

O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública*

The competitive dialogue in the new law on licitations and contracts of public administration

*Alexandre Santos de Aragão***

RESUMO

Inaugurando uma nova disciplina legislativa em relação às contratações públicas, foi editada, já em boa hora, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que trouxe importantes inovações em relação à sua predecessora. Entre as novidades da lei, destaca-se a previsão do denominado “diálogo competitivo”, modalidade de licitação por meio da qual a Administração Pública e os particulares licitantes, após negociações mútuas, desenvolvem, juntos, soluções técnicas capazes de atender às necessidades do contratante que levaram à abertura do procedimento licitatório. A ela dedica-se o presente trabalho. Buscando examinar as origens do novo instituto e

* Artigo recebido em 24 de agosto de 2021 e aprovado em 18 de outubro de 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.85147.

** Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: asa@alexandrearagao.adv.br.

Professor titular de direito administrativo da Uerj. Doutor em direito do estado pela USP. Mestre em direito público pela Uerj. Procurador do estado do Rio de Janeiro. Árbitro. Advogado.

entender o caminho percorrido até a sua positivação no direito brasileiro, o artigo começa traçando um panorama geral da consensualidade administrativa na contemporaneidade brasileira e examinando o tema também no direito comparado. Em seguida, o trabalho passa ao seu principal objetivo, consistente no estudo específico da disciplina conferida pela nova Lei de Licitações e Contratos ao instituto, momento em que investigamos cada uma das respectivas fases da nova modalidade licitatória e as peculiaridades a elas inerentes. Por fim, o artigo também examina o “diálogo competitivo” comparativamente a outras modalidades licitatórias participativas já existentes, destacando as principais diferenças que o fazem ser um instituto realmente inovador.

PALAVRAS-CHAVE

diálogo competitivo — licitação e contratos — Lei nº 14.133/2021

ABSTRACT

Inaugurating a new legislative discipline in public contracts, Law No. 14,133 of April 1, 2021 was enacted in good time, bringing important innovations compared to its predecessor. Among the novelties of the Law, stands out the prediction of the “competitive dialogue”, a bidding modality through which the Public Administration and the bidders, after negotiations, jointly develop technical solutions capable of meeting the needs of the contractor that led to the opening of the bidding procedure. The present work is dedicated to this institute. Seeking to examine the origins of the new bidding modality and understand the path taken until its inclusion in Brazilian legislation, the article begins by tracing an overview of administrative consensuality in contemporaneity and examining the theme in comparative law. Afterwards, the work moves on to its main objective, consisting in the specific study of the discipline conferred by the new Brazilian Bidding and Contract Law on the institute. At this moment, we investigate each respective phase of the new bidding modality and the peculiarities inherent to them. Finally, the article also examines the “competitive dialogue” compared to other existing participatory bidding modalities, highlighting the main differences that make it a truly innovative institute.

KEYWORDS

competitive dialogue — bidding and contracts — Law n. 14,133/2021

I. Introdução

O Estado é um dos maiores adquirentes de bens e serviços, celebrando diuturnamente centenas de contratos com fornecedores privados. Tais contratos envolvem, por óbvio, gastos de dinheiro público. Como o dinheiro é público, o Estado não pode escolher as empresas a serem contratadas ao seu bel-prazer. Tem de não apenas escolher a melhor proposta, dando as mesmas oportunidades para todos os potenciais interessados que se encontrarem na mesma situação, como também ter mecanismos para demonstrar que essa era a melhor proposta e de possibilitar o controle sobre tal decisão.

O fundamento mais substancial da licitação é o da igualdade (impessoalidade) de todos perante a Administração. Se o dinheiro a ser despendido com o contrato é da coletividade, deve ser dada a mesma oportunidade a todos os seus membros que sejam capazes de bem executar o contrato. Podem também ser citados, como valores dos quais a obrigatoriedade de licitação decorre, a moralidade e a economicidade, já que a abertura de oportunidade a todos os interessados que sejam aptos irá propiciar maior segurança quanto à Administração ter selecionado a melhor proposta disponível no mercado, sem proselitismos.

Com esses objetivos, a Administração Pública abre um processo em que, basicamente, divulga para a sociedade que está pretendendo celebrar um determinado contrato; vê, entre os que se apresentarem como interessados, quais têm condições de bem executar o contrato; e, entre estes, escolhe a proposta que for a melhor, de acordo com os critérios previamente estabelecidos (art. 37, XXI, CF). A licitação é, então, o processo pelo qual a Administração escolhe a melhor proposta para determinado contrato.

Seu ato final não é a efetiva celebração do contrato, que pode até nem vir a ser efetivamente celebrado, mas apenas a escolha da melhor proposta para ele. Trata-se de processo porque, além da sucessão de atos, dele participa uma pluralidade de sujeitos com interesses efetiva ou potencialmente contrapostos.

Em seu art. 37, XXI, a CF impõe a necessidade de prévia licitação para contratação por todos os entes da Federação e suas entidades da Administração indireta. A nosso ver, a licitação não é um princípio, mas sim uma regra,

impositiva de obrigação de fazer, que densifica os princípios da igualdade, moralidade, impessoalidade e economicidade em relação aos contratos do Estado. O art. 22, XXVII, 1ª parte, com a redação dada pela EC nº 19/1998, dispõe que compete à União a edição de normas gerais de licitação e contratos para todos os entes da Federação, suas autarquias e fundações, devendo tais normas gerais obedecer ao art. 37, XXI.

Durante quase três décadas, a legislação prevista na 1ª parte do inciso XXVII do art. 22 consubstanciou-se, sobretudo, na Lei nº 8.666/93, Lei Geral na matéria,¹ inclusive aplicável subsidiariamente a tipos de licitação tratados por outras leis nacionais especiais (do pregão, das licitações de concessão petrolífera, de concessões de serviços públicos, para serviços de publicidade – Lei nº 12.232/10 – etc.).

