a França como local de execução do contrato, foi possível verificar que há

¹¹ Disponível em: <https://ted.europa.eu/TED/search/searchResult.do>.

procedimentos ativos destinados à instalação de equipamentos de telecomunicações e de iluminação rodoviária, realização de obras de isolamento térmico e de esgoto, prestação de serviços relacionados com resíduos ou serviços de arquitetura paisagística, construção de edifícios escolares, edifícios multifamiliares e casas individuais, dentre outros. Também o item 42 das considerações iniciais da Diretiva 2014/24/UE indica que o diálogo concorrencial teria se mostrado útil na experiência europeia em caso de “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” (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Pelos exemplos citados, é possível verificar a abrangência da aplicação que o procedimento pode ter no Brasil também.

Com relação à dificuldade que a Administração Pública brasileira pode ter para identificar em quais situações é possível a utilização do diálogo competitivo, cabe destacar a criação de uma ferramenta que poderia ajudar nessa situação. Em novembro de 2022, foi lançada a Plataforma de Compras Públicas para Inovação (“CPIN”)¹², um projeto originado da parceria entre o Tribunal de Contas da União, o Ministério da Economia e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, com apoio do Instituto Tellus, após a realização de um estudo sobre as principais dificuldades percebidas na contratação de inovação na gestão pública no Brasil¹³. O portal CPIN, de acesso público, contém informações sobre os detalhes e requisitos das modalidades de licitação e outros instrumentos de colaboração entre a Administração e parceiros privados disponíveis na legislação, como o termo de fomento e o acordo de cooperação, previstos no art. 2º, incisos VII e VIII-A da Lei nº 13.019/2014, e o convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação, previsto no art. 9º-A da Lei nº 10.973/2004. O portal CPIN também possibilita a comparação entre as regras e os requisitos dos diferentes procedimentos e modalidades de licitação disponíveis, o que poderia, em tese, auxiliar agentes públicos a definir quando a utilização de cada um deles, incluindo o diálogo competitivo, é cabível e até recomendada. Ainda, no que tange ao diálogo competitivo, o portal CPIN apresenta uma “trilha” com esclarecimentos sobre a modalidade e uma lista das etapas que devem ser realizadas ao longo do procedimento, como a definição dos

¹² Disponível em: <https://inovacpin.org/>.

¹³ Conforme informações disponíveis na página “Sobre a plataforma CPIN”, disponível em <https://inovacpin.org/sobre/>.

critérios objetivos para seleção prévia dos participantes, a formação da comissão de contratação e a publicação dos editais. Acredita-se que o portal CPIN ainda tem funções um pouco limitadas, mas que tem muito espaço para ser aperfeiçoado – a inclusão de modelos de editais específicos para a modalidade do diálogo competitivo, por exemplo, pode ser uma adição positiva. Para além disso, essa plataforma deve servir de inspiração para o desenvolvimento de outras iniciativas e ferramentas voltadas para auxiliar a Administração Pública no processo de contratação e reduzir as chances de que a falta de informações resulte em escolhas inadequadas, mais caras e menos eficientes.

No que tange à comparação do diálogo competitivo e outros procedimentos disponíveis a fim de identificar em que casos a modalidade é a mais indicada, a comparação mais evidente parece ser com o procedimento de manifestação de interesse (“PMI”). Três dos quatro profissionais entrevistados mencionaram a proximidade do diálogo concorrencial com o PMI. O entrevistado nº 1 indicou que ambos os procedimentos têm um caráter dialógico, mas fez a ressalva de que entende que o PMI é muito diferente do diálogo competitivo. Isso porque o PMI consta na Lei nº 14.133/2021 como um procedimento auxiliar e sua utilização é restrita a apenas algumas situações, mas também porque, segundo o entrevistado nº 1, na prática, o PMI já inicia com uma ideia pronta, cabendo aos particulares apenas modelar essa ideia. Contudo, o entrevistado nº 1 destaca que a Administração brasileira já sabe utilizar o PMI, ao contrário do diálogo competitivo, de modo que, segundo ele, é possível que o PMI acabe evoluindo para se tornar diálogo competitivo. Já o entrevistado nº 4 considera que o diálogo competitivo não é uma novidade porque se trataria de um PMI com uma licitação embutida e indica que as situações nas quais o diálogo competitivo poderia ser utilizado são as mesmas já abordadas pelo PMI: quando há dúvidas acerca da existência de uma solução adequada no mercado ou em razão da necessidade de customização de uma solução.

