CENTRO DE LIDERANÇA PÚBLICA - CLP
MASTER EM LIDERANÇA E GESTÃO PÚBLICA - MLG

BRÁULIO HUMBERTO DA SILVA
MARIA LETÍCIA MACHADO DA SILVA
NAYARA DE SOUZA ARAUJO
PAULO ROBERTO SBARAINI LUNARDI
THOMAZ TOMMASI FILHO

Invertendo a lógica licitatória: expectativas do uso do Diálogo Competitivo no Estado Brasileiro

São Paulo
2023

BRÁULIO HUMBERTO DA SILVA
MARIA LETÍCIA MACHADO DA SILVA
NAYARA DE SOUZA ARAUJO
PAULO ROBERTO SBARAINI LUNARDI
THOMAZ TOMMASI FILHO

Invertendo a lógica licitatória: expectativas do uso do Diálogo Competitivo no Estado Brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à coordenação do curso de pós-graduação *lato sensu*, nível Especialização, denominado Master em Liderança e Gestão Pública – MLG, vinculado ao Centro de Liderança Pública – CLP e ao Instituto Singularidades, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Especialista em Liderança e Gestão Pública

São Paulo
2023

PRÓLOGO

As aulas da 7ª turma do Master em Liderança e Gestão Pública tiveram início em agosto de 2020, em plena pandemia de Covid-19, trazendo pelo menos dois grandes desafios para os seus componentes: primeiramente, o de suplantar um obstáculo interno e ser capaz de promover a criação de conexões reais entre líderes de diferentes lugares do Brasil, ainda que no formato de encontros *online*; o segundo, por sua vez, envolve o estímulo externo para a realização de uma discussão concreta sobre gestão pública, diante de um cenário de tantas incertezas.

Chegado o momento de conclusão do curso, enquanto grupo, ao olharmos a nossa trajetória durante o MLG com o objetivo de decidir o tema do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), procuramos identificar um assunto que nos permitisse mobilizar os aprendizados obtidos não somente a partir das diferentes trilhas do MLG (gestão, política, liderança e método), mas das nossas trajetórias profissionais (no setor privado, público e terceiro setor); de nossos estados de origem (Pernambuco, Minas Gerais, Espírito Santo, São Paulo e Rio Grande do Sul) e, por que não, das nossas personalidades, perspectivas e vontades políticas distintas.

A escolha do tópico Diálogo Competitivo, inserido no tema de Compras Públicas, se deu, portanto, pelo desejo de escrever sobre um assunto atual, de interesse da gestão pública e capaz de gerar impacto a partir da discussão de possibilidades de aplicação de um método inovador. A opção pelo formato de artigo científico é fruto da ambição de que o documento seja lido por aqueles que já atuam com Compras Públicas.

Além disso, espera-se que este artigo estimule líderes públicos a promoverem práticas inovadoras em seus processos licitatórios, gerando maior eficiência de gastos e a implementação de melhores soluções públicas. Para tanto, o grupo almeja que o presente trabalho possa ser apresentado no XII Congresso do Conselho Nacional de Secretários de Administração (CONSAD) de Gestão Pública e que o debate sobre o tema seja ainda mais enriquecedor e inspirador para todos os entes federativos brasileiros.

Boa leitura!

Resumo

A Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) traz como uma de suas inovações a modalidade de licitação Diálogo Competitivo. Inspirada na experiência europeia, essa modalidade estabelece que, quando do seu uso, a Administração Pública mantenha diálogos com licitantes previamente selecionados, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender aos seus anseios, cabendo aos licitantes a apresentação de suas propostas após o encerramento da etapa competitiva. O uso desse modelo pressupõe a necessidade de inovação tecnológica ou técnica, a impossibilidade de a Administração ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e a impossibilidade de definições suficientemente precisas das especificações por parte da Administração. A nova sistemática se coloca como uma alternativa capaz de facilitar a contratação de inovação e outras soluções para problemas complexos no setor público. Neste artigo, propõe-se uma discussão sobre os desafios inerentes à sua implantação no Brasil, tendo em vista o ineditismo no ordenamento de Compras Públicas no país. Por fim, apresentam-se pontos de atenção e possíveis abordagens para a efetivação do modelo em órgãos e entidades públicas brasileiras. A escolha do tema se justifica pela incipiência de debates relacionados à sua implantação e pelos desafios a serem superados, já que, a partir de 2023, a nova legislação substituirá a Lei nº 8.666/93 e, até o momento, no Brasil, não há exemplos de contratações realizadas a partir do Diálogo Competitivo.

Palavras-chave: Lei nº 14.133/2021. Diálogo Competitivo. Compras Públicas. Gestão Pública.

Abstract

The brazilian new Law of Public Procurement (Law 14.133/21) presents the modality of competitive dialogue as one of its innovations. Inspired by the European experience, this modality establishes that the Public Administration dialogue with previously selected bidders, intending to develop one or more alternatives capable of meeting their needs, and bidders present their proposals after the end of the competitive phase. The application of this model presupposes the requires of the Public Administration for technological or technical innovation, its inability to adapt solutions available on the market, and the impossibility of the Administration of defining technical specifications with sufficient precision. The new modality is an alternative capable of facilitating the hiring of innovation and other solutions to complex problems in the public sector. In this article, based on the European case, we propose a discussion on the challenges inherent to the Competitive Dialogue given the unprecedented nature of this modality on Brazilian Public Procurement. We seek to address how the new modality can contribute to innovation in Public Administration and the resolution of complex problems. Also, we discuss compliance challenges that it may bring, the points that should be taken into consideration by public administrators, and possible approaches for implementing this model in Brazilian public bodies and entities. The subject's choice is justified by the incipience of the debates on potential implementation challenges of the Competitive Dialogue, considering that the new legislation will replace the Law nº. 8,666/93 in 2023, and, so far, the lack of examples of public contracts made from this modality in Brazil.

Keywords: Law n. 14,133/2021. Competitive Dialogue. Public Procurement. Public Management.

1. Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos brasileira (Lei nº 14.133/2021), publicada em 1º de abril de 2021, que atualmente se encontra em *vacatio legis* e que será de utilização compulsória a partir de abril de 2023, traz um conjunto de modificações ao processo público de

contratação de bens, serviços e obras. Essa norma é fruto de um extenso debate que perdurou por cerca de três décadas, com o objetivo de modernizar os procedimentos de Compras Públicas. Entre as mudanças, está a adoção do mecanismo denominado Diálogo Competitivo, abordagem utilizada originalmente na União Europeia (EU) desde 2004 com a finalidade de buscar soluções inovadoras para problemas complexos de contratação do setor público, por meio da flexibilização do processo de negociação entre a Administração Pública e seus fornecedores.

Em síntese, a modalidade compreende duas fases distintas: na primeira, que consiste na inovação trazida pelo novo instituto, a Administração Pública promove rodadas de diálogos para definir a solução ideal com licitantes previamente selecionados mediante critérios estabelecidos em edital; na segunda etapa realiza-se a competição do processo licitatório, na qual o Poder Público, a exemplo do que faz hoje, seleciona a melhor proposta dentre aquelas apresentadas.