Inaugurando uma nova disciplina legislativa em relação às contratações públicas, contudo, foi editada, já em boa hora, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que, apesar de importantes oportunidades perdidas e do seu maximalismo, trouxe importantes inovações em relação à sua predecessora.

Entre as novidades da lei, destaca-se a previsão de uma nova modalidade licitatória, fortemente inspirada nas cada vez mais prestigiadas consensualidade e participação dos particulares nas decisões administrativas, denominada “Diálogo competitivo”.

A ela dedicaremos o presente trabalho.

II. Panorama geral da consensualidade e da participação dos particulares nas decisões administrativas e o princípio da indisponibilidade do interesse público

De acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público em sua versão tradicional, todas as competências conferidas ao administrador público têm em vista os interesses da sociedade tal como positivados na CF; essas competências, apesar de muitas vezes envolverem o exercício de prerrogativas unilaterais sobre os particulares, não são poderes propriamente ditos, mas sim funções, já que não são exercidas no interesse do Estado ou muito menos do agente público, mas sim da própria sociedade, consubstanciando,

¹ Como “norma geral”, apesar da baixa densidade desse conceito, identificam-se aquelas que, sem chegar a fixar especificidades, estabelecem princípios, os instrumentos imprescindíveis para sua efetividade, critérios básicos e as exceções a eles.

mais do que poderes, deveres. É assim que se diz que o administrador público deve exercer sua competência (dever-poder),² não lhe sendo dado, em teoria, omitir-se ou transigir com os particulares sobre a realização dos interesses que tem a seu cargo.

Também esse princípio vem passando por revisões doutrinárias que sugerem uma revisão de seu conteúdo original. Sustenta-se que a abertura do direito administrativo a uma certa consensualidade não constitui propriamente uma disponibilidade do interesse público, pois a celebração de um acordo (*lato sensu*) com o particular pode, em certos casos, melhor atender ao interesse público do que a mera e simples imposição unilateral.

O STF já adotou essa linha de raciocínio para admitir acordos administrativos até sobre matéria tributária típica, na qual vigeria o princípio da legalidade como reserva legal absoluta: “‘Protocolo individual’. Instrumento de intervenção econômica que impõe direitos e obrigações recíprocas. Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma” (RE nº 403.205).

Em outro caso, o STF, ao analisar a constitucionalidade de acordo celebrado pela Administração Pública sem prévia autorização legislativa, contra o qual se invocavam os argumentos de violação ao princípio da legalidade e de indisponibilidade do interesse público, considerou que, “no caso, o acordo serviu a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público, não havendo, assim, que se falar em ofensa ao art. 37 da Constituição Federal”. O acórdão foi assim ementado:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, que o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse.³

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 87-90.

³ REXTR n. 253.885-0-MG, Primeira Turma, rel. min. Ellen Gracie. A única ressalva que fazemos é que, como se depreende da própria ementa, não há uma atenuação da “indisponibilidade do interesse público”, já que o acordo até mesmo “melhor atenderá à últimação deste interesse”.

É também de se destacar a série de leis que expressamente admitem essa negociação, destacando-se os termos de ajustamento de conduta previstos na Lei da Ação Civil Pública como uma possibilidade negocial, substitutiva da aplicação de sanções legais, para todos os entes públicos, não apenas para o Ministério Público (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/1985). Disposições específicas semelhantes constam, entre outros, do art. 85 da Lei nº 12.529/2011 e do § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976 para o Cade e a CVM, entidades disciplinadoras respectivamente da concorrência e do mercado de capitais. Deve ser lembrada ainda a possibilidade de a lei do Plano Diretor prever áreas onde o particular pode negociar com o município a construção fora dos limites legais por meio da “outorga onerosa do direito de construir” prevista no Estatuto da Cidade.⁴

A Lei nº 9.873/1999 prevê genericamente a interrupção da prescrição de pretensões punitivas da Administração pública diante de “qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da Administração Pública federal” (art. 2º, IV), admitindo-a, portanto.

Essa possibilidade de negociação entre particular e Administração Pública para o alcance da melhor solução encontra terreno igualmente fértil no âmbito das contratações públicas. Embora materializada de forma distinta, a consensualidade no âmbito licitatório abre margem para um diálogo entre o contratante estatal e os possíveis contratados particulares cujo saldo pode ser bastante vantajoso para o interesse público.

O diálogo competitivo, figura há muito já consagrada no direito comparado, encontra-se justamente no âmbito desses procedimentos concorrenciais que permitem uma negociação entre o ente estatal contratante e os particulares, bem como coleta de informações destes para instruir uma melhor decisão administrativa. Conforme o art. 6º, XLII da Lei nº 14.133/2021, trata-se de

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.

⁴ “Art. 28. O plano diretor poderá fixar *áreas* nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário”.

Por meio de um procedimento negociado, portanto, Estado e particulares constroem, consensualmente, a solução mais adequada à persecução da finalidade pública almejada com o procedimento licitatório.

Antes de examinarmos a disciplina conferida pela nova Lei de Licitações e Contratos ao diálogo competitivo, contudo, analisaremos a experiência estrangeira com instituto, que, em grande medida, inspirou o tratamento do tema pelo legislador brasileiro na recente reforma legislativa.

III. Diálogo competitivo no direito comparado

Muito antes de ser encampado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o diálogo competitivo já encontrava terreno fértil no direito estrangeiro. Conforme ensina Pedro Telles, a necessidade de aquisições públicas flexíveis foi percebida no Reino Unido, duas décadas antes de a discussão eclodir até mesmo no restante da Europa, no final da década de 1990.⁵

Após o sucesso da experiência inglesa com o chamado *competitive dialogue*, o restante da União Europeia encampou essa forma menos verticalizada de contratação por meio da Diretiva 2004/18/CE, com aquilo que foi traduzido pela norma como “Diálogo Concorrencial”.

O legislador comunitário definiu, no art. 1º, item 11, c, da referida Diretiva que o “Diálogo Concorrencial” era

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

Nesta modalidade competitiva, portanto, a negociação com o particular se iniciaria antes mesmo do momento de definição exata do objeto a ser contratado, em um **misto de fase interna e fase externa** da licitação.