Em síntese, verifica-se que um dos desafios que pode se impor à utilização do diálogo competitivo é a definição das hipóteses de cabimento do procedimento e as situações práticas nas quais a modalidade pode ser empregada. Como visto a partir da experiência estrangeira, essa definição se mostra relevante porque pode influenciar significativamente se o procedimento é utilizado com maior ou menor frequência. O art. 32 da Lei nº 14.133/2021 prevê que o diálogo competitivo pode ser

usado quando a Administração não possa definir a solução capaz de atender suas necessidades ou quando, podendo definir, verifique que as soluções existentes no mercado não são adequadas, ou não seja capaz de delimitar as especificações técnicas do projeto ou a estrutura jurídica ou financeira do contrato. Contudo, essas hipóteses se apresentam como normas de caráter amplo, que podem gerar questionamentos conforme o procedimento seja mais empregado na realidade brasileira. Dentre as estratégias para solucionar a dificuldade de identificar para quais contratações pode-se utilizar o diálogo competitivo, destaca-se a criação da Plataforma de Compras Públicas para Inovação, que disponibiliza materiais de apoio e orientações sobre os procedimentos disponíveis na legislação para a contratação de inovação na gestão pública. A plataforma tem muito espaço para aperfeiçoamento e inclusão de novas funcionalidades, mas já é um exemplo de iniciativas e ferramentas que podem auxiliar agentes públicos a identificar quando o diálogo competitivo é cabível, bem como guiá-los no cumprimento das etapas do procedimento.

5.2 POSSIBILIDADE DE ELIMINAÇÃO DE SOLUÇÕES E PARTICIPANTES DURANTE A FASE DOS DIÁLOGOS

Como visto anteriormente, a Diretiva 2014/24/UE admite a eliminação de candidatos durante a fase dos diálogos, contudo, em alguns países, essa possibilidade não é utilizada na prática. Enquanto no Reino Unido¹⁴, Alemanha e Holanda os candidatos são eliminados com base nas soluções que apresentam, em outros países, como Espanha e Dinamarca, a Administração se abstém de eliminar participantes por se entender que há falta de transparência nessa prática, o que poderia levar à apresentação de recursos por parte dos candidatos. Também pelo fato de a decisão ser tomada com base em informações limitadas, com a ameaça de se eliminar um participante que, ao final, talvez poderia oferecer o melhor custo-benefício para a Administração (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 83).

A eliminação de participantes durante a fase dos diálogos é proibida na legislação de Portugal. De acordo com Telles (2010, p. 135-136), nas situações em

¹⁴ Destaca-se que o Reino Unido não se submete às normas da Diretiva 2014/24/UE, pois não integra mais a União Europeia. Apesar disso, o diálogo concorrencial ainda é aplicado no país porque foi transposto para a sua legislação interna quando este ainda integrava a União Europeia.

que a análise da qualificação dos particulares é feita por meio do sistema simples, ou seja, quando todos os particulares que preencham os requisitos previstos no edital inicial podem participar do procedimento, a impossibilidade de eliminação de participantes durante os diálogos pode ter como consequência o aumento do tempo de duração, bem como do custo envolvido na realização dos diálogos.

Essa preocupação também é importante no cenário brasileiro, uma vez que as normas sobre essa questão são muito semelhantes às de Portugal. Primeiramente, porque a admissão de participantes para participar do diálogo competitivo é bastante ampla. O art. 32, §1º, inciso II da Lei nº 14.133/2021 dispõe que “todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos” no edital serão admitidos para participar do procedimento (BRASIL, 2021). Em segundo lugar, porque a lei brasileira também parece ter optado pela impossibilidade de eliminação de participantes durante os diálogos. O inciso VIII do art. 32, §1º, da Lei nº 14.133/2021 estabelece que “todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II” poderão apresentar propostas finais (BRASIL, 2021).

Cabe pontuar que o inciso VII do art. 32, §1º, da Lei nº 14.133/2021 prevê que a Administração pode restringir as soluções ou propostas que serão discutidas nas sucessivas fases dos diálogos, contudo não fica claro se propostas podem ser eliminadas das discussões. Essa possibilidade, aparentemente, não confrontaria o disposto no inciso VIII. Isso porque os participantes irão apresentar propostas finais com base nas especificações da solução divulgada pela Administração e não com base nas soluções que apresentaram inicialmente, de modo que a eliminação da solução não acarretaria, ao que parece, na necessária exclusão do candidato.

Oliveira (2017, p. 15) argumenta a favor da possibilidade de limitação do número de participantes. O autor indica que “um número grande de candidatos pode inviabilizar o diálogo, uma vez que se trata de um procedimento complexo e trabalhoso, sobretudo na segunda etapa”. Da mesma forma, Telles (2010, p. 172) afirma que a impossibilidade de exclusão de participantes pode tornar o procedimento mais complexo, tendo em vista que a Administração teria de discutir soluções com todos os candidatos ao invés de focar as negociações nos mais promissores, com melhores chances de entregar a melhor solução. O autor ainda sugere que a possibilidade de serem eliminados ainda durante a fase dialógica poderia servir de incentivo para que os candidatos empreguem seus melhores esforços no procedimento. Por outro lado, o autor sustenta que poderia haver um

atraso no procedimento caso os particulares excluídos apresentassem recursos contra a decisão de eliminação, bem como que, em mercados mais restritos, com menos candidatos em potencial, a possibilidade de exclusão não teria relevância.