Esse modelo de Compras Públicas se diferencia do regramento jurídico vigente até 2021, em que o órgão ou entidade pública é obrigado a definir previamente, por meio de documentos técnicos, o objeto a ser licitado, bem como divulgar edital de licitação para escolha do fornecedor a ser contratado, ou seja, cabe especificamente à Administração, à luz do regramento atual, a elaboração de projetos e de termos de referência capazes de atender à demanda do Estado. Contudo, principalmente para compras e contratações complexas, cujas soluções não são necessariamente conhecidas pelos gestores públicos e requerem processos de inovação e/ou desenvolvimento tecnológico, a interação com possíveis licitantes permite uma construção coletiva do objeto de contratação e, possivelmente, maior aderência da solução à demanda, promovendo maior eficiência dos recursos públicos.

Essa nova realidade carrega consigo um duplo desafio para o contexto brasileiro: com relação à forma com que a ferramenta será utilizada e tratada pelos organismos de controle e instituições jurídicas, isto é, como esse mecanismo será implementado e interpretado; e em que medida aspectos de ordem informal ou cultural podem implicar em distorções do uso do Diálogo Competitivo para a formulação de objetos de natureza complexa, demandados na forma de produtos, serviços e obras pelo poder público.

Assim, este trabalho também possui um duplo objetivo: compreender a funcionalidade da nova modalidade de Compras Públicas e quais principais cuidados devem, aparentemente, ser adotados para que o instrumento não seja desvirtuado em sua potencial utilidade e valor.

As respostas para tais questões baseiam-se na revisão de estudos que tenham por objeto central a utilização desse instrumento em outras localidades. Logo, fundamentado pela análise de experiências de países europeus, este artigo avalia como o Diálogo Competitivo foi inserido e implementado no regramento da União Europeia.

Nesse caso específico, realiza-se uma pesquisa comparativa entre quatro países – Alemanha, Espanha, Portugal e Inglaterra –, nos quais a utilização da modalidade apresenta semelhanças e diferenças, seja em termos de regulamentação ou na própria utilização do mecanismo. É oportuno ressaltar que a Inglaterra foi, inicialmente, considerada no bloco continental, a despeito dos resultados do Brexit. A partir da reflexão sobre tais experiências, são levantados riscos e pontos de atenção para a implantação do Diálogo Competitivo pelos entes federativos do Brasil, pautados pelas evidências encontradas na análise comparativa.

Contribui teoricamente para a construção dos argumentos apresentados a Teoria Institucional de Douglass North, principal referencial para refletir sobre como os exemplos europeus trazem à luz questões relevantes no cenário brasileiro. Tal aspecto justifica, para além do uso do Diálogo Competitivo, a escolha de nações com matrizes institucionais atreladas a apego expressivo aos princípios basilares do capitalismo, como no caso de Alemanha e Inglaterra (NORTH[1], 1990 apud GALA, 2003), e países como Espanha e Portugal que, segundo Holanda (1936), em capítulo denominado Fronteiras da Europa, que oferecem o que pode ser chamado de instituições informais – associadas a dificuldades culturais para a separação entre os ambientes público e privado, bem como questões atreladas a certa leniência, estimulando práticas de corrupção.

Considerando essas leituras de culturas distintas, mais ou menos próximas da realidade institucional brasileira, este artigo parte da hipótese de que mencionada revisão pode oferecer indícios dos desafios a serem enfrentados pelo país a partir de 2023.

Ademais, espera-se que a apreensão dos resultados de estudos baseados na conjuntura ibérica sirva de exemplos contundentes quanto ao ponto de atenção a ser observado no Brasil, que tem o resultado da análise dos demais países como pano de fundo para questões, provavelmente, menos afeitas à realidade local, mas igualmente importantes de serem compreendidas.

---

[1] NORTH, D. C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge, England: Cambridge University Press, 1990.

Os esforços investigativos aqui apresentados distribuem-se, para além desta introdução, em uma seção explicativa sobre os aspectos legais da modalidade do Diálogo Competitivo na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (BRASIL, 2021) e sobre como a ferramenta foi introduzida para mitigar problemas relacionados à contratação de objetos complexos e à inovação no setor público, seguido do histórico de implantação e utilização do Diálogo Competitivo na União Europeia. Por fim, são traçadas reflexões relacionadas aos pontos de atenção para a implantação do Diálogo Competitivo na realidade brasileira.

2. A nova modalidade do Diálogo Competitivo na Nova Lei de Compras Públicas (Lei nº 14.133) do Brasil

O debate sobre Diálogo Competitivo como instrumento legal para contratação pública no Brasil não pode ser apartado da norma que o introduz: a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (BRASIL, 2021). Comumente chamado de Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), o texto final é resultado de 26 anos de tramitação de Projetos de Lei que visavam a alteração da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), sendo que os primeiros datavam de 1995:

> [...] longo e complexo processo legislativo que culminou na edição da Nova Lei de Licitações, sendo possível verificar que o texto final foi construído em um ambiente democrático e participativo por centenas de mãos guiadas pelas mais diversas intenções, pela necessária e salutar participação da sociedade, de segmentos civis e econômicos organizados, de juristas e especialistas em gestão pública. (AMORIM, 2022)

A NLLC, vigente desde a sua publicação, versa sobre as normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme competência privativa da União estabelecida no art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

A Lei nº 14.133/21 prevê que a Administração pode optar, no limite máximo de dois anos[2], entre utilizar o novo regramento ou realizar os procedimentos de Compras Públicas por meio do arcabouço legal até então existente – Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos), Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e Lei nº12.462/11 (que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

[2] Esta análise, portanto, não considerou o caso dos Estados Unidos da América, que prevê em seu *Federal Acquisition Regulation* (FAR) a modalidade de "negociação contratual", semelhante ao "Diálogo Competitivo" encontrado na União Europeia. Para mais informações, ver Aragão (2021).

Segundo Nardone (2022), durante o período de concomitância de legislações, os gestores públicos dos entes das três esferas devem preparar a implantação da nova norma, sendo que, até meados de 2022,

> [...] este novo regramento não tem sido aplicado por grande parte dos órgãos públicos, especialmente nos pequenos municípios, notadamente por conta da fragilidade de sua estrutura de contratações. Em que pesem as dificuldades em sua implementação, o fato é que a nova legislação tem a seu favor inúmeros atributos que favorecem a dinamicidade de procedimentos, muitos deles compilados dos diversos regramentos anteriores e que fazem por merecer o investimento para dela se inteirar e aplicar seus dispositivos. (NARDONE, 2022)

Dentre as inovações legais da NLLC está o Diálogo Competitivo, modalidade de licitação inexistente no regramento anterior. O art. 6º da referida Lei o conceitua 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; [...] (BRASIL, 2021)

Segundo Oliveira (2021), o Diálogo Competitivo é a grande inovação da NLCC em termos de procedimento adjudicatório, já que figura como modalidade de licitação ao lado de outras que, por mais que possuam inovações a elas atreladas, já existiam nas normativas anteriores, como é o caso do pregão e da concorrência. No entanto, para o autor, ainda que abarque diferentes possibilidades de tipos de objeto de licitação (bens, serviços, obras, concessões de serviço público e parcerias público-privadas), sua aplicação é restrita, pois seu art. 32 estabelece condições que precisam ser atendidas para sua admissibilidade.