⁵ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese (doutorado em filosofia) — Universidade de Nottingham, Nottingham, 2010. p. 74.

Após 10 anos de vigência, a Diretiva 2004/18/CE foi revogada, dando lugar à Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, cujo principal escopo era, de acordo com seu item 2, revisar e modernizar a Diretiva 2004/18/CE, a fim de aumentar a eficiência da despesa pública e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para atingir os objetivos sociais comuns.

Nesse sentido, a nova Diretiva não só previu o Diálogo Concorrencial como uma alternativa licitatória, como destacou, no item 42 de seus “Considerandos”, que aquela modalidade

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

A matéria é tratada sobretudo a partir do art. 30 da Diretiva, que inovou no sentido de ter um artigo específico para delinear as possibilidades de utilização do procedimento. Ao contrário da norma anterior, que previa genericamente apenas que o diálogo poderia ser utilizado em casos de contratos particularmente complexos, o art. 26 da Diretiva 24/2014/EU estabeleceu as situações específicas em que a Administração Pública poderia utilizar o mecanismo dialógico.⁶

⁶ “a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios: i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis, ii) os produtos ou serviços incluem a concessão ou soluções inovadoras, iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associados, iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na acessão dos pontos 2 a 5 do Anexo VII; b) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços, se, em resposta a um concurso aberto ou limitado, só tiverem sido apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis. Nestas situações, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a publicar um anúncio de concurso se incluírem no procedimento todos os proponentes, e exclusivamente os proponentes, que satisfaçam os critérios referidos nos artigos 57º a 64º e que, no concurso aberto ou limitado anterior, tenham apresentado propostas que correspondam aos requisitos formais do procedimento de contratação”.

Explicitando o procedimento trazido pela Diretiva, Thiago Marrara leciona que:

Essa modalidade abarca agentes econômicos que solicitem participação e recebam um convite do ente contratante após a avaliação das informações iniciais prestadas. É possível que o diálogo se desenvolva em fases sucessivas com o objetivo de reduzir o número de soluções gradualmente, permitindo à autoridade manter um ou mais soluções aptas a satisfazerem suas necessidades. Depois de encerrado, a entidade contratante solicita a cada participante que “apresente as suas propostas finais com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo”, nelas contemplando todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto. Mesmo nessa fase, a autoridade está autorizada a requerer esclarecimentos, detalhamentos e aprimoramentos da proposta, desde que não se alterem seus elementos fundamentais nem se desrespeitem os requisitos estabelecidos no início da licitação e os itens do memorial descritivo. A seleção da proposta especificamente há que se pautar no critério da melhor relação qualidade/preço. Feito o julgamento, permite-se à autoridade empreender negociações adicionais para confirmar os compromissos financeiros ou outros termos nela constantes no intuito de finalizar os termos do contrato, respeitando-se novamente os aspectos essenciais estabelecidos no ato convocatório e o princípio da não discriminação.⁷

Em linha com essas diretrizes do Direito europeu, o instituto também foi expressamente encampado por países diversos do velho continente.

Em Portugal, a matéria foi disciplinada no Código dos Contratos Públicos (CCP), em 29 de janeiro de 2008, sobretudo em seu art. 30, que versa sobre as hipóteses de sua aplicação, e nos arts. 204 a 218, que tratam especificamente do tema. Além desses dispositivos, chamamos atenção para o art. 16 do CCP, que erigiu o diálogo concorrencial como um dos procedimentos necessários para a formação de contratos públicos; o art. 33, que trouxe vedações ao uso do diálogo competitivo; e o art. 40, que especificou as peças que deverão constar no procedimento.

⁷ MARRARA, Thiago. *Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias*. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias. Acesso em: 22 ago. 2021.

Na Espanha, a matéria foi disciplinada pela Lei 30/2007, a chamada “Ley de Contratos del Sector Público”. Conforme a Exposição de Motivos IV, 3, o “diálogo competitivo” foi “pensado para contratos de alta complexidade em que a definição final do seu objeto só pode ser obtida através da interação entre a entidade adjudicante e os proponentes”. De forma geral, a Lei de Contratos do Setor Público disciplinou o diálogo competitivo entre os arts. 163 a 167, sendo, muitos desses, cópias quase literais do previsto na Diretiva 2014/24.

Na Alemanha, o “Diálogo Concorrencial” foi incorporado sob o nome de “*Wettbewerblicher Dialog*”, cuja ideia básica, nas palavras de Ralf P. Schenke, era

combinar elementos do procedimento de negociação flexível com o procedimento de adjudicação clássico e estritamente formalizado. Isto significa que o procedimento de adjudicação é essencialmente uma terceira via entre o procedimento aberto e o procedimento por negociação.⁸

O instituto foi ainda recepcionado por países como Itália, pelo Código de Contratos Públicos de 2006 (Codice dei Contratti Pubblici – Decreto Legislativo 163); França, por meio do Código de 2006 (Code des Marchés Publics); e Reino Unido, por meio do Regulamento de Contratos Públicos de 2006 (The Public Contracts Regulation), todos em disciplina consentânea, em maior ou menor medida, às Diretivas europeias anteriormente expostas.

As compras públicas nos EUA possuem características comparáveis com aquelas europeias. Para tal conclusão, faz-se necessário obter uma compreensão básica da licitação no referido país.