Os profissionais entrevistados para a elaboração deste trabalho foram questionados se entendiam que a possibilidade de eliminar participantes e soluções já durante a fase do diálogo poderia ser positiva e, inclusive, uma solução para redução de custos e do tempo de duração do procedimento. O entrevistado nº 4 indicou não acreditar que a eliminação de participantes seria a solução para reduzir custos e o tempo do procedimento, e destacou que a maior competitividade é sempre salutar. Já o entrevistado nº 1 entende que essa prática poderia ser positiva se adotada no Brasil, tendo em vista que, assim como ocorre no PMI, durante os diálogos já seria possível verificar quais soluções têm maior potencial de atender às necessidades da Administração, bem como quais candidatos de fato teriam capacidade para a execução da solução final. Para o entrevistado nº 1, a eliminação de candidatos poderia ser positiva também para reduzir o risco de que o procedimento seja travado por “participantes camicase”, que, segundo o entrevistado, são aqueles que claramente não têm chances de serem contratados e que acabam tumultuando o procedimento, e que essa eliminação não iria ferir a concorrência, tendo em vista que os candidatos já teriam tido a oportunidade de participar do procedimento.

Com relação à impossibilidade de eliminação de participantes durante a fase dos diálogos na legislação portuguesa – a qual se repete na lei brasileira – Telles (2010, p. 172) entende que, caso a Administração verifique que determinado candidato não tem a melhor solução para atender às suas necessidades ou não é capaz de executar a solução vencedora, a Administração poderia buscar um acordo mútuo com este candidato para cessar a sua participação no desenvolvimento da solução durante a fase dos diálogos. De qualquer modo, considerando a redação do art. 32, §1º, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021, isso não impediria esse candidato de apresentar uma proposta final na fase competitiva, contudo poderia permitir à Administração focar seus esforços nos diálogos com participantes com maiores chances de desenvolver a melhor solução.

Em síntese, verifica-se que a questão da possibilidade ou impossibilidade de eliminar soluções e candidatos durante a fase dialógica também pode representar um desafio para a utilização do diálogo competitivo. Os termos da Lei nº

14.133/2021 parecem indicar que a eliminação de candidatos não é admitida, ao passo que a possibilidade de eliminação de soluções não é expressa de forma clara. Como visto, há argumentos que suportam diferentes posições. Por um lado, a garantia do caráter competitivo da licitação e o princípio da impessoalidade podem justificar a opção pela proibição da eliminação de candidatos. Por outro lado, a possibilidade de exclusão de participantes parece atender ao princípio da eficiência e tornar a condução do procedimento mais eficiente, tendo em vista que a limitação do número de participantes poderia facilitar a realização dos diálogos, permitindo que a Administração concentre seus esforços para desenvolver a melhor solução junto dos candidatos que efetivamente tenham capacidade de desenvolver e executar dita solução.

5.3 COMO DEVE SER DEFINIDA A ESPECIFICAÇÃO DA SOLUÇÃO QUE ATENDA ÀS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO

O art. 32, §1º, inciso VII da Lei nº 14.133/2021 dispõe que, ao declarar encerrado o diálogo, a Administração deve “iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades” (BRASIL, 2021). Contudo, a lei não dispõe de que modo a Administração deve elaborar o conjunto de especificações da solução a ser divulgada no edital que inaugura a fase competitiva. Com relação a isso, Rainho (2019, p. 11) questiona se a Administração deve selecionar uma das soluções apresentadas por um dos candidatos durante os diálogos e utilizá-la da base para o estabelecimento das especificações ou se seria permitido criar uma solução com base em partes de diferentes propostas, o que na Europa ficou conhecido como “*cherry picking*”.

Nesse ponto, cabe destacar que a previsão da divulgação de um conjunto de especificações com base nas quais os candidatos terão de apresentar suas propostas não existe na Diretiva 2014/24/UE. Como visto no item 4.2, o Artigo 30, nº 6 da Diretiva 2014/24/UE prevê que, ao declarar encerrados os diálogos, a Administração deve solicitar aos participantes que apresentem suas propostas finais tendo por base as soluções apresentadas durante a fase do diálogo (UNIÃO EUROPEIA, 2014), não com base em uma solução divulgada pela Administração.

Ao que parece, o legislador brasileiro importou essa característica do diálogo concorrencial português. Conforme indicado no item 4.3.1, em Portugal, o legislador repetiu a prática que já existia nas modalidades do concurso público e do concurso limitado por prévia qualificação (TELLES, 2010, p. 144) e incluiu dentre as normas do diálogo concorrencial a previsão de que as propostas finais dos candidatos devem ter por base uma solução divulgada pela autoridade adjudicante ao final dos diálogos. Sobre isso, Telles (2010, p. 141) destaca que o CCP também não esclarece como a autoridade adjudicante deve definir esse conjunto de especificações, assim como a lei brasileira não o faz. O autor argumenta a favor da possibilidade de elaborar o conjunto de especificações com base em elementos de várias propostas, "*cherry picking*", e até mesmo de soluções pensadas pela própria autoridade adjudicante. Segundo ele, essa hipótese permitiria uma comparação mais fácil e transparente entre as propostas, as quais seriam avaliadas com base no mesmo conjunto de especificações, e permitiria, inclusive, uma melhor avaliação dos critérios de escolha utilizados (TELLES, 2010, p. 141). O autor sustenta que formar o conjunto de especificações com base na solução apresentada por apenas um candidato pode trazer alguns problemas, dentre eles: *i)* o desequilíbrio entre os candidatos, uma vez que a maioria competiria com base em uma solução que não é a sua; *ii)* o desestímulo à apresentação de propostas finais, visto que alguns dos candidatos poderiam ter de arcar com os custos de criar uma proposta do zero; *iii)* inutilização de grande parte do trabalho realizado durante os diálogos com todos os candidatos; *iv)* a garantia da confidencialidade com relação às informações da solução tida como base para a fixação das especificações técnicas a serem divulgadas (TELLES, 2010, p. 141).