Há dois conjuntos de restrições impostas pela norma: o primeiro, relacionado ao objeto, condiciona a utilização do Diálogo Competitivo à contratação de soluções cuja necessidade perpasse por inovação tecnológica ou técnica, à impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções já disponíveis no mercado, e à impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração. Por sua vez, o segundo conjunto dispõe que a Administração verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para a eleição da solução técnica mais adequada, a qualificação dos requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e a definição da estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Portanto, não é elegível à Administração o processamento de licitações na modalidade de Diálogo Competitivo na hipótese de objeto com elevado grau de padronização no mercado, em que as especificações podem ser elencadas de forma assertiva. A própria NLLC conceitua esses objetos padronizáveis como *bens e serviços comuns* e *serviços comuns de engenharia*, que majoritariamente são levados à disputa e contratados sob o critério de menor preço.

De acordo com Oliveira (2021, p. 52),

> Além disso, ainda que se escolha uma única solução, o objeto do Diálogo Competitivo tende a ser complexo e, por isso, não contar com uma padronização de execução no mercado. Cada uma dessas variações terá características diferentes, de modo que o julgamento baseado exclusivamente no lado financeiro da proposta não acabará cumprindo o mandamento legal de "seleção da proposta mais vantajosa" (art. 32, §1º, VIII e X).

Diferentemente de outras modalidades de licitação, como o pregão e a concorrência, o Diálogo Competitivo parte de um problema possivelmente complexo, e não de um termo de referência ou projetos básicos e executivos, nos quais a solução é dada pela Administração. A previsão de uma fase de diálogo com licitantes tem por objetivo, justamente, o delineamento e definição, dentre as possibilidades apresentadas, do objeto, visando posterior disputa entre as proponentes.

Sem aprofundar nessa temática, cabe lançar luz a uma das hipóteses de utilização da modalidade: a contratação pública de inovação. Segundo Foss e Monteiro (2022, p. 261), o Diálogo Competitivo "[...] vai além da mera aquisição estatal de um bem ou de um serviço. Enquanto um instrumento de política de inovação, o Diálogo Competitivo serve à promoção pelo Estado de novos ou aprimorados produtos, processos ou serviços".

Similarmente, Fassio et al. (2022) consideram que a modalidade amplia as possibilidades disponíveis à Administração para incluir a interação com os fornecedores na solução de problemas que envolvem inovação no setor público.

> No que diz respeito especificamente a Compras Públicas de inovação, a criação do Diálogo Competitivo parece especialmente relevante para viabilizar as contratações de inovação em que não haja risco tecnológico, ou seja, casos em que seja necessário empregar o poder de compra do Estado para produtos, serviços ou processos inovadores já introduzidos no mercado, mas ainda pouco difundidos. (FASSIO et al., 2022, p. 57)

A característica da modalidade de buscar soluções para problemas, por vezes, complexos e de difícil padronização, que envolvem inovação tecnológica ou técnica e cujas possibilidades de abordagem podem variar de acordo com o fornecedor, faz da implantação do

Diálogo Competitivo algo que desafia a tradição licitatória em vigor, em especial, a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

Sem carregar consigo o ineditismo em termos globais, entender como se desenvolveu sua introdução no direito europeu e como, desde então, tem sido implantada e efetivamente utilizada, pode auxiliar na reflexão de fatores ligados à matriz institucional brasileira, que impactam a adaptação do modelo europeu e sua incorporação à Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021).

3. Breve histórico da implantação e utilização do Diálogo Competitivo na União Europeia

Introduzido na legislação europeia por meio da *Diretiva 2004/18/CE*, a origem do Diálogo Competitivo remonta o final do século XX. De acordo com Oliveira (2021), em 1998, o documento *Comunicação da Comissão COM (1998) 143 Final* já havia previsto a instituição de um procedimento licitatório para abarcar as situações nas quais a Administração Pública apresentasse problemas, mas que não conseguisse definir com clareza a solução, tornando desejável, portanto, o processo o diálogo com a iniciativa privada.

À época, os problemas com maior grau de complexidade na área da tecnologia da informação e constituição de parcerias público-privadas eram objetos comuns dessa necessidade. Dessa forma, abriu-se caminho para, em conjunto com experiências de procedimentos de negociação pré-existentes em países como Inglaterra e Alemanha, positivar a inauguração da modalidade no direito europeu no referido ano.

Ao comparar as tradições do processo de Compras Públicas no Brasil com algumas nações da União Europeia, é possível observar que a modalidade possui objetivos semelhantes entre os países, porém, sua aplicação depende de orientações e incentivo para sua implementação. Especificamente na Inglaterra, Portugal, Alemanha e Espanha, países de interesse deste estudo, a adoção do Diálogo Competitivo tem sido marcadamente caracterizada por uma adaptação da *Diretiva 2004/18/CE* para a legislação de cada país. Entretanto, tal conduta tem se refletido de forma distinta em cada realidade, pois, ao passo em que ela é regularmente adotada em alguns países, outros praticamente a ignoram.

A seguir, estão caracterizados, um a um, os casos da Inglaterra, Portugal, Alemanha e Espanha; além disso, o Anexo, parte integrante deste artigo, apresenta uma análise comparativa mais detalhada entre os países.

Inglaterra

De acordo com Paula (2022), o Diálogo Competitivo foi incluído no ordenamento jurídico da Inglaterra em 2006, por meio do *The Public Contracts Regulations*, com o nome de "*Competitive Dialogue*". No país, o instrumento, pensado para trazer modernidade e flexibilizar as contratações, é recomendado para projetos complexos, nos quais existe alta probabilidade de insucesso nas licitações. Se aplicado de forma correta, o Diálogo Competitivo permite que os riscos sejam colocados à prova e as soluções sejam debatidas, possibilitando a construção de um contrato bem-sucedido.

Segundo Paula (2022), tendo em vista as suas peculiaridades, na Inglaterra, o instrumento pode ser adotado para compras, serviços ou obras, desde que os seguintes critérios sejam atendidos (sozinhos ou concomitantemente): as especificações técnicas do objeto não podem ser definidas precisamente pela entidade adjudicante sem o apoio do licitante; a necessidade pública em questão não pode ser satisfeita sem a adaptação de uma solução já disponível; a contratação deve incluir soluções de design ou soluções inovadoras; o diálogo se torna essencial devido à existência de circunstâncias relacionadas à natureza, a complexidade ou à composição jurídica e financeira, ou pelos riscos associados à contratação.

A partir de revisão feita no ano de 2010 pelo *HM Treasury*, constatou-se que esse instrumento tem sido empregado, de forma expressiva, pela administração pública britânica para desenvolver vários projetos, especialmente ligados à infraestrutura e tecnologia de informação, alcançando mais de 1.200 aquisições até o ano de 2022.

Esse uso significativo é resultado da inspiração na antiga prática de concessão de contratos complexos do Reino Unido, que já possuía uma aptidão histórica de aproximação de atores privados e, também, por contratualizar, diferentemente de Portugal e Brasil, por exemplo (PAULA, 2022).

Logo, nota-se que essa ferramenta obteve boa aceitação na Inglaterra, onde seu nível de utilização indica tratar-se de um procedimento importante, já que oferece aos gestores que necessitam de uma abordagem menos rígida em processos de licitações complexos, maior segurança jurídica e assertividade na tomada de decisões.