O ordenamento jurídico norte-americano prevê, de maneira central, quatro modalidades licitatórias, quais sejam:

- (a) procedimentos simplificados (*simplified procedures*), para compras, em regra, abaixo de US\$ 150.000,00;
- (b) propostas fechadas, ou *sealed bidding*, quando as necessidades são claras, delimitadas e completas;
- (c) negociação contratual, quando exceder US\$ 150.000,00 ou requerer análise técnica apurada do produto ou serviço;
- (d) programas

⁸ SCHENKE, Ralf P. *Der Wettbewerblicher Dialog*. p. 81. Disponível em: https://publishup.uni-potsdam.de/files/2776/kwi_schr01_online_2009_03_18_btr06.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

consolidados de compra, ou *consolidated purchasing programs*, para compras de necessidades comuns.⁹

A disciplina dessas modalidades encontra-se no Federal Acquisition Regulation (FAR).¹⁰ No que concerne ao procedimento licitatório com abertura para negociação, tem-se a “*negotiated acquisitions*”, negociação contratual, ou aquisição negociada, que é definida como “a modalidade de licitação onde haverá procedimentos outros, que não simplesmente propostas fechadas”,¹¹ assemelhando-se, assim, ao diálogo competitivo presente na União Europeia.

Tal elo comparativo pode ser traçado, tendo em vista que a aquisição negociada “possibilita ao governo conduzir discussões, avaliar as propostas e conceder o contrato utilizando outros fatores além do preço, tais como experiência gerencial, tecnologia adotada e desempenho do proponente no atendimento de contratos anteriores”.¹²

Dessa forma, “a legislação prevê processo de trocas de informações com os interessados tanto antes quanto depois do recebimento das propostas”. Esta modalidade pode ser feita de duas formas, quais sejam: “por meio de aquisições de fonte única ou com negociações competitivas com número limitado de convidados. Na segunda, os procedimentos são preparados para minimizar as complexidades do aviso de licitação, da avaliação e da decisão final”.¹³

Nessa modalidade, as propostas podem ser apresentadas oralmente, contudo, deve documentar-se essa por escrito com “as certificações, as eventuais exceções aos termos da licitação e uma folha assinada da proposta”.

⁹ OLIVEIRA, Christiaan Allessandro Lopes de. Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América. Análise sucinta acerca das principais modalidades de compras de bens e serviços, bem como dos principais instrumentos contratuais decorrentes ou antecedentes. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Christiaan_deOliveira.html. Acesso em: 5 jul. 2016.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal acquisition regulation*. Disponível em: www.acquisition.gov/?q=browsefar. Acesso em: 5 jul. 2016.

¹¹ MARQUES, Felipe Silveira. *Compras públicas no Brasil e EUA: análise da concorrência segundo o paradigma estrutura-conduta-desempenho*. Brasília: Esaf, 2005. Monografia premiada em 3º lugar no X Prêmio Tesouro Nacional — 2005, Tópicos Especiais de Finanças Públicas, Brasília. Disponível em: www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XPremio/financas/3tefpXPTN/resumo.htm. Acesso em: 5 jul. 2016. p. 41.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

Além disso, o “órgão deve manter registros das apresentações orais para documentar como ocorreu o processo de seleção”.¹⁴

A operacionalidade básica dá-se por meio de uma “chamada de propostas (*request for proposals* — RFP), pela qual o ente licitante solicita propostas de possíveis contratantes englobando tanto a forma pela qual pretendem executar o contrato quanto o preço almejado”. Além disso, após “as propostas serem apresentadas, é possível uma fase de negociação entre a agência ou o ente e o proponente”.¹⁵

Outra especificidade a ser considerada é a existência de um “processo de *tradeoff*”, que permite considerar fatores outros que não o preço e a tecnologia do ofertante”. Assim, a legislação reconhece que a importância relativa do preço do bem ou serviço pode variar segundo as circunstâncias de cada aquisição.¹⁶

Além disso, as razões para esses *tradeoffs* precisam ser documentadas nos registros da licitação¹⁷ e devem incluir: “todos os fatores que serão considerados e sua importância relativa (inclusive se a performance passada do ofertante estiver entre os critérios), assim como, o peso de cada fator que não o preço terá na avaliação”.¹⁸

IV. Diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021

No Brasil, o instituto, erigido de forma pioneira pela nova Lei de Licitações e Contratos, foi denominado “diálogo competitivo”. Como já adiantado, a previsão da nova lei inaugurou uma modalidade de licitação por meio da qual a Administração Pública e os particulares licitantes desenvolvem, após negociações desempenhadas durante a própria licitação, soluções técnicas inovadoras capazes de atender às necessidades do contratante que levaram à abertura do procedimento licitatório.

¹⁴ Estados Unidos da América, *Federal acquisition regulation*, op. cit.

¹⁵ Christiaan Allessandro Lopes de Oliveira, *Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América*, op. cit.

¹⁶ Estados Unidos da América, *Federal acquisition regulation*, op. cit.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Felipe Silveira Marques, *Compras Públicas no Brasil e EUA*, op. cit., p. 42.

Nas palavras de Alexandre da Cunha Filho e Alexandra Fuchs de Araújo,

a Lei aponta para a agregação da gestão da inovação ao Direito Público em geral, e ao Direito Administrativo em particular, adotando a linha seguida desde Freeman no final da década de 1980, ou seja, a ideia de que as interações entre os atores econômicos, sociais e políticos são relevantes e podem fortalecer ou restringir suas capacidades de aprendizado e pesquisa e, como resultado, aumentar ou inibir o desenvolvimento, divulgação e o uso de inovações do país.¹⁹

Vê-se assim o especial vínculo que o diálogo competitivo pode ter com a inovação tecnológica, podendo ser inclusive aplicado em combinação com a legislação de proteção e fomento dos programas públicos e privados de inovação tecnológica.

Expressamente previsto pelo art. 28 da Lei nº 14.133/2021 como modalidade geral de licitação, o diálogo competitivo teve seu âmbito de incidência ampliado pelos arts. 179 e 180 da nova Lei de Licitações e Contratos, alterando as Leis nºs 8.987/1995 e 11.079/2004, para as licitações de concessões comuns de serviços públicos e parcerias público-privadas, respectivamente.

A disciplina legal conferida ao diálogo competitivo foi trazida, sobretudo, pelo art. 32 da Lei nº 14.133/2021, que, logo em seu *caput*, deixou claro se tratar de modalidade licitatória excepcional, cabível apenas em hipóteses específicas bem delineadas, em sentido bastante parecido, inclusive, com as disposições já examinadas da Diretiva 2014/24/EU. Segundo o dispositivo:

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

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

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

¹⁹ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. *Estudos sobre a Lei 14.133/2021*. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 40.