Dentre os entrevistados que responderam a questão de se entendiam como vantajosa a formação de uma solução final com base em diversas propostas apresentadas durante os diálogos ou em apenas uma proposta, o entrevistado nº 4 indicou que as duas hipóteses poderiam levar a vantagens e desvantagens. O entrevistado nº 1, por sua vez, disse ser favorável à ideia de formar uma solução com partes de diversas propostas. Isso porque, considerando que o objetivo do diálogo competitivo de encontrar a melhor solução para atender às necessidades da Administração, faria sentido tentar usar o que fosse trazido de melhor na fase dos diálogos, mesmo que viesse em propostas diferentes. O entrevistado nº 1 sugere que essa prática teria o potencial de minimizar o favorecimento de um ou outro

candidato, tendo em vista que, se apenas a solução de um particular fosse usada como base para as especificações divulgadas na abertura da fase competitiva, a tendência seria que o particular que apresentou dita proposta vença a licitação, já que os outros participantes poderiam ter de estudar a solução antes de apresentar uma proposta final.

Em resumo, outra questão que pode gerar dúvidas com relação ao procedimento do diálogo competitivo no Brasil diz respeito à definição das especificações da solução que será divulgada no edital da abertura da fase competitiva. A Lei nº 14.133/2021 não prevê se essa definição deve ser feita com base em apenas uma das propostas trazidas na fase do diálogo ou se seria possível formar a solução final com base em partes de diferentes propostas. A Diretiva 2014/24/UE não contém uma norma semelhante e prevê apenas que as propostas finais deverão ser apresentadas “com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo” (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Por outro lado, o legislador português incluiu, no procedimento do diálogo concorrencial previsto na legislação interna, a fixação de uma solução pela Administração ao final da fase dos diálogos, assim como ocorre em outros procedimentos disponíveis no país. Com base na literatura e nas entrevistas realizadas para este trabalho, a possibilidade de definir uma solução final com base em mais de uma proposta parece apresentar mais vantagens ao procedimento. Contudo, assim como diversas outras questões que surgem, nesse caso também apenas a utilização do diálogo competitivo na prática poderá trazer mais argumentos para esclarecer qual é a melhor abordagem.

5.4 COMPARTILHAMENTO DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS OU DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS POR MEIO DA DIVULGAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES DA SOLUÇÃO NO EDITAL DE ABERTURA DA FASE COMPETITIVA

Com relação à confidencialidade no procedimento do diálogo competitivo, o art. 32, §1º, inciso IV da Lei nº 14.133/2021 determina que “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento” (BRASIL, 2021). Contudo, é possível que surjam dificuldades com relação a essa proteção relacionadas com o que se tratou no item anterior. Isso porque, como visto, o art. 32, §1º, inciso VII da Lei nº 14.133/2021 prevê que a Administração deverá divulgar, ao final da fase dos

diálogos, as especificações da solução que atenda às suas necessidades. Diante disso, uma questão que surge é como garantir a proteção à confidencialidade das soluções propostas pelos participantes se a própria Administração deverá divulgar a especificação da solução a que chegou com base nas propostas apresentadas durante os diálogos.

Nesse ponto, independe se essas especificações terão origem em apenas uma proposta ou em várias, uma vez que a solução divulgada, indubitavelmente, conterá informações das propostas apresentadas por candidatos, informações essas que serão reveladas para os demais participantes.

Poderia-se argumentar que a proibição do compartilhamento de informações prestadas por um candidato com os demais consta dentre as normas que versam sobre a fase dialógica do procedimento e que, portanto, não se estenderia à fase competitiva. Por outro lado, o diálogo competitivo é uma modalidade a ser usada quando a Administração necessita de ideias novas, seja pela contratação de objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica ou pela necessidade de adaptação de soluções já existentes no mercado. Sendo assim, é importante considerar os efeitos que podem ser gerados a partir da interpretação dos limites da confidencialidade das informações reveladas pelos participantes durante o procedimento, especialmente quando as soluções discutidas durante os diálogos envolverem segredo de indústria ou de comércio.