Todavia, é preciso destacar o baixo enfoque dado à geração da inovação a partir do uso do Diálogo Competitivo no país. Na visão de Paula (2022), enquanto estudos em algumas nações mostram que tal procedimento estimulou a inovação, na Inglaterra, verifica-se uma

tendência de seu uso com outro propósito: o da obtenção de ganhos de eficiência e de custo-benefício.

Portugal

Em Portugal, o Diálogo Competitivo teve início, em 2008, com o nome de *Diálogo Concorrencial*, por meio do Decreto-Lei nº 18, que tem como base a *Diretiva 2004/18/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Essa modalidade foi pensada para objetos complexos, em que não é possível definir de forma objetiva uma solução tecnicamente adequada para atender à necessidade pública (PAULA, 2022).

Segundo Mark (2008), essa indefinição pode acontecer porque: (i) a entidade desconhece as opções oferecidas no mercado; (ii) a entidade não sabe em qual medida o mercado pode atuar com relação àquela necessidade; e (iii) o setor público não é capaz de definir a estrutura jurídica ou financeira para um possível contrato.

Como estrutura, de acordo com o Decreto-Lei nº18/2008, o Diálogo Competitivo português possui três fases: (i) apresentação das candidaturas e qualificação (no mínimo três); (ii) apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados; e (iii) apresentação e análise das propostas e adjudicação. Assim como na Inglaterra, não há previsão de fase preparatória.

Até junho de 2022, somente cinco contratos foram celebrados no país, demonstrando a baixa aceitação e o pouco uso dessa modalidade (PAULA, 2022). Uma hipótese para esse fato considera que governo português não tem por costume fornecer orientações ou manuais relativos às leis nacionais.

Outro fator responsável por inibir a participação de candidatos é a inexistência de garantias sobre a confidencialidade das propostas ou da propriedade intelectual. Tendo em vista a complexidade dos problemas, é cabível pensar que a solução pode ser proveniente da construção do conhecimento de diferentes candidatos, contudo, a lei não esclarece como proceder a esse respeito (MARK, 2008).

Por fim, o Diálogo Competitivo, em muitos momentos, é visto como um estímulo à inovação, ao mesmo tempo em que toda inovação envolve riscos. Por vezes, nem o setor público, nem as empresas que pretendem fornecer para o poder público estão dispostos a assumir possíveis ameaças. Na análise de Paula (2022), o Diálogo Competitivo em Portugal,

mais restritivo do que o previsto no direito europeu, está fadado a ser pouco aplicado, uma vez que suas normas poderiam ter sido melhor definidas, a fim de garantir benefícios para as entidades adjudicantes e ao mercado.

Alemanha

Na Alemanha, o Diálogo Competitivo foi incorporado à legislação em 2005, com o intuito de acelerar a realização de parcerias público-privadas. Assim como em Portugal, a Alemanha se baseou na *Diretiva 2004/18/CE*, tendo, portanto, características e problemas comuns ao país português, sendo a principal semelhança o baixo uso da modalidade.

A legislação alemã prevê cinco etapas: (i) aplicação da norma para objetivos particularmente complexos; (ii) publicação, sendo a pesquisa de mercado prévia algo não obrigatório; (iii) seleção das soluções propostas; (iv) diálogo, que ocorre a partir de estrutura definida pela entidade adjudicante (rodadas, prazo de proposta final, número máximo de participantes, entre outros); e (v) adjudicação. Vale destacar que, apesar de o procedimento ter sido pensado inicialmente para parcerias público-privadas e para casos de natureza complexa, nem toda parceria público-privada se qualifica automaticamente como particularmente complexa (BURGI, 2012).

Burgi (2012) relata que o Diálogo Competitivo tem sido amplamente utilizado na União Europeia, mas uma análise proporcional denota a baixa adesão da Alemanha, com apenas 109 procedimentos em um total de 3.687 em toda a UE, entre 2009 e 2011. O autor entende a resistência à modalidade pelo fato de que ela não proporciona tanta flexibilidade como o procedimento de Compras Públicas por negociação, outra modalidade prevista na legislação alemã, e cria vários problemas jurídicos quanto à sua aplicabilidade e âmbito, fazendo pairar incertezas jurídicas envolvidas em algo recém-instalado.

Além disso, o Diálogo Competitivo e a modalidade de negociação possuem objetivos semelhantes e os escopos se sobrepõem, fazendo com que haja pouca jurisprudência sobre o Diálogo Competitivo, já que as autoridades públicas preferem se apegar ao procedimento de negociação estabelecido anteriormente.

Vale destacar que, ao contrário de Portugal, a legislação alemã protege efetivamente o interesse das empresas, proporcionando a confidencialidade das soluções durante o processo. Em um quadro geral, enquanto Paula (2022) vê com pessimismo o uso da modalidade em Portugal, Burgis (2012) demonstra otimismo com o procedimento na Alemanha.

Espanha

Na Espanha, o Diálogo Competitivo foi disciplinado pela criação da Lei nº 30/2007, denominada “Lei dos Contratos Públicos”; nela, o Diálogo Competitivo foi pensado como uma saída para contratos altamente complexos, em que a participação da iniciativa privada seria primordial para definir com clareza o objeto da contratação (ARAGÃO, 2021, p. 50).

Apesar de ser um marco importante para o país, quando comparada às *Diretivas 2004/18/CE* e *2014/24/UE*, a Lei nº 30/2007 não traz nenhuma novidade (TELLES, 2010). Diferentemente de Portugal e Alemanha, a Espanha optou por transpor integralmente a diretiva europeia para a própria legislação. Como nos demais países, o procedimento possui três fases: início do procedimento e pedidos de participação; diálogo com os candidatos; apresentação e avaliação de propostas.

O destaque da legislação espanhola está na adição de um conjunto de regras específicas para a composição do júri do procedimento do Diálogo Competitivo. Ao contrário de outros procedimentos de Compras Públicas, esse júri deve possuir, no mínimo, três membros especialistas externos ou um terço do total da entidade adjudicante para auxiliar no desenvolvimento do diálogo (TELLES, 2010).

Assim como na Alemanha, o Diálogo Competitivo espanhol foi pensado para contratos de cooperação público-privada, entretanto, mais do que permitir o uso para essa finalidade, a Espanha tornou esse procedimento padrão para casos dessa natureza (TELLES, 2010).

Sob a ótica de Telles (2010), a modalidade também pode ser empregada em casos de contratos particularmente complexos. Vale destacar que, na Espanha, todos os contratos público-privados são considerados complexos; sendo assim, é possível esperar que a modalidade ganhe cada vez mais espaço nos contratos público-privados do país.

4. Reflexões sobre os riscos e desafios à implantação do Diálogo Competitivo no Brasil

A realização de compras governamentais é uma função da Administração Pública que, como outras áreas técnicas, guarda suas especificidades. Seja pelo tamanho que cada governo tem ou pela dinâmica exigida pela administração dos negócios públicos, licitar não é algo simples. Assim, um desafio diário enfrentado pelo gestor é o da entrega de serviços de qualidade, de forma custo-efetiva e com base em necessidades reais da população.

Igualmente desafiadora é a natureza multivariada dos problemas públicos, muitas vezes complexos e que demandam soluções nem sempre disponíveis no mercado (ANDREWS; PRITCHETT; WOOLCOCK, 2017). Os avanços tecnológicos, em especial, criaram estímulos e facilidades capazes de encurtar a distância entre cidadãos e governos (GOMES, 2005), mas ainda assim, avanços tecnológicos, por si só, não podem ser considerados uma "bala de prata", ou seja, uma solução rápida e de efeito imediato para todos os desafios do setor.