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

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

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

Para fins de enquadramento no inciso I anteriormente transcrito, o diálogo competitivo se justificaria quando as alternativas técnicas conhecidas e postas genericamente no mercado não são suficientes para alcançar a finalidade da contratação. Assim, uma vez cumpridos os requisitos cumulativos do dispositivo,²⁰ a legislação autoriza o Estado a recorrer à criatividade do setor privado para que ambos, em um diálogo dinâmico, construam, juntos, a melhor solução para a promoção dos objetivos pretendidos. Como o próprio dispositivo já enuncia, essa hipótese tem lugar principalmente nos projetos disruptivos que a Administração eventualmente deseje executar, mas que demandam soluções igualmente inovadoras para serem realizados.

Já o inciso II cuida das hipóteses em que a Administração, ante duas ou mais alternativas passíveis de serem adotadas para a realização de seus objetivos, tem dúvidas sobre a mais adequada, razão pela qual recorre à *expertise* do setor privado para definir o melhor desenho técnico, jurídico

²⁰ Segundo Jessé Torres Pereira Junior, “O ‘e’ que precede o terceiro requisito significa que se trata de exigências cumulativas, ou seja, para que seja cabível a modalidade do diálogo competitivo se impõe a presença concomitante dos três requisitos enumerados no inciso I, do art. 32, devidamente comprovados nos autos do respectivo processo administrativo” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Do diálogo à repressão nas contratações administrativas, em contexto de pandemia. *ONLL*, s.l., 2020. Disponível em: www.novalelicitacao.com.br/2020/09/30/dodialogo-a-repressao-nas-contratacoes-administrativas-em-contexto-de-pandemia. Acesso em: 23 ago. 2021.

ou financeiro do contrato, por exemplo. Neste inciso, especificamente, a expressão “com destaque para os seguintes aspectos” (inclusive, destaque-se, para modelagens jurídicas inovadoras) parece deixar claro que as alíneas “a”, “b” e “c” não esgotam as possibilidades de uso do instituto do diálogo competitivo, que pode ser utilizado para a pesquisa de outras alternativas relevantes para o projeto, além daquelas ilustrativamente trazidas pela lei.

De uma forma ou de outra, apesar das tentativas legais de restringir o cabimento do instituto, em ambos os casos, os requisitos legais para a utilização do diálogo competitivo encontram-se descritos em normas relativamente amplas.

Por essa razão, a motivação da escolha por essa modalidade em detrimento de outras, de aplicação mais geral, será aspecto essencial para a juridicidade do procedimento. Tratando-se de hipótese licitatória excepcional, portanto, a Administração deve ser capaz de, com base em dados não só jurídicos, mas técnicos, econômicos etc., demonstrar que o diálogo competitivo era o instrumento que, concretamente, mais bem contemplava os anseios públicos, em razão da natureza disruptiva do objetivo que se buscava alcançar.

Comprovado o cabimento do diálogo competitivo, este procedimento licitatório se desenvolve em três fases consecutivas: (i) fase de qualificação; (ii) fase de diálogo; e (iii) fase de competição. A primeira e a última são fases rígidas e objetivas, que obedecem à racionalidade procedimental encampada nas modalidades licitatórias já consagradas, de modo que a grande novidade é mesmo a fase intermediária do diálogo.²¹ Ao longo dos próximos subtópicos, examinaremos cada uma delas, dando natural destaque à segunda etapa desse procedimento.

²¹ Nas palavras de Rafael Sérgio Lima de Oliveira, “a primeira fase, referente à qualificação dos candidatos interessados em participar do diálogo, e a última, a de julgamento das propostas, são rígidas e transparentes, uma vez que nessas etapas as decisões tomadas pela Administração ocorrem com base em critérios objetivos previamente fixados nos instrumentos de publicidade e sem o manto do sigilo. Como se verá mais adiante, é só na segunda fase do procedimento em estudo que os candidatos admitidos na primeira etapa (a qualificação) são chamados a dialogar exclusivamente com a Administração e com as seguintes flexibilidades: a) desnecessidade de esse diálogo ser publicizado; b) possibilidade de alteração de sua proposta inicial em razão do debate com a autoridade adjudicatória; c) considerável grau de discricionariedade da Administração em decidir pela solução adequada” (OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 23 ago. 2021).

IV.1 Fase de qualificação

O diálogo competitivo se inicia com a pré-seleção dos licitantes. Conforme o art. 32 da Lei nº 14.133/2021:

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I — a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

II — os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

Neste primeiro momento, a Administração divulga o edital e apresenta seus objetivos ao mercado, abrindo o prazo de, no mínimo, 25 dias úteis para que os agentes privados manifestem seu interesse em participar do procedimento.²² Tratando-se de objetos complexos, o prazo mínimo poderá e deverá ser naturalmente estendido, possibilitando que todos os virtuais interessados ponderem sobre a proposta e, se assim desejarem, apresentem as suas qualificações.

Importante ponto de destaque é que o legislador não prevê, pelo menos neste primeiro momento, uma fase de habilitação propriamente dita, vinculada às disposições específicas dos arts. 62 e seguintes da Lei nº 14.133/2021. Trata-se, na verdade, de uma etapa prévia em que se garante boa margem de discricionariedade ao ente público na definição dos critérios da seleção dos particulares que permanecerão no certame.

Muito embora os documentos de habilitação devam ser oportunamente exigidos, a fase de pré-seleção cuida de uma etapa adicional e preliminar, garantida pela lei como um espaço de atuação propositalmente amplo, dentro do qual a Administração licitante poderá filtrar os particulares que posteriormente apresentarão suas contribuições.

²² Note-se que, ao contrário do que sucede na União Europeia, a nossa lei admite a iniciativa apenas da própria Administração Pública para o diálogo competitivo, ressalvado o direito geral de petição e de apresentação de sugestões por particulares ao Estado.