Os profissionais entrevistados para a elaboração deste trabalho foram questionados se entendiam que a necessidade da divulgação da solução pela Administração antes da fase competitiva teria potencial de violar direitos de propriedade intelectual dos participantes relacionados a segredo de indústria ou de comércio. Com exceção do entrevistado nº 3, que disse não ter refletido sobre a questão para responder, os outros três entrevistados parecem concordar que não caberia a alegação de violação a direito de propriedade intelectual por parte dos particulares, uma vez que estes, ao optarem por participar do diálogo competitivo, têm conhecimento da Lei nº 14.133/2021 e de como o procedimento será realizado, incluindo a divulgação do edital com as especificações da solução no início da fase competitiva. Com base nisso, o entrevistado nº 4 aduz ainda que entende que a própria Lei nº 14.133/2021 determina que quem participa de um diálogo competitivo abdica do direito de fazer tal alegação de violação. Nesse ponto, ao analisar a questão da confidencialidade no diálogo concorrencial português, que também

contém previsão de divulgação de uma solução ao final dos diálogos, Telles (2010, p. 173) sugere que a Administração poderia incluir no edital de abertura do diálogo concorrencial uma previsão de que qualquer informação transmitida durante o procedimento, incluindo informações classificadas como sigilosas, pode ser usada para a elaboração do conjunto de especificações da solução final.

O entrevistado nº 2 destacou que a questão da confidencialidade das informações também existe no PMI e no procedimento de manifestação de interesse privado (“MIP”) e que, na prática destes procedimentos, por vezes, os particulares optam por não incluir todas as informações no relatório final, deixando para utilizá-las depois, na parte da especificação. Com relação à influência que a questão da confidencialidade pode ter no comportamento dos participantes, Telles (2010, p. 139) apresenta um contraponto quando trata do diálogo concorrencial português. O autor sugere que poderia ser mais vantajoso para um particular compartilhar mais informações sobre a sua proposta com a Administração caso essas informações sejam usadas para estabelecer as especificações da solução final. Isso porque este candidato possivelmente seria quem melhor poderia atender essas especificações e, assim, teria mais chances de ser contratado.

Em resumo, verifica-se que outro possível desafio para a aplicação do diálogo competitivo no Brasil é a delimitação da norma que proíbe a Administração de revelar as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um participante sem o seu consentimento, especialmente no que tange às informações a serem incluídas dentre as especificações da solução divulgadas no edital que inaugura a fase competitiva. Essa questão pode ter um nível maior de dificuldade quando essas informações estiverem cobertas pela proteção da propriedade intelectual, por exemplo. Como visto, dentre os profissionais entrevistados, a maioria entende que essa questão poderia ser amenizada pelo fato de que os particulares que vierem a participar de diálogos competitivos já saberão como é o funcionamento do procedimento e que existe a possibilidade de divulgação de informações sobre as propostas apresentadas por meio do segundo edital a ser publicado. Ademais, existem também opiniões que indicam que a questão do compartilhamento de informações com a Administração – e até com outros candidatos – pode influenciar o comportamento do candidatos durante o procedimento, de modo que se mostra relevante considerar os efeitos que a questão da confidencialidade pode ter na utilização do diálogo competitivo, especialmente considerando que formação de

soluções novas e a contratação de inovação parecem ser parte do próprio objeto da modalidade.

5.5 FAVORECIMENTO DE PARTICULARES E CORRUPÇÃO

Como visto anteriormente, a modalidade do diálogo competitivo foi baseada no diálogo concorrencial europeu, o qual nasceu do objetivo de simplificar os procedimentos para adjudicação de contratos públicos e tornar mais flexível o regime da União Europeia, bem como evitar o abuso dos limites de utilização das modalidades existentes (ARROWSMITH; TREUMER, p. 36-37). Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 prevê o diálogo competitivo como uma modalidade a ser utilizada quando a Administração não tem certeza da melhor solução para atender às suas necessidades e realiza diálogos com particulares com o objetivo de identificar dita solução, suas especificações técnicas ou a estrutura jurídica ou financeira do contrato a ser firmado para sua execução.

Contudo, Martins (2016) considera que o diálogo competitivo pode se tornar um “facilitador da burla da competição” e que a modalidade possibilita “contornar a disputa para favorecer alguém específico”. O autor indica que a Lei nº 8.666/1993 foi criada partindo de uma premissa de desconfiança “em relação aos licitantes, aos administrados que pretendem contratar com a Administração, e em relação a quem trabalha na Administração” e que o diploma tentou evitar que pessoas desonestas burlassem a lisura do procedimento licitatório (MARTINS, 2016). O autor critica a lógica de “modelo gerencial” que estaria imbuída na legislação sobre licitações e contratos públicos que entrou em vigor após a Lei nº 8.666/1993, por entender que, no Brasil, “o modelo burocrático, e a premissa da desconfiança que está em sua base, é uma necessidade imperiosa”, em razão dos altos índices de corrupção (MARTINS, 2016).

Com relação ao diálogo concorrencial na União Europeia, Arrowsmith e Treumer (2012, p. 23-24) apontam a extensão de práticas de corrupção interna como um dos fatores que devem ser observados pelos Estados-membros para definir se a modalidade é o procedimento mais adequado para determinado tipo de contrato no país. Nesse ponto, é mencionado o exemplo da Itália, que, inicialmente, suspendeu a aplicabilidade da modalidade do diálogo competitivo em seu território,

aparentemente devido à preocupação de que o alto grau de discricionariedade envolvida no procedimento poderia não ser apropriado e que os procedimentos existentes já se mostravam adequados para o contexto italiano (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 23-24). O receio de que o diálogo concorrencial facilitasse práticas de corrupção também é citado por Telles (2010, p. 188), como uma das possíveis razões pelas quais o legislador de Portugal quis restringir o uso do procedimento ao mínimo possível.