Partindo da análise da teoria institucional de Douglass North, é possível entender que as evoluções tecnológicas, por mais que sejam importantes, não são mais valiosas do que as institucionais. North[3] (1991 apud SOUSA, 2017) define "instituições" como a estrutura de incentivos da economia, tais que, segundo a interpretação de Gala (2003), "[...] a grande distância observada ainda hoje entre países pobres e ricos encontra-se muito mais em diferenças entre matrizes institucionais do que em problemas de acesso a tecnologias".

De acordo com o pensamento de North, uma sociedade será mais eficiente quanto maior for sua capacidade de se adaptar a adversidades ao longo do tempo (NORTH, 1990 apud MORAES JUNIOR, 2000). Essa capacidade está condicionada ao desenvolvimento institucional, considerando tanto as instituições formais – leis e constituições formalizadas e escritas pelos órgãos de poder – quanto as informais – normas ou códigos de conduta formados, em geral, no seio da própria sociedade (NORTH, 1990 apud GALA, 2003).

Trata-se de uma lógica que permite o entendimento da centralidade da existência de um aparato legal seguro e bem construído para dar sustentação à relação entre Estado e sociedade, ao mesmo tempo em que as ideologias estão na base da formação de regras formais e informais de uma sociedade e, portanto, têm papel fundamental no desempenho das diversas economias (NORTH, 1990 apud GALA, 2003).

Regras informais coexistem com instituições democráticas formais por toda América Latina e podem moldar o seu funcionamento (HELMKE; LEVITSKY, 2006 apud SOUSA, 2017). Para exemplificar o funcionamento de instituições informais no Brasil, têm-se as festividades carnavalescas: com exceção do estado do Rio de Janeiro, o carnaval não é feriado oficial em nenhuma outra localidade da federação brasileira e não há amparo legal ou formal para que a maioria das atividades econômicas e governamentais do país parem durante a "folia de Momo". Entretanto, a instituição informal do carnaval faz com que o calendário brasileiro seja organizado de modo que até mesmo os poderes constituídos sofram alterações em sua

[3] NORTH, Douglass C. *Institutions, ideology and economic performance*. **Cato J.**, v. 11, p. 477, 1991.

rotina, como o Congresso Nacional, que tem seus trabalhos congelados por uma semana, dando lugar, inclusive, a um fluxo enorme de visitas de turistas que aproveitam o período para conhecer a capital federal.

Não obstante ao exemplo do folclore popular, outras instituições informais permeiam a sociedade brasileira e podem se configurar, em maior ou menor grau, como ameaças ao bom funcionamento das normas e do aparato legal que regem a Administração Pública. No caso da NLLC e da implementação da modalidade de Diálogo Competitivo, talvez a mais preocupante delas seja proveniente de questões relativas à reflexão sobre ética e economia. Por mais que a intenção do legislador, ao propor a nova modalidade, tenha sido a de impulsionar a inovação, o caráter mais flexível da norma em aspectos que garantem maior discricionariedade ao órgão licitante guarda um potencial de corrupção por parte dos agentes públicos.

O conceito técnico-jurídico de corrupção não é universal (FORTINI; MOTA, 2016), o que implica dizer que a caracterização do que seria o emprego de atividade ilícita em um processo de Compras Públicas varia de um país para outro. Portanto, vale destacar que, no Brasil, esse risco decorre de inúmeros aspectos, diferentes daqueles encontrados nos países analisados neste artigo.

No âmbito internacional, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) traz a ideia de que corrupção é o abuso dos operadores dos negócios públicos e privados para que sejam alcançados benefícios pessoais, abrangendo desde o recebimento de propinas, passando pelo nepotismo e chegando até a captura estatal de maneira ampla.

A Transparência Internacional, organização sem fins lucrativos anticorrupção sediada em Berlim, lança luz, nessa mesma linha de pensamento, sobre cinco momentos que merecem atenção durante a realização de um processo licitatório e a execução do objeto contratado:

1. *Definição da demanda ou objeto:* toda aquisição e contratação pública, da mais simples à mais complexa, visa à solução de um problema, sendo a compra pública parte de sua resolução. A assertiva definição do objeto de uma compra advém da compreensão da demanda, ou seja, desse problema. A NLLC instituiu, no momento da licitação, o Estudo Técnico Preliminar (ETP), documento que, em linhas gerais, formaliza a existência do problema, suas possíveis abordagens e metodologias, escopo de itens a serem licitados e valores estimados em cada cenário, e conclui com a melhor alternativa para a Administração. Alguns dos riscos de corrupção ligados à definição desse momento da

licitação referem-se ao direcionamento – ou seja, à eleição de bens, serviços ou obras a serem licitados, que restrinjam injustificadamente a competição por só poderem ser fornecidos por um ou por grupo reduzido de licitantes, ou ainda pela escolha de objeto que ofereça vantagem a determinados agentes nos certames.

2. *Preparação do processo e definição de documentação correlata*: na instrução processual de uma compra pública podem ser identificados tanto riscos de corrupção quanto, por exemplo, a ausência ou insuficiência de informações e documentos para a correta elaboração dos instrumentos convocatórios, em especial, as impropriedades propositais na definição dos requisitos/documentos de habilitação, que podem levar a privilégios de seleção de fornecedores; a definição de valores estimados com sobrepreço, que podem ocasionar contratos superfaturados; a elaboração de minutas contratuais com cláusulas excessivamente permissivas ao contratado ou que não definam com clareza e correta abrangência as obrigações das partes; e a escolha por forma de compra, modalidade de licitação, critério de julgamento ou modo de disputa inadequados aos fins da contratação pública para induzir à seleção de determinado licitante.

3. *Momento em que ocorre a seleção do futuro contratado:* os riscos relacionados à corrupção nos certames propriamente ditos são diversos e podem estar relacionados ao viés de análise de impugnações e pedidos de esclarecimento aos editais; à incorreta permissão de participação de impedidos de licitar; à desclassificação ou inabilitação proposital de licitante; ao cerceamento de disputa ou manifestação; e ao não provimento recursal quando devido e vice-versa, entre outros.

4. *Implementação do contrato:* o momento da contratação é aquele no qual, definidos os agentes e as condições, firma-se o instrumento contratual e dá-se início à sua execução. A tentativa de alteração das cláusulas previamente estabelecidas quando da licitação, sobre as quais todos os licitantes disputavam o contrato e as proposições de alteração de escopo, valor e prazo em relação ao objeto licitado, beneficiando indevidamente o contratado, são riscos típicos dessa etapa.

5. *Ausência ou existência de controle inadequado ou não confiável, como o controle público, controle parlamentar, além de mecanismos de denúncia e de auditoria:* falhas na gestão de riscos, no controle preventivo da contratação pública e nas linhas de defesa da Administração, e pontos de controle podem acarretar riscos de não cumprimento do objeto dos contratos, de pagamentos de parcelas incorretas, de dilação proposital de

prazos – prejudicando a resolução dos problemas originários –, e de aditivos indevidos, que podem levar a superfaturamentos.