Não há, portanto, uma definição exaustiva de critérios ou pré-requisitos nesta fase de pré-seleção. Os termos e condições necessários para o prosseguimento no certame ficarão a cargo do instrumento convocatório, devendo ser, todavia, objetivamente aferíveis. Todavia, ampliar os possíveis requisitos de qualificação não significa admitir uma análise subjetiva dos candidatos. A avaliação qualitativa nesta fase preliminar deve obedecer aos critérios gerais, os mais objetivos possíveis, descritos no edital (art. 32, §1º, II).

Atendidos os pré-requisitos descritos no instrumento convocatório, permanecerão na disputa todos os licitantes qualificados.

Nesse ponto, importante destacar que, ao contrário, por exemplo, da Diretiva 2014/24/EU, que autoriza a fixação de um número máximo de candidatos (art. 30º, item 1), a nova Lei de Licitações e Contratos brasileira estabeleceu de forma expressa a impossibilidade de a Administração limitar o número de participantes qualificados, prevendo que “serão admitidos **todos** os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos”.

Embora a escolha do legislador seja absolutamente válida e encontre bases, sobretudo, no princípio da impessoalidade, que, em última análise, justifica a própria realização dos certames públicos, Rafael Lima de Oliveira alerta que “o que deve ser notado quanto a essa possibilidade de limitação do número de participantes é 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”.²³

Buscando, assim, compatibilizar os princípios constitucionais justificadores da licitação com a eficiência procedimental do diálogo competitivo, o autor dá como exemplo os limites trazidos pela Diretiva europeia de 2014, quais sejam:

- a) os critérios de seleção e de classificação devem obedecer a um padrão objetivo (artigo 65º, item 2);
- b) o número máximo de candidatos deve ser fixado de modo a garantir uma quantidade de operadores econômicos suficiente para uma concorrência real (artigo 65º, item 2);
- c) o número máximo de candidatos a serem convidados nunca poderá ser inferior a três, ou seja, a Diretiva exige um número mínimo de três candidatos na fase do diálogo (artigo 65º, item 2).²⁴

²³ Rafael Sérgio Lima de Oliveira, *O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro*, op. cit.

²⁴ Ibid.

O acerto ou desacerto dessa ausência de limitação do número de participantes será algo que somente poderá ser verificado na experiência prática do instituto. Fato é que, na redação atual da Lei, uma vez preenchidos os pré-requisitos previstos pelo edital, todos os licitantes qualificados seguem na disputa e inauguram a segunda fase do procedimento, consistente, justamente, na fase do diálogo entre a Administração e os agentes privados.

IV.2 Fase do diálogo

Inaugurada a fase do diálogo, tem início a etapa negocial, na qual Administração e particular efetivamente passam a discutir os termos do negócio, com vistas a alcançar a melhor solução para o alcance do objetivo pretendido. Por natureza, trata-se de fase mais flexível e dotada de maior discricionariedade, uma vez que os próprios contornos do objeto da contratação são definidos nesta etapa à medida que as soluções vão aparecendo e as condições apresentadas pelos licitantes vão sendo constantemente avaliadas e reavaliadas pela comissão processante.

Importante frisar que, ao contrário de outras modalidades licitatórias participativas já encampadas pelo ordenamento brasileiro, às quais dedicaremos subtópico específico ainda neste trabalho,²⁵ a fase negocial do diálogo competitivo se desenvolve já durante o curso do próprio procedimento licitatório. As flexibilizações de possíveis objetos e o debate sobre eles não são, portanto, anteriores ou posteriores ao certame público, mas concomitantes ao seu desenvolvimento, posto ser condição essencial ao seu próprio rito.

Cuidando do tema, a nova lei positivou expressamente a necessidade de a Administração Pública respeitar a isonomia entre os licitantes, garantindo-lhes a necessária simetria informacional. Conforme o inciso III, do § 1º, do art. 32, “a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada”.

Especificando o que já estava previsto, a lei também estabeleceu, em seu art. 32, § 1º, IV, que “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento”. No curso das negociações a serem empreendidas entre o poder público com os particulares, a Administração, portanto, deve

²⁵ Cf. tópico V.

respeitar o sigilo das informações, sobretudo, técnicas repassadas pelos concorrentes. Em outras palavras, as negociações levadas a cabo pelo Estado com cada um dos licitantes pré-qualificados serão sempre sigilosas. Muito embora as reuniões negociais devam ser necessariamente gravadas em mídias digitais e registradas em atas para fins de controle posterior (art. 32, § 1º, VI), os dados apresentados pelos particulares não poderão ser repassados a outros licitantes sem que haja consentimento prévio e explícito daquele concorrente.

A construção de alternativas técnicas para o contrato deve ser feita de forma individual, de modo a potencializar as ideias que cada um dos licitantes, no exercício de suas *expertises*, pode desenvolver. Com efeito, ao contrário do que se dá em outros ordenamentos, entre nós a negociação ocorre **com cada um dos pré-qualificados individualmente, não com eles coletivamente**, nem, muito menos, destes entre si.

De acordo com o inciso V, do mesmo art. 32, § 1º, “a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades”. Não há, portanto, limite temporal máximo para o período de desenvolvimento do diálogo, que poderá ser mais ou menos demorado, a depender da complexidade da finalidade almejada e da capacidade dos pré-qualificados em atingir soluções com maior ou menor presteza.

Verifica-se, aqui, novamente, a grande discricionariedade da Administração na condução do procedimento, que poderá ser aperfeiçoado em quantas sessões de debate forem necessárias para que o objeto da contratação seja adequadamente delimitado. Cada vez mais distante, portanto, a nunca na prática atingida ideia da licitação como um procedimento sempre inteiramente objetivo e vinculado.