Evitar práticas de corrupção têm sido uma preocupação da legislação brasileira em matéria de licitações e contratos públicos. Essa preocupação inclusive é citada diversas vezes como sendo a razão pela qual a Lei nº 8.666/1993 “é extremamente minuciosa e comporta um procedimento administrativo excessivamente burocratizado” (MIRANDA, p. RB-1.3). Contudo, Oliveira (2020) aponta que essas características da Lei nº 8.666/1993, que teriam diminuído a discricionariedade do administrador, não levaram a uma redução das práticas de corrupção no âmbito dos procedimentos licitatórios. Por outro lado, MARTINS (2016) indica que precisamente a não redução desse tipo de prática durante a vigência da Lei nº 8.666/1993, que se justificaria pela “cultura da corrupção” do país, tornaria mais necessária a imposição de um regime mais burocrático, pautado na desconfiança, e com menor flexibilização, diferentemente do que propõem as leis mais recentes sobre o tema das licitações e contratações públicas.

Durante as entrevistas realizadas para a elaboração deste trabalho, os profissionais foram questionados se entendiam que o procedimento do diálogo competitivo poderia facilitar a prática de corrupção e favorecimento de particulares e se a inclusão, pela Lei nº 14.133/2021, do Capítulo II-B, que trata “Dos crimes em licitações e contratos administrativos”, na Parte Especial do Código Penal poderia ajudar a coibir a prática de crimes por meio da modalidade. O entrevistado nº 1 respondeu que a ideia de que o diálogo competitivo pode facilitar a corrupção advém de uma visão conservadora presente no texto da Lei nº 8.666/1993 de que toda conversa com particulares se trata de prática de corrupção, mas que na realidade não é assim. O entrevistado nº 1 complementou dizendo que a Administração não dispõe da expertise e do pessoal necessário para a realização de determinados projetos, que precisa da ajuda do mercado para isso, e que essa colaboração inclusive serve para trazer novidades que podem levar a uma solução muito melhor do que se a Administração trabalhasse sozinha. Por fim, como soluções para a

questão da corrupção nos procedimentos licitatórios, o entrevistado nº 1 indica a devida aplicação da legislação específica para punir práticas de corrupção pelas autoridades competentes, bem como um bom regulamento do procedimento do diálogo competitivo e a formação de uma comissão de contratação composta por servidores técnicos competentes e o mínimo possível de participação de agentes políticos.

Já o entrevistado nº 2 destacou que ocorreram fraudes durante a vigência da Lei nº 8.666/1993 mesmo sem que existisse a modalidade do diálogo competitivo, de modo que a flexibilidade do procedimento não seria uma causa. O entrevistado nº 2 reconhece como um problema que se tente usar uma lei de licitações para resolver questões de corrupção, pois são coisas separadas, uma vez que a lei de licitações, em verdade, deve se prestar para racionalizar contratações convenientes ao Poder Público. Com relação ao diálogo competitivo, o entrevistado nº 2 destaca que será necessário analisar como a sua aplicação ocorrerá na prática, mas que entende que a modalidade pode inclusive minimizar o risco da ocorrência de práticas de corrupção, tendo em vista que traz para dentro do procedimento licitatório as conversas entre particulares e a Administração.

Já o entrevistado nº 3, entende que a tipificação de práticas sempre ajuda a criar uma cultura de responsabilidade penal, mas que é preciso ter também uma cultura de transparência, controle social e fiscalização. Por fim, o entrevistado nº 3 sugere que a prática de gravar os diálogos por meio de recursos tecnológicos de áudio e vídeo, conforme dispõe o art. 32, §1º, inciso IV da Lei nº 14.133/2021, e armazenar os arquivos digitais de uma forma que não possam ser manipulados ou apagados seria uma forma de se ter maior segurança e ajudar a prevenir o favorecimento de algum candidato.

Em suma, verifica-se que a preocupação com a ocorrência de práticas de corrupção e favorecimento de particulares por meio do diálogo competitivo é uma questão presente, que se apresenta como uma herança da desconfiança que permeia o texto da Lei nº 8.666/1993. Apesar de a Lei nº 8.666/1993 apresentar um procedimento mais burocratizado e com pouca flexibilidade, isso não causou uma redução de práticas ilícitas por meio dos procedimentos licitatórios e discute-se se isso indicaria que o cenário brasileiro demanda maior ou menor flexibilidade e discricionariedade no que tange às contratações públicas e até mesmo se cabe à lei de licitações tentar reduzir esse tipo de práticas ou se esse esforço deveria ficar a