Relacionados os principais momentos dos procedimentos de Compras Públicas, nos quais a instituição informal e ineficiente da corrupção pode se manifestar, a seção seguinte apresenta uma análise dos demais pontos de atenção especificamente na implantação do Diálogo Competitivo no Brasil.

4.1 Principais pontos de atenção e possíveis abordagens visando à implantação nos entes federativos brasileiros

A partir das abordagens realizadas nas seções anteriores, de contextualização do Diálogo Competitivo, sua origem e casos de implantação, bem como o debate sobre instituições no Brasil e riscos associados às instituições informais, mais precisamente, neste caso, a da corrupção, é possível analisar pontos de atenção relacionados ao início de implantação da modalidade no país.

A Tabela 1, a seguir, sintetiza algumas problemáticas que podem ser elencadas.

Tabela 1 – Etapas do Diálogo Competitivo e seus riscos e problemáticas para o caso brasileiro

Fase	Momento	Questão	Riscos e problemáticas
Preparatória	Definição da demanda/objeto	Utilização da modalidade	Como ocorreu em países europeus, a exemplo de Portugal, houve subutilização do Diálogo Competitivo
		Objetos que são passíveis de realização do Diálogo Competitivo	A Administração pode deliberar sobre a realização de Diálogo Competitivo cujo problema não se encaixe nas restrições previstas na NLLC ou que sejam excessivamente complexos ou inovadores e, assim, não sejam passíveis de solução em contratação pela modalidade
	Preparação do processo licitatório e definição de documentação relativa a ele	Especificação, justificativa e contextualização do objeto em edital	A Administração precisa conseguir explicar o problema-alvo de diálogo e fornecer dados suficientes e necessários à correta análise dos potenciais licitantes, para decidirem sobre sua participação
		Critérios empregados para pré-seleção dos licitantes	O baixo conhecimento do mercado pode levar os gestores à definição de critérios indevidamente restritivos, subjetivos ou de difícil aferição

(Continua)

Tabela 1 – Etapas do Diálogo Competitivo e seus riscos e problemáticas para o caso brasileiro (Continuação)

Fase	Momento	Questão	Riscos e problemáticas
Fase do diálogo	Momento onde ocorre a seleção do futuro contratado	Realização das reuniões de diálogo	Risco de vazamento de informação sigilosa e prejuízo ao caráter competitivo do processo
			Risco de corrupção de agentes para seleção de determinada solução
			Risco de negociação de estrutura jurídica ou financeira do contrato que fragilize a gestão e a fiscalização de sua execução
		Assessoramento técnico da comissão de contratação	Risco de o profissional contratado para assessoramento técnico da comissão faltar com os princípios da impessoalidade, moralidade e igualdade
		Seleção da solução	A solução escolhida ou mesmo o rol de soluções apresentadas, podem não envolver inovações tecnológicas ou técnicas significativas
			Risco de viés na seleção de solução por predileções pessoais dos membros da comissão de contratação
			Risco de que os gestores sejam levados, pela interação com licitantes, a adotar soluções que se desviem da finalidade do problema original, definido no ETP
			Risco de falta de técnica por parte dos gestores em fazer a melhor escolha possível
Preparatória da fase competitiva	Preparação do processo licitatório e definição de documentação relativa a ele	Critério de julgamento	O critério de julgamento, em especial o de menor preço, pode não levar a Administração à proposta mais vantajosa
		Condições de habilitação	Requisitos de habilitação excessivamente restritivos ou injustificadamente permissivos podem levar à seleção de empresa que não tenha apresentado a proposta mais vantajosa
Fase competitiva	Momento onde ocorre a seleção do futuro contratado	Julgamento	Seleção de proposta final divergente das definições da fase de diálogo

(Continua)

Tabela 1 – Etapas do Diálogo Competitivo e seus riscos e problemáticas para o caso brasileiro (Conclusão)

Fase	Momento	Questão	Riscos e problemáticas
Fase contratual	Implementação do contrato	Aditivos	Por ser, em tese, uma contratação de problema com determinado grau de complexidade, podem ser necessários aditivos de escopo, valor e prazo; por essa característica, é possível identificar riscos de corrupção em proposição e celebração de aditivos indevidos
	Ausência ou existência de controle inadequado ou não confiável, como o controle público e o controle parlamentar, além de mecanismos de denúncia e de auditoria	Gestão e fiscalização do contrato	A possível complexidade e caráter de inovação tecnológica ou técnica da solução pode ser um fator prejudicial à fiscalização das atividades desenvolvidas pela contratada, seja por dificuldades de acesso a dados ou pela insuficiente capacidade técnica dos fiscais em avaliar a atuação da fornecedora

Fonte: Elaborado pelos autores (2023)

Além dos riscos e problemáticas elencados nas fases e momentos da licitação e contratação, ressaltam-se pontos de atenção adicionais relacionados à modalidade de Diálogo Competitivo.

Assim como verificado em países europeus, o incentivo à inovação por meio de Compras Públicas pode não se concretizar. Por mais que a Lei nº 14.133/21 disponha que a inovação técnica ou tecnológica é um requisito do objeto, os gestores podem, por vezes, não conseguir diferenciar três circunstâncias que são distintas, mesmo que adjacentes: complexidade do problema que a contratação almeja solucionar; falta de familiaridade com a temática ou falta de conhecimento técnico sobre o objeto; e o caráter inovador que envolve a solução. A baixa clareza sobre como resolver um problema, por exemplo, não significa necessariamente que as soluções envolvam processos de inovação. É preciso que os gestores compreendam essa diferença para que exista uma efetiva elegibilidade do Diálogo Competitivo.

Outro fator vincula-se à não exclusividade da modalidade para procedimentos em que há interação do mercado com a Administração Pública em momento diferente da disputa dos certames licitatórios. A própria Lei nº 14.133/21 dispõe sobre o procedimento auxiliar denominado Manifestação de Interesse (PMI), por meio do qual publica-se um edital de chamamento público para a propositura de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública. Anteriormente, o Decreto Federal nº 8.428, de 2 de abril de 2015 (BRASIL, 2015), passou a regulamentar a matéria, que foi abarcada na nova legislação nacional de licitações.

De acordo com o § 4º, art. 81, da NLLC, a dimensão de inovação, relatada no parágrafo anterior, pode estar presente na manifestação de interesse pela possibilidade de restrição de participação a *startups*.

O marco legal das *startups*, instituído pela Lei Complementar nº 182/2021 (BRASIL, 2021), também dispõe sobre contratações de soluções inovadoras pelo Estado, estabelecendo rito licitatório próprio com a finalidade de resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia e promover a inovação no setor produtivo por meio do poder de compra do Estado.

Um dos principais diferenciais relacionados ao Diálogo Competitivo consiste na possibilidade de celebração do Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI) para o teste de soluções inovadoras, que se configura como remuneração pelo desenvolvimento da solução para, potencialmente, mais de uma proponente, podendo a Administração, após a entrega, contratar o fornecimento daquela cujo produto, processo ou solução melhor atenda às demandas públicas em termos de relação custo x benefício, com dimensões de qualidade e preço.

Na escolha das estratégias, abordagens e metodologias de compras, a depender do problema público, o PMI e a licitação prevista no marco das *startups* são opções que também podem ser utilizadas; para tanto, o gestor deve cotejar a melhor alternativa em relação ao problema apresentado, à semelhança do caso alemão.