Na forma do inciso VII, inclusive, “o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas”. Dito em outras palavras, diante da ausência de prazo máximo para a conclusão da fase dialógica, a Administração poderá prever, previamente, no instrumento convocatório, etapas negociais sucessivas, eliminatórias ou não, durante a fase do diálogo. Não necessariamente, portanto, o poder público deverá escolher a melhor solução em uma única rodada de negociação. A lei admite que o contratante vá filtrando as melhores soluções gradativamente, até chegar à melhor solução.

Como já adiantado, todas essas sessões de negociação deverão ser documentadas, em prestígio aos princípios da publicidade e transparência. Conforme o inciso VI do art. 32, § 1º, “as reuniões com os licitantes pré-selecionados

serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo”. Com a descrição em ata e, sobretudo, com as gravações em áudio e vídeo, põe-se à disposição dos órgãos de controle e da sociedade instrumentos para verificação de eventuais irregularidades no procedimento. ***A contrario sensu, serão ilegais quaisquer negociações ou interlocuções entre os agentes públicos e os licitantes que sejam fora desses registros.***

Aspecto procedimental relevante é trazido pelo inciso XI, do art. 32, § 1º, cujo teor estabelece que

o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

Em função de sua natural complexidade, portanto, o diálogo competitivo não será operacionalizado pelos agentes públicos normalmente designados para atuar na área de licitações e contratos, conforme o Capítulo IV da Lei nº 14.133/2021, mas por comissão de contratação especificamente constituída para esse fim, admitida a contratação, possivelmente por notória especialização, de terceiros para o assessoramento da comissão, até porque muitas administrações não possuem três servidores efetivos com conhecimento suficiente na matéria, necessariamente complexa.

O julgamento das propostas apresentadas no diálogo competitivo exigiria profissionais extremamente qualificados. Entretanto, em tese, não se trataria de uma demanda contínua, o que desestimularia manter permanentemente um corpo de funcionários públicos com conhecimento para tanto.²⁶

Finalizada a etapa de diálogo com os licitantes previamente qualificados, a Administração Pública definirá a modelagem técnica, jurídica e econômica do objeto a ser contratado e iniciará a fase derradeira, consistente na tradicional concorrência entre os agentes privados. Na forma do inciso VIII do art. 32, § 1º:

²⁶ Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho e Alexandra Fuchs de Araújo, *Diálogo competitivo*, op. cit., p. 69.

A Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias *úteis*, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto.

Tem início, então, a última fase do diálogo competitivo, consistente na concorrência entre os privados para a apresentação da melhor proposta.

IV. 3 Fase competitiva

Após definir a solução mais adequada aos seus objetivos por meio de um diálogo amplo entre os concorrentes, o ente estatal vai selecionar aquele agente privado que apresentar, dentro do escopo delineado na fase anterior, a proposta mais vantajosa. Nos termos do inciso IX, “a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado”.

Frise-se: a fase competitiva, embora decorrente dela, é autônoma em relação à fase do diálogo, de modo que não necessariamente aquele que formulou a melhor solução técnica para a consecução do objetivo da Administração será o que apresentará a proposta mais vantajosa e, portanto, vencerá a licitação. Não há uma coincidência necessária, portanto, entre o concorrente que apresentar a melhor solução, na fase dialógica, e aquele que oferecer a proposta mais vantajosa, na fase competitiva.

Importante ressaltar que, embora se trate de fase muito mais objetiva, bastante similar ao que normalmente se verifica nas concorrências, por exemplo, a lei, também aqui, não definiu um critério fechado para conceituar essa “proposta mais vantajosa”. A Administração, ao defini-lo no início da fase competitiva, pode, portanto, prestigiar o melhor preço, a melhor técnica etc., desde que tais critérios também sejam objetivamente aferíveis. Destaca-se que, na forma da lei, esse critério não precisará ser necessariamente estabelecido no próprio edital, podendo ser descrito “no início da fase competitiva”, após a definição do objeto a ser contratado.

De acordo com o inciso IX, do art. 32, § 1º, a Administração ainda “poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas”, em mais uma demonstração da preocupação do legislador em manter dinâmica a concorrência em todas as etapas do procedimento e a existência de um **prolongamento, em certa medida, do diálogo já (também) na fase competitiva.**

V. O diálogo competitivo e outras formas de participação de particulares em decisões administrativas sobre contratações públicas

A fim de dirimir quaisquer dúvidas acerca do conceito e cabimento do diálogo competitivo, examinaremos, no presente tópico, de maneira breve, as diferenças entre o novo instituto e outras formas de participação de particulares em decisões administrativas sobre contratações públicas já previstos anteriormente, como o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); a Manifestação de Interesse Privado (MIP); e a Contratação Integrada.

Um dos primeiros exemplos de procedimentos negociados incorporados pelo Direito brasileiro foi o PMI, regulamentado originalmente pelo Decreto Federal nº 8.428/2015 e expressamente previsto pela Lei nº 14.133/2021 como um dos procedimentos auxiliares das licitações e das contratações públicas.

Por meio do PMI, a Administração Pública, ao expor suas demandas, recebe estudos, levantamentos e projetos que, uma vez aprovados pelo crivo da Administração contratante, poderão ser empreendidos concretamente. Trata-se de “importante instrumento de que a Administração Pública pode valer-se, facultativamente, para suprir a sua insuficiência de conhecimento técnico, indispensável para a estruturação de grandes empreendimentos”.²⁷

Neste caso, todavia, a Administração Pública, reconhecendo a sua limitada *expertise*, consulta particulares **previamente à abertura da licitação — que poderá ocorrer ou não** — para que este elabore uma solução viável aos interesses estatais. Ao contrário do que ocorre na nova modalidade licitatória, no PMI o diálogo entre Administração e particulares ocorre antes mesmo da

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2018. p. 407.

abertura de qualquer certame, que, a depender de um juízo de conveniência e oportunidade da Administração, pode até mesmo não ocorrer.