cargo da legislação específica sobre a matéria e das autoridades competentes. Por fim, é possível identificar algumas disposições da Lei nº 14.133/2021 que podem trazer maior transparência e segurança para a modalidade do diálogo competitivo, como a previsão de uma fase preparatória bastante detalhada, a obrigação de registrar os diálogos realizados com particulares e a tipificação de certas práticas como crimes em matéria de licitações e contratos administrativos, incluídas no Título XI da Parte Especial do Código Penal. Contudo, assim como acontece com os demais desafios que se apresentam para a utilização do diálogo competitivo no Brasil, será necessário observar a aplicação do procedimento na prática para saber se os receios com relação ao aumento de práticas de corrupção serão materializados, bem como se as ferramentas criadas para impedir essas práticas se provarão eficazes.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a compreender como a modalidade de licitação denominada diálogo competitivo se estrutura na legislação brasileira, bem como os desafios e oportunidades de sua utilização na prática das licitações e contratações da Administração Pública no Brasil. Para isso, foi analisado o histórico da legislação referente a compras públicas e licitações no país, bem como as novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021 e a forma como o diploma estrutura o procedimento do diálogo competitivo. Também buscou-se compreender a origem do diálogo competitivo através de uma análise das normas que regulamentam as contratações públicas no âmbito da União Europeia e o contexto que levou à criação do diálogo concorrencial – modalidade que inspirou diretamente o diálogo competitivo. Ademais, buscou-se entender os desafios e as oportunidades que surgem a partir do emprego do diálogo concorrencial pelos Estados-membros da União Europeia, com um foco maior nas práticas de Portugal e da França, tendo em vista a grande disparidade na frequência de uso da modalidade entre estes países. Por fim, buscou-se identificar os desafios que poderiam se impor à utilização do diálogo competitivo na prática das compras da Administração Pública brasileira, bem como possíveis estratégias de solução.

Foi possível verificar que o diálogo competitivo é introduzido no Brasil em meio a um movimento que se propõe a tornar o procedimento licitatório mais célere

e eficiente e impedir práticas de corrupção, ao mesmo tempo em que se busca promover a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Nesse cenário, o diálogo competitivo se mostra como uma ferramenta para corrigir a assimetria de informações entre a Administração Pública e o mercado, com o objetivo de identificar as melhores soluções para atender a necessidades específicas da Administração. Verificou-se também que a origem europeia do diálogo competitivo, na modalidade do diálogo concorrencial, resultou de uma necessidade de equilibrar a segurança jurídica e a flexibilidade nos procedimentos para adjudicação de contratos públicos. A análise da experiência europeia também permite verificar que a utilização do procedimento varia grandemente entre os Estados-membros e que isso pode ter influência da cultura e das práticas da Administração Pública de cada país, mas também da forma como o diálogo concorrencial foi transposto para a legislação interna de cada um. O exemplo mais claro dessa influência é o pouco uso do diálogo concorrencial em Portugal, onde as hipóteses de utilização do procedimento foram bastante restringidas, se comparado com as previsões das normas da União Europeia, sendo que uma das razões para isso parece ser o receio de que o diálogo concorrencial facilitasse práticas de corrupção.

Assim, foi possível concluir que o uso do diálogo competitivo no Brasil poderá ser significativamente influenciado pela forma como a modalidade será regulamentada no país. Considerando o histórico brasileiro, é possível que o temor de que a modalidade favoreça práticas ilícitas acabe influenciando significativamente a delimitação das hipóteses de utilização do procedimento e reduzindo seu âmbito de aplicação. Ademais, o uso do diálogo competitivo pode trazer outras questões à discussão, dentre elas: como serão desenvolvidas as etapas do diálogo competitivo, como deve se dar a definição das especificações divulgadas no edital que inaugura a fase competitiva e quais são os limites da confidencialidade das informações prestadas pelos participantes do procedimento. Por fim, convém também considerar eventuais formas de facilitar a utilização do procedimento ou torná-lo mais eficiente, com base na experiência estrangeira, como a possibilidade de limitação dos participantes e das soluções discutidas durante os diálogos e a criação de ferramentas para auxiliar os administradores públicos a identificar quando o uso do diálogo competitivo é recomendado e utilizar o procedimento de forma correta e transparente.

Apesar das constatações a que se chegou, este trabalho apresenta alguns limites que devem ser considerados. O primeiro deles é a escassez de literatura brasileira sobre a modalidade do diálogo competitivo e a dificuldade de acesso à literatura estrangeira sobre o tema do diálogo concorrencial europeu e sua utilização nos Estados-membros da União Europeia. O segundo limite diz respeito à análise qualitativa por meio das entrevistas semi-estruturadas, tendo em vista que poucas das pessoas convidadas aceitaram participar da entrevista. Além disso, as respostas dos entrevistados ficaram limitadas pelo fato de que a pouca experiência na utilização do diálogo competitivo no Brasil até o momento ainda não permitiu uma análise mais concreta dos desafios que podem se impor ao uso da modalidade.

Por fim, considerando que a modalidade do diálogo competitivo foi introduzida recentemente no ordenamento jurídico do Brasil, acredita-se que o tema dos desafios e das oportunidades relacionadas a essa modalidade poderá ser mais profundamente explorado conforme o procedimento seja mais utilizado pela Administração Pública brasileira. Questões como as hipóteses de utilização do diálogo competitivo, bem como os projetos específicos para cuja contratação a modalidade possa ser empregada poderão ser mais extensamente analisadas no futuro, quando houver mais exemplos da utilização do procedimento no Brasil.