Um ponto de atenção que merece destaque diz respeito à capacidade institucional da área de compras dos órgãos/entidades para fazerem frente à inovação legislativa da nova modalidade de licitação. Por fim, ante o seu ineditismo, é aconselhável que as equipes avaliem a necessidade de regulamentação (a exemplo de decretos e instruções normativas); o ambiente tecnológico e existência de ferramentas de suporte (a exemplo das plataformas de pregão eletrônico); e as condições operacionais – estrutura física e solução para gravação das reuniões de diálogo, dentre outras.

Diante do exposto, supõe-se que, pela capacidade institucional instalada, a implantação do Diálogo Competitivo encontra ambiente mais propício em unidades caracterizadas como centrais de compras, que tendem a possuir esse ambiente favorável pela especialização na temática procedimental das demais modalidades de licitação e contratação. Ademais, a implantação do Diálogo Competitivo de modo exponencial requer que as equipes dispostas a adotá-lo sejam capazes de refletir sobre as questões abordadas neste artigo.

5. Conclusão

Este artigo buscou compreender a funcionalidade da modalidade do Diálogo Competitivo na Nova Lei de Licitações e Contratos brasileira, e quais os principais cuidados a serem tomados para que o instrumento não seja desvirtuado em sua potencial utilidade e valor, tendo como ponto de partida a experiência europeia (nos casos da Alemanha, Inglaterra, Portugal e Espanha) e a Teoria Institucional de Douglass North (1990), especialmente no que se refere à influência da instituição informal da corrupção sobre os resultados da política pública.

Em linhas gerais, a análise identificou que, no caso europeu, a aplicação da modalidade tem apresentado resultados mais relacionados com a resolução de problemas complexos do que tem sido capaz de servir como um mecanismo de impulsionamento da inovação, tanto que o uso da modalidade nos países estudados tem provocado certa inibição por parte dos gestores, possivelmente pela imprecisão dos termos "complexo" e "inovador" para definir os casos em que o uso do instrumento seria legalmente permitido.

Apesar dos riscos de implementação do Diálogo Competitivo no Brasil, identificados nesta pesquisa para todas as fases do processo licitatório, e admitindo a motivação louvável que levou à adoção da norma pelo Estado brasileiro, destacam-se os seguintes caminhos para mitigá-los: (i) regulamentação da modalidade de licitação, detalhando os procedimentos de execução; (ii) implantação de ferramentas de suporte operacional e promoção da transparência do processo licitatório; (iii) capacitação dos servidores que atuam na área de compras públicas; (iv) criação de centrais de compras públicas, conforme consta na NLCC; e (v) engajamento das lideranças públicas para o uso da modalidade.

A despeito de, até o presente momento, não haver evidências do uso do Diálogo Competitivo no país, nota-se o seu potencial para os casos em que a Administração não possui o conjunto de dados e informações necessários para especificar o objeto que se deseja contratar e, portanto, busca no mercado a interação capaz de superar tal condição.

O uso pioneiro da modalidade estudada neste artigo passa por superar o desafio de não ter referências conhecidas localmente, entretanto, dadas as observações no âmbito internacional, o foco no desenho de políticas públicas eficientes por meio da identificação de necessidades, cuja solução o Estado ainda não dispõe, configura a perfeita oportunidade de facilitar o trabalho do servidor público, desde que bem utilizado. Configura-se, portanto, uma inversão da lógica licitatória tradicional, na qual emana da Administração a solução do

problema para um novo cenário, que possibilita o reconhecimento de que o diálogo com a iniciativa privada pode resultar em melhores contratações públicas.

Referências

ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. **Building state capability: Evidence, analysis, action.** Oxford University Press, 2017.

AMORIM, Vitor. **A origem da Nova Lei de Licitações.** ONLL, 2022. Disponível em: https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/. Acesso em: 12/01/2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.428**, de 02 de abril de 2015. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2015/decreto-8428-2-abril-2015-780473-norma-pe.html. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, extra F, Brasília, DF, p. 2, 01 abr. 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884. Acesso em: 20 fev. 2023.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 182**, de 01 de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BURGI, Martin. Competitive dialogue in Germany. *In:* S. Arrowsmith & S. Treumer (Eds.), **Competitive Dialogue in EU Procurement**, p. 306-338. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. doi:10.1017/CBO9781139152334.008

FASSIO, Rafael *et al.* **Contratações de inovação:** Guia de Alternativas Jurídicas e de Boas Práticas para Contratações de Inovação no Brasil. Washington: IDB,2022.

FOSS, Maria C.; MONTEIRO, Vítor. Diálogos competitivos motivados pela inovação. *In:* **Compras Públicas para inovação no Brasil:** novas possibilidades legais. Brasília: IPEA, 2022.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 23, p. 276-292, 2020.

GOMES, Wilson. Internet e participação política em sociedades democráticas. **Revista Famecos**, v. 12, n. 27, p. 58-78, 2005.

HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Cia das Letras, 1995.

MARK, Bernardo Kirkby. **O diálogo concorrencial**. Estudos de Contratação Pública I, 2008.

MORAES JUNIOR, Aod Cunha de. O Conceito de Eficiência na Nova Economia Institucional. *In:* Encontro Nacional de Economia – ANPEC, 28., 2000, Campinas, SP. **Anais** [...]. Campinas, SP, 2000.

NARDONE, José Paulo. Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos. **Blog Zênite Fácil**, 2022. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2021.

PAULA, Luiza Valgas de. 2022. 196 p. **O Diálogo Competitivo no Brasil:** uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2022.

TELLES, Pedro. **Competitive Dialogue in Portugal and Spain.** 2010. 342 p. Thesis (Doctor of Phiposophy) – Nottingham University, England, 2010.

SOUSA, Wislas Dourado Mendes de. **Instituições formais e informais na construção das dez medidas para o combate à corrupção**. 2017. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ANEXOS

Tabela 2 – Adoção do Diálogo Competitivo: comparação entre Inglaterra, Portugal, Alemanha, Espanha e Brasil

País	Definição legal do Diálogo Competitivo	Hipóteses legais para o uso	Utilização	Críticas e análise
Inglaterra	O Diálogo Competitivo é um instrumento que possibilita o diálogo entre a Administração Pública e o mercado sobre diversos aspectos do objeto que se deseja licitar. É recomendado para projetos complexos, nos quais se observa uma probabilidade considerável de insucesso na contratação.	É necessário que sejam atendidos um ou mais dos seguintes critérios: a) o que a Administração Pública necessita não pode ser alcançado sem a adaptação de uma solução já disponível; b) a contratação deve incluir soluções de *design* ou soluções inovadoras; c) o diálogo se torna imprescindível em razão da existência de fatores relacionados à natureza, à complexidade ou à composição jurídica e financeira, ou pelos riscos associados à contratação; d) a entidade adjudicante não é capaz de estabelecer com precisão suficiente as especificações técnicas do objeto a ser contratado sem o apoio do licitante; para a realização de obras, fornecimentos ou serviços nos quais, mesmo obedecendo a um procedimento aberto ou restrito, forem levantadas somente soluções irregulares ou inadmissíveis.	Média de 77 contratos firmados por ano, entre 2014 e 2022, destacando-se no cenário europeu (PAULA, 2022)	- O procedimento é considerado caro, demorado e complexo; - O procedimento é utilizado com muita frequência no país (além do recomendado); - Há imprecisão de escolha do procedimento e falta de preparo e treinamento das entidades adjudicantes; - Pode prejudicar a inovação por impossibilitar a combinação de diferentes propostas; - O procedimento é inflexível e incerto.