Além dessas diferenças, o diálogo competitivo distingue-se do PMI, pois, naquele, há

- (i) a limitação do universo de participantes a licitantes previamente selecionados e efetivamente interessados no objeto da disputa;
- (ii) a previsão de fase específica para aprofundamento do diálogo entre Administração Pública e iniciativa privada, que poderá ser mantida até que a Administração Pública identifique a solução que atende às suas necessidades;
- (iii) a vinculação entre a fase negocial e a etapa de disputa, o que a um só tempo, (iii.1) estimula a construção de soluções consistentes e adequadas aos objetivos almejados com a contratação, e (iii.2) assegura a participação, na fase de disputa, apenas dos agentes que efetivamente estudaram e compreenderam a complexidade do negócio em discussão.²⁸

Já no caso da MPI, igualmente regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.428/2015, é o próprio particular que, ao identificar uma necessidade estatal, provoca formalmente a Administração a fim de que seu projeto seja analisado. Havendo concordância por parte do poder público quanto à utilidade da proposta, o órgão ou entidade provocada pelo particular inicia um processo de contratação com a publicação de um edital de Chamamento Público.

Aqui, assim como no PMI, o diálogo travado entre Administração Pública e particular também se dá de maneira prévia à abertura da licitação, que só será iniciada caso venha a haver uma decisão do poder público nesse sentido.

Finalmente, o diálogo competitivo também difere da Contratação Integrada, já prevista em outros diplomas legislativos como o Estatuto das Estatais, e definida, no art. 6º, XXXII, da própria Lei nº 14.133/2021, como

regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

²⁸ RODRIGUES, Fernanda; ZAGO, Marina. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br/2019-nov-11/opinioaodialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas. Acesso em: 23 ago. 2021.

Conforme a definição da própria Lei de Licitações, na Contratação Integrada, há a condição de o particular elaborar os projetos básico e executivo, com todas as suas soluções técnicas. Mas já na condição de contratado, após, portanto, a finalização da licitação. Diferentemente do diálogo competitivo, portanto, em que a interação entre Administração e particular ocorre no âmbito da licitação, na Contratação Integrada a licitação já ocorreu sem essa flexibilidade.

VI. Conclusão

O diálogo competitivo é, portanto, uma nova modalidade licitatória prevista pela Lei nº 14.133/2021 que, em prestígio à crescente tendência da consensualização e participação dos particulares nas decisões administrativas, busca promover, no âmbito do próprio procedimento licitatório, uma negociação entre poder público e particulares com vistas a uma construção conjunta da solução técnica mais adequada para um objeto contratual especialmente complexo e inovador.

Aplicável, inclusive, às licitações envolvendo contratos de concessão ou projetos de PPP, o diálogo competitivo é disciplinado na nova Lei de Licitações e Contratos, dividindo-se em três fases principais: (i) fase de pré-qualificação; (ii) fase dialógica; e (iii) fase competitiva.

O instituto não se confunde com outras formas negociais de licitação, como o PMI, o MPI, ou mesmo a Contratação Integrada, pois, ao contrário desses institutos, a fase de negociação inerente ao diálogo competitivo desenvolve-se durante o próprio procedimento licitatório.

Apesar de ser uma importante e alvissareira novidade no direito brasileiro, devemos ter em vista também que não tem só aspectos positivos. Devemos também ter em mente alguns problemas que o instituto pode gerar, até para que sejam prevenidos.

Embora se trate de mecanismo realmente eficaz para a materialização de projetos inovadores por parte da Administração Pública, sua utilização nem sempre será vantajosa, já que, pela própria natureza do procedimento, a competição pode ser por vezes prejudicada. Não é difícil imaginar, ilustrativamente, um cenário em que a melhor solução desenhada por determinado particular, por questões tecnológicas, só seja exequível pelo próprio licitante que propôs aquela alternativa.

A própria natureza do procedimento também pressupõe que os particulares realizem estudos complexos sem qualquer garantia de sua contratação, o que pode limitar a concorrência apenas aos agentes econômicos que tenham especial capacidade de risco e econômica.

Assim, quaisquer previsões normativas ou editalícias que busquem ao menos mitigar esse possível desequilíbrio concorrencial, ainda que já no bojo da licitação, serão absolutamente pertinentes.

Tratando-se de instituto novo no direito brasileiro, o diálogo competitivo certamente suscitará muitas outras discussões, acerca das quais só teremos respostas com o passar do tempo, sendo o presente trabalho uma abordagem inicial.

Para tanto, porém, é preciso que o instrumento comece já a ser aplicado na prática.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. *Estudos sobre a Lei 14.133/2021*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2018.

MARQUES, Felipe Silveira. *Compras públicas no Brasil e EUA: análise da concorrência segundo o paradigma estrutura-conduta-desempenho*. Brasília: Esaf, 2005. Monografia premiada em 3º lugar no X Prêmio Tesouro Nacional — 2005, Tópicos Especiais de Finanças Públicas, Brasília. Disponível em: www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XPremio/financas/3tefpXPTN/resumo.htm. Acesso em: 5 jul. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poder de sanção — órgão regulador — Aneel. *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, p. 353-370, 1º jul. 2000.

MARRARA, Thiago. *Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias*. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias. Acesso em: 22 ago. 2021.

OLIVEIRA, Christiaan Allessandro Lopes de. Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América. Análise sucinta acerca das principais modalidades de compras de bens e serviços, bem como dos principais instrumentos contratuais decorrentes ou antecedentes. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Christiaan_deOliveira.html. Acesso em: 5 jul. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 23 ago. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Do diálogo à repressão nas contratações administrativas, em contexto de pandemia. *ONLL*, s.l., 2020. Disponível em: www.novaleilicitacao.com.br/2020/09/30/dodialogo-a-repressao-nas-contratacoes-administrativas-em-contexto-de-pandemia. Acesso em: 23 ago. 2021.

RODRIGUES, Fernanda; ZAGO, Marina. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas. Acesso em: 23 ago. 2021.

SCHENKE, Ralf P. *Der Wettbewerblicher Dialog*. Disponível em: https://publishup.uni-potsdam.de/files/2776/kwi_schr01_online_2009_03_18_btr06.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese (doutorado em filosofia) — Universidade de Nottingham, Nottingham, 2010.