REFERÊNCIAS

AFONSO NETO, Celso de Almeida. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. In: MOTTA, Fabrício (coord.); GABARDO, Emerson (coord.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**: XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Curitiba: Íthala, 2019. p. 349-366.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v280.2021.85147>.

ARROWSMITH, Sue (ed.); TREUMER, Steen (ed.). **Competitive dialogue in EU procurement**. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm />. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 510, de 07 de abril de 2016**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BURNETT, Michael; ODER, Martin. **Competitive Dialogue and Negotiated Procedures: a Practical Guide**. 2 ed. European Institute of Public Administration, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo – Vol. 1 – Ed. 2022**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100963075/v3>. Acesso em: 4 jan. 2023.

FRANÇA. Decreto nº 64-729, de 17 de julho de 1964. **Código de Compras Públicas** (“*Code de la commande publique*”). Artigo 303. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069562/LEGISCTA000006161797/>. Acesso em: 3 fev. 2023.

FRANÇA. Portaria nº 2.018-1.074, de 26 de novembro de 2018, e Decreto nº 2018-1075, de 3 de dezembro de 2018. **Código de Compras Públicas** (“*Code de la commande publique*”), de 1º de abril de 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019?init=true&nomCode=F1VwBg%3D%3D&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=code>. Acesso em: 3 fev. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: (atualizados de acordo com a Lei Federal n. 12.349/2010). 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. em *e-book* baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F91049397%2Fv12.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=e&eid=661e1e06eee74bcb05ef029a4af14a6d&eat=a-112572128&pg=1&psl=&nvgS=false&tmp=912>>. Acesso em: 2 jan. 2023.

HILLIG, Jan-Bertram; HOEZEN, Mieke. The competitive dialogue procedure: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch Law. In: **COBRA RICS Construction and Building Research Conference, 2008**. Londres: The Royal Institution of Chartered Surveyors, 2008.

MARRARA, Thiago. **Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios**. Consultor Jurídico. 4 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-04/thiago-marrara-20-anos-lei-licitacoes-nao-foi-capaz-coibir-desvios>>. Acesso em: 1 jan. 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Reforma da Lei de Licitações: como podemos piorar? **Direito do Estado**, ano 2016, n. 280. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e Contratos Administrativos** - Ed. 2021. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/266278221/v5/page/RB-1.3>>. Acesso em: 6 jan. 2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional – Ed. 2017**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos>>

[%2F99407083%2Fv6.7&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=e&eid=a7fb7468087125f97da8fd6cd0011b3a&eat=er_mark_1&pg=&psl=&nvgs=true&tmp=351](#)>. Acesso em: 3 jan. 2023.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; BRITO, Marina Falcão Lisboa. A nova Lei de Licitações no Brasil/A licitação diante das transições legislativas. **Revista da AGU**, Brasília, v. 18, n. 02, p. 349-376, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Licitação e contratos administrativos** - Vol. 6. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100965083/v3/page/1>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 9. ed. São Paulo: Método, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. **Portal L&C**, 2017. Disponível em: <www.licitacaoecontrato.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2023.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Do diálogo à repressão nas contratações administrativas, em contexto de pandemia. **ONLL**, s.l., 2020. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/09/30/do-dialogo-a-repressao-nas-contratacoes-administrativas-em-contexto-de-pandemia/>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

PORTUGAL. **Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**. 14 ed. Edição de Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Livro 1, tit. 66, p. 151, número 39. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 21 jan. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro de 2008**. Código dos Contratos Públicos. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-34455475>>. Acesso em: 11 mar. 2023.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Controladoria-Geral da União – CGU. **Portal da Transparência do Governo Federal**, Contratos. Disponível em: <<https://portaldatransparencia.gov.br/contratos>>. Acesso em: 3 jan. 2023.

STROPPIA, Christianne de Carvalho. Título I. Disposições preliminares. Artigos 1º a 4º. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.); CAMMAROSANO, Márcio (coord.); ZOCKUN, Maurício (coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (Lei 14.133/21) - Ed. 2022**. 1. ed. em *e-book* baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. RL-1.2. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/274964625/v1/page/RL-1.2>>. Acesso em: 18 fev. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Vem aí a Plataforma de Compras Públicas para Inovação (CPIN)**. Portal TCU, 2022. Disponível em:

<<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/vem-ai-a-plataforma-de-compras-publicas-para-inovacao-cpin.htm>>. Acesso em: 7 dez. 2022.

TELLES, Pedro. **Competitive dialogue in Portugal and Spain**. 2010. 342 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Nottingham, Nottingham, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2004/18/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, 31 de março de 2004. Disponível em:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>>. Acesso em: 12 dez. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/24/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em: 12 dez. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 92/50/CEE** do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 18 de junho de 1992. Disponível em:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0050>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. Título I. Disposições preliminares. Artigo 6º – Incisos XXXIX a LI. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.); CAMMAROSANO, Márcio (coord.); ZOCKUN, Maurício (coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (Lei 14.133/21) - Ed. 2022**. 1. ed. em *e-book* baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. RL-1.2. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/274964625/v1/page/RL-1.2>>. Acesso em: 18 fev. 2023.