(Continua)

Tabela 2 – Adoção do Diálogo Competitivo: comparação entre Inglaterra, Portugal, Alemanha, Espanha e Brasil (Continuação)

País	Definição legal do Diálogo Competitivo	Hipóteses legais para o uso	Utilização	Críticas e análise
Portugal	De acordo com o Código de Contratos Públicos, o Diálogo Competitivo é um procedimento que pode ser adotado quando o contrato a ser celebrado, independentemente de seu objeto, seja particularmente complexo, impossibilitando a adoção do concurso público ou do concurso limitado por qualificação prévia.	a) as suas necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis; b) os bens ou serviços incluírem a concessão de soluções inovadoras; c) não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias, em razão de circunstâncias específicas relacionadas à sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira, ou em razão dos riscos a ela associados; d) não for objetivamente possível definir, de forma precisa, as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.	Em pesquisa realizada por Paula (2022), foram identificados apenas cinco contratos firmados nesta modalidade.	- A modalidade foi inserida na legislação portuguesa de forma mais robusta e burocrática do que a regulamentação europeia. Ainda segundo a prática portuguesa, não existe um manual governamental sobre o tema; - A consulta prévia ao mercado não está prevista; - Na fase de apresentação de soluções, cada candidato só pode apresentar uma solução, o que limita as possibilidades a serem ofertadas; - Na fase de diálogo não há garantia legal de confidencialidade das propostas, o que torna o processo pouco atrativo para o mercado; - A fase de apresentação de propostas não esclarece os procedimentos s serem seguidos e se a proposta pode abarcar soluções apresentadas por outros candidatos durante o diálogo.

(Continua)

Tabela 2 – Adoção do Diálogo Competitivo: comparação entre Inglaterra, Portugal, Alemanha, Espanha e Brasil (Continuação)

País	Definição legal do Diálogo Competitivo	Hipóteses legais para o uso	Utilização	Críticas e análise
Alemanha	A modalidade deve ser utilizada quando a entidade adjudicante é incapaz de definir os meios técnicos para satisfazer determinada necessidade pública.	Por enquanto, o Diálogo Competitivo só é possível para contratos particularmente complexos, onde não há possibilidade de especificar os meios ou soluções previamente disponíveis. Tem sido usualmente utilizado em casos de parceria público-privada.	Burgis (2012) aponta 109 procedimentos entre 2009 e 2011.	- Apesar da legislação alemã proteger a confidencialidade, não está totalmente explícito o que são informações confidenciais; - Também não é clara a diferença entre necessidade e requisitos; - Tem sido ponto de discussão entre os juristas a estruturação da fase de diálogo: uma parte defende que ela deve ser conduzida de forma paralela entre os adjudicantes, enquanto outra parte acredita que o ideal é que ela possua um formato linear; -Não está claro quais quantias precisam ser pagas para compensar adequadamente os licitantes, tendo em vista que as soluções discutidas no processo não possuem um prazo pré-definido de diálogo.

(Continua)

Tabela 2 – Adoção do Diálogo Competitivo: comparação entre Inglaterra, Portugal, Alemanha, Espanha e Brasil (Continuação)

País	Definição legal do Diálogo Competitivo	Hipóteses legais para o uso	Utilização	Críticas e análise
Espanha	A Espanha transpôs a Diretiva 2004/18 da União Europeia em sua Lei dos Contratos Públicos, de 2007.	O art. 164 da Lei dos Contratos do Setor Público estabelece que o Diálogo Competitivo é o procedimento padrão para a adjudicação de contratos de cooperação público-privada e pode ser utilizado na adjudicação de contratos particularmente complexos. Destaca-se que, no país, todos os contratos dessa natureza são vistos como particularmente complexos.	De acordo com Telles (2010), até 2010 foram firmados 59 contratos na modalidade de Diálogo Competitivo, dos quais 32 pertencem a autoridades contratantes distintas.	- Por ser o procedimento padrão a ser utilizado em contratos de cooperação público-privada, pode ser usado não apenas para atender necessidades de difícil definição de escopo, como no caso dos outros países. -Na Espanha, tradicionalmente as leis são bem detalhadas com relação a sua aplicação. Entretanto, com relação ao Diálogo Competitivo, falta detalhamento, sendo visto como um dificultador para sua usabilidade (TELLES, 2010). -Uma boa prática espanhola a ser considerada pelo Brasil é de uma equipe avaliadora multidisciplinar, que beneficia as discussões e análise das propostas.

(Continua)

Tabela 2 – Adoção do Diálogo Competitivo: comparação entre Inglaterra, Portugal, Alemanha, Espanha e Brasil (Conclusão)

País	Definição legal do Diálogo Competitivo	Hipóteses legais para o uso	Utilização	Críticas e análise
Brasil	O Diálogo Competitivo é uma modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras, em que Administração Pública realiza diálogos com licitantes selecionados de forma prévia, a partir de critérios objetivos. A intenção do instrumento é encontrar uma ou mais soluções que consigam suprir as necessidades da Administração Pública, e os licitantes devem apresentar a proposta final após o encerramento dos diálogos.	Esta modalidade é restrita a contratações em que a Administração Pública: I – Queira contratar um objeto que abarque as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade suprida sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; c) incapacidade de definir as especificações técnicas com precisão suficiente. II – Verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as soluções possíveis que consigam satisfazer suas necessidades, destacando-se os aspectos seguintes: 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.	Após a publicação da Lei nº 14.133/2021 até o presente momento, salvo melhor juízo, não foram identificadas experiências de realização do procedimento licitatório com o uso do Diálogo Competitivo no Brasil.	- A conceituação e as hipóteses de uso do Diálogo Competitivo no Brasil estão em harmonia com a sua origem europeia, contudo, os demais itens da regulamentação desse instrumento apresentam alguns descompassos. - O Diálogo Competitivo foi enquadrado como uma modalidade licitatória. - De acordo com Paula (2022), a inovação do instrumento está limitada à possibilidade de dialogar com os licitantes antes da apresentação das propostas e não à interação do público com o privado em matéria de contratações públicas, visto que, para tal finalidade, o Brasil já utiliza instrumentos como o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e a Manifestação de Interesse Privado (MIP). - Não existe manual governamental sobre o tema. - Não há experiência de uso desse instrumento no país. - Ausência de previsão da possibilidade de prêmios ou pagamentos aos participantes na fase do diálogo.

Fonte: Elaborado pelos autores (2023), com base no modelo apresentado por Paula (2022)

EPÍLOGO

Este trabalho de conclusão de curso não se encerra em si. Após a entrega e apreciação dos *feedbacks*, o grupo partirá para publicações do artigo em revistas e congressos de gestão pública, além de divulgar e promover o uso da modalidade do Diálogo Competitivo em suas redes. A partir dessas ações, espera-se que o Brasil, de fato, encontre no Diálogo Competitivo uma alternativa sólida para contratações mais assertivas de bens, serviços e obras de natureza complexa e, consequentemente, os governos se tornem mais eficientes e inovadores no dia a dia, melhorando os serviços prestados à